

Examens de l'OCDE de la réforme  
de la réglementation

# ALLEMAGNE

CONSOLIDER LE RENOUVEAU  
ÉCONOMIQUE ET SOCIAL



Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation

# Allemagne

Consolider le renouveau économique et social



ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

## ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

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

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

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

*Also available in English under the title:*

OECD Reviews of Regulatory Reform

### **Germany**

Consolidating Economic and Social Renewal

© OCDE 2004

---

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

---

## Avant-propos

**L'**Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation en Allemagne fait partie d'une série de rapports nationaux réalisés dans le cadre du Programme de réforme de la réglementation de l'OCDE, comme suite au mandat donné en 1997 par les ministres des pays de l'OCDE.

Depuis lors, l'OCDE a évalué les politiques de réglementation de 16 pays membres. Ces examens ont pour but d'aider les gouvernements à améliorer la qualité de la réglementation – c'est-à-dire à réformer les réglementations afin de stimuler la concurrence, l'innovation, la croissance économique et la réalisation d'importants objectifs sociaux. L'examen s'appuie sur deux instruments importants : la Recommandation du Conseil de l'OCDE de 1995 concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle et le Rapport de l'OCDE de 1997 sur la réforme de la réglementation.

Les examens par pays suivent une approche pluridisciplinaire et mettent l'accent sur la capacité du gouvernement à gérer la réforme de la réglementation, sur la politique de la concurrence et sa mise en œuvre, sur l'ouverture des marchés et sur le cadre réglementaire de certains secteurs dans le contexte de la situation macroéconomique à moyen terme.

Dans l'ensemble, les examens montrent qu'un programme de réforme de la réglementation bien structuré et efficacement mis en œuvre peut grandement contribuer à l'amélioration des performances économiques et du bien-être social. Une réforme de la réglementation efficace stimule la croissance économique, la création d'emplois, l'innovation, l'investissement et les nouvelles industries, et contribue également à faire baisser les prix et à élargir le choix offert aux consommateurs. Des réformes de grande envergure de la réglementation permettent d'obtenir des résultats plus rapidement que les approches fragmentaires, et elles aident les pays à s'adapter plus rapidement et plus facilement aux changements et aux chocs externes. Dans le même temps, un programme de réforme équilibré doit tenir compte des préoccupations sociales. Dans certains secteurs, l'ajustement a été douloureux mais l'expérience montre que les coûts peuvent être réduits si la réforme s'accompagne de mesures de soutien, notamment de politiques actives du marché du travail.

L'allègement et la réforme de la réglementation constituent des volets essentiels d'un vaste programme de réforme, mais l'expérience montre également que, sur un marché plus concurrentiel et plus efficient, de nouvelles réglementations et institutions sont parfois nécessaires pour assurer la compatibilité des objectifs publics et privés, notamment dans les domaines de la santé, de l'environnement et de la protection des consommateurs. Une impulsion politique durable et systématique est en outre indispensable pour mener avec succès la réforme, et un dialogue transparent et éclairé avec le public sur les coûts et les avantages des réformes est déterminant pour susciter durablement une large adhésion de l'opinion publique.

Les propositions d'action formulées dans les examens peuvent poser des problèmes à chacun des pays concernés. Toutefois, le caractère approfondi des examens et les efforts déployés pour consulter un large éventail de parties prenantes témoignent de l'importance qu'attache l'OCDE à ce que les mesures proposées soient pertinentes et réalisables dans le contexte particulier du pays examiné et en fonction de ses priorités.

Chaque examen comprend deux parties. La première partie présente une évaluation générale, s'inscrivant dans le contexte macroéconomique, des résultats obtenus et des difficultés rencontrées dans un large éventail de domaines : qualité du secteur public, politique de la concurrence, ouverture des marchés et secteurs clés comme les télécommunications et l'énergie. La deuxième partie résume les rapports de référence détaillés et approfondis établis pour chacun de ces domaines et s'achève par un ensemble de propositions d'action qui visent à identifier les travaux qui pourraient être menés et les mesures qui pourraient être prises dans le pays examiné. Les rapports de référence concernant l'Allemagne peuvent être consultés sur le site Web de l'OCDE : [www.oecd.org/regreform/backgroundreports](http://www.oecd.org/regreform/backgroundreports).

**Remerciements.** Le programme horizontal sur la réforme de la réglementation est dirigé par Richard Hecklinger, Secrétaire général adjoint. Les examens par pays sont coordonnés par la Direction de la gouvernance publique et du développement territorial. L'examen de l'Allemagne est le fruit de contributions du gouvernement allemand, du Groupe de travail sur la gestion de la réglementation et de la réforme réglementaire du Comité de gouvernance publique, du Comité du droit et de la politique de la concurrence et de son Groupe de travail, du Groupe de travail du Comité des échanges, du Groupe de travail sur les politiques en matière de télécommunications et de services d'information du Comité de la politique de l'information, de l'information et des communications, de représentants des pays membres et des membres du Comité consultatif, économique et industriel (BIAC) et de la Commission syndicale consultative (TUAC) ainsi que d'autres organismes.

Au Secrétariat de l'OCDE, Odile Sallard, Rolf Alter, Josef Konvitz, Cesar Córdova-Novion, Caroline Varley, Eckhard Wurzel, Wim Driehuis, Jens-Christian Hoj, Peter Ladegaard, Michael Wise, Sally van Siclen, Patricia Heriard-Dubreuil, Bernard J. Phillips, Peter Walkenhorst, Roya Ghafele, Anthony Kleitz, Patrick Xavier, et Dimitri Ypsilanti ont grandement contribué à l'examen de l'Allemagne. La documentation a été préparée par Jennifer Stein.

## Table des matières

<b>Résumé</b> .....	11
---------------------	----

### Partie I

#### **La réforme de la réglementation en Allemagne**

<b>Chapitre 1. Performance et évaluation</b> .....	27
Introduction .....	28
Le contexte macroéconomique .....	33
Réforme de la réglementation : bilan de sa contribution à ce jour. ....	42
Réforme de la réglementation : les défis .....	52
Conclusion .....	72

### Partie II

#### **Politiques réglementaires et résultats**

<b>Chapitre 2. Gouvernance réglementaire</b> .....	77
Contexte et historique. ....	78
Politique réglementaire. ....	79
Institutions réglementaires .....	80
Les collectivités territoriales et la dimension européenne .....	80
Transparence réglementaire. ....	82
Options autres que la réglementation .....	84
Analyse d'impact de la réglementation (AIR) .....	86
Mise en place d'autorités de régulation .....	88
Actualisation de la réglementation .....	90
Conclusion .....	93
Options de politique à envisager. ....	94
<b>Chapitre 3. Politique de la concurrence</b> .....	99
Contexte et historique. ....	100
Le droit substantiel de la concurrence .....	105
Institutions chargées de la politique de la concurrence et application de cette politique .....	110
Politique de la concurrence au sein de l'UE et contexte international. ....	114
Les limites de la politique de la concurrence : dérogations et réglementations spéciales .....	115
Action des instances chargées de la concurrence en faveur des réformes. ....	120

Conclusion .....	121
Options de politique à envisager .....	122
<b>Chapitre 4. Ouverture des marchés .....</b>	<b>127</b>
Contexte et historique .....	128
Le cadre de l'ouverture des marchés : les six principes d'efficience réglementaire .....	131
Ouverture et réglementation des marchés dans certains secteurs .....	141
Conclusion .....	143
Options de politique à envisager .....	144
<b>Chapitre 5. Questions de réglementation et de concurrence dans les secteurs clés : électricité, gaz et pharmacies .....</b>	<b>147</b>
<b>A. ÉLECTRICITÉ ET GAZ .....</b>	<b>148</b>
Contexte et historique .....	148
Aperçu des secteurs de l'électricité et du gaz .....	154
Prix de l'électricité et du gaz .....	159
Cadre réglementaire des secteurs de l'électricité et du gaz .....	162
Approche institutionnelle et réglementaire .....	168
Conclusion .....	173
Options de politique à envisager .....	174
<b>B. PHARMACIES .....</b>	<b>180</b>
Contexte et historique .....	180
Conclusion .....	189
Options de politique à envisager .....	189
<b>Chapitre 6. Réglementation et concurrence dans les secteurs clés : télécommunications .....</b>	<b>193</b>
Contexte et historique .....	194
Institutions réglementaires .....	195
Réglementation .....	199
Performances .....	207
Conclusion .....	214
Options de politique à envisager .....	215
<b>Appendice A. Tableaux de l'appendice .....</b>	<b>221</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>225</b>

### Liste des encadrés

1.1. Principales caractéristiques du cadre de gouvernance et de réglementation en Allemagne .....	28
1.2. L'impact de la réunification sur l'économie allemande .....	32
1.3. Agenda 2010 : les principales propositions .....	41
1.4. Qu'entend on par réglementation et réforme de la réglementation ? .....	43
1.5. Programme « État moderne administration moderne » .....	46
1.6. Initiative du gouvernement fédéral pour l'allégement de la bureaucratie .....	47
1.7. Réforme du marché du travail .....	49

1.8. Télécommunications : l'ouverture des marchés contribue à la croissance et à l'innovation . . . . .	51
1.9. Réforme des retraites . . . . .	51
1.10. Effets croisés de la réglementation des marchés de produits, du marché du travail et des marchés financiers . . . . .	53
1.11. Problèmes de mise en œuvre des décisions réglementaires dans le secteur des télécommunications . . . . .	56
1.12. Décisions controversées de la RegTP . . . . .	59
1.13. Lier dépenses et résultats : l'approche britannique . . . . .	62
1.14. Coopération et partage des recettes entre les différents niveaux d'administration en Allemagne . . . . .	64
1.15. Réforme du secteur de la santé . . . . .	64
1.16. Le système de gouvernance de l'Allemagne pêche-t-il par sa lenteur à promouvoir le changement ? . . . . .	67
1.17. Unités centrales chargées de la qualité de la réglementation : expérience de l'OCDE . . . . .	71
1.18. Renforcer le rôle des parties prenantes dont le rôle dans le processus de réforme est actuellement très limité . . . . .	72
2.1. La « liste bleue » de l'Allemagne . . . . .	79
2.2. Favoriser une plus grande ouverture dans l'élaboration de la réglementation : la procédure d'« avis et commentaires » aux États-Unis . . . . .	83
2.3. La liste de contrôle allemande pour identifier les possibilités d'alternatives réglementaires . . . . .	85
2.4. Initiatives fédérales récentes de réduction des charges administratives . . . . .	91
2.5. Suivi et mesure des charges administratives . . . . .	92
3.1. La politique de la concurrence en tant que constitution économique : le fondement ordo libéral de l'économie sociale de marché . . . . .	101
3.2. Les instruments du droit de la concurrence de l'UE . . . . .	104
3.3. LRC, abus de position dominante et industries de réseau . . . . .	108
3.4. Structure fédérale et application de la politique de la concurrence . . . . .	112
3.5. L'approche allemande et le droit de la concurrence de l'UE . . . . .	114
3.6. Artisanat et professions libérales . . . . .	116
4.1. Réglementation de l'UE concernant les marchés publics . . . . .	133
4.2. Principes généraux relatifs aux marchés publics en Allemagne . . . . .	135
5.1. Les nouvelles directives sur l'électricité et le gaz . . . . .	151
5.2. Sécurité des approvisionnements : qu'est ce que cela signifie ? . . . . .	153
5.3. Sociétés locales et achats d'énergie . . . . .	156
5.4. L'abus de position dominante dans la loi contre les restrictions à la concurrence . . . . .	163
5.5. L'affaire E.ON/Ruhrgas . . . . .	165
5.6. Présentation générale des accords d'association . . . . .	166
5.7. Principes directeurs pour les comptes réglementaires . . . . .	167
5.8. Service fédéral australien d'examen de la réglementation : liste de contrôles pour l'analyse d'impact réglementaire . . . . .	170
5.9. L'Australie est-elle un exemple pour l'Allemagne ? . . . . .	171
5.10. Où doit se situer une instance de régulation indépendante ? Doit-elle couvrir un seul ou plusieurs secteurs ? . . . . .	172

5.11. Le système de santé, les pharmacies d'officine et le marché des produits pharmaceutiques en Allemagne . . . . .	181
5.12. Allemagne : La réforme de la santé de 2003 . . . . .	182
5.13. Réglementation des pharmacies en Allemagne . . . . .	183
5.14. La vente de médicaments par correspondance/Internet aux Pays-Bas . . . . .	186
5.15. Principaux facteurs entrant en jeu dans les prix des produits pharmaceutiques . . . . .	187
5.16. Réglementation des prix des produits pharmaceutiques en Allemagne . . . . .	188
6.1. L'Autorité de régulation des télécommunications et des postes (RegTP) . . . . .	196
6.2. Exemples témoignant des réticences de l'Allemagne à mettre en œuvre les directives de l'Union européenne . . . . .	198
6.3. Dégrouper la boucle locale : les manœuvres de DTAG pour comprimer les marges de ses concurrents . . . . .	200
6.4. Importance et développement du haut débit et du câble dans les pays de l'OCDE et en Allemagne . . . . .	208
6.5. Application de la décision relative au partage de lignes . . . . .	209
6.6. Revente : l'affaire DTAG Debitel . . . . .	210
6.7. La modernisation de l'infrastructure de télécommunications en Allemagne orientale . . . . .	210

### Liste des tableaux

2.1. Exemples d'autoréglementation en Allemagne . . . . .	86
2.2. Lois fédérales et règlements fédéraux abrogés en Allemagne . . . . .	93
3.1. Évolution des mesures de politique de la concurrence . . . . .	111
4.1. Ventilation sectorielle du commerce de marchandises, 2001 . . . . .	128
4.2. Ventilation sectorielle du commerce des services, 2001 . . . . .	129
4.3. Ventilation géographique du commerce de marchandises, 2001 . . . . .	129
4.4. Accords de reconnaissance mutuelle conclus par l'UE ou en cours de négociation . . . . .	140
5.1. Principales sociétés d'importation et de transport du gaz . . . . .	158
5.2. Associations concernées par les accords d'association . . . . .	167
5.3. Réglementation des pharmacies dans quelques pays . . . . .	183
6.1. Quelques décisions importantes rendues par RegTP qui n'ont pas encore été exécutées en raison des recours introduits par DTAG devant les tribunaux . . . . .	209
6.2. Évolution de la dette de DTAG (en milliards d'euros) . . . . .	213

### Appendice

A.1. Réforme de la réglementation sectorielle en Allemagne . . . . .	222
A.2. Impact potentiel de la réforme de la réglementation en Allemagne . . . . .	224

### Liste des graphiques

1.1. Croissance du PIB réel en Allemagne et dans l'UE, 1985-2001 . . . . .	34
1.2. Emploi total et nombre total d'heures effectuées en Allemagne et dans l'UE pour la période 1990-2002 . . . . .	34
1.3. Performance à l'exportation pour l'ensemble des produits . . . . .	37
1.4. Dépenses publiques en 2002, en pourcentage du PIB . . . . .	37
1.5. Évolution des dépenses publiques globales en Allemagne . . . . .	38

1.6. Taux marginal d'imposition sur le revenu du travail . . . . .	39
1.7. Projection du taux de dépendance des personnes âgées . . . . .	40
4.1. Montants d'IDE entrants en proportion du produit intérieur brut dans un certain nombre de pays de l'OCDE . . . . .	130
4.2. Marchés publics ouverts faisant l'objet d'une publication au <i>Journal officiel</i> de l'UE, 2001 . . . . .	132
5.1. Électricité vendue aux ménages, hors taxes et taxes comprises . . . . .	160
5.2. Électricité vendue à l'industrie, hors taxes et taxes comprises . . . . .	160
5.3. Gaz vendu aux ménages, hors taxes et taxes comprises . . . . .	161
5.4. Gaz vendu à l'industrie, hors taxes et taxes comprises . . . . .	161
5.5. Produits pharmaceutiques protégés par un brevet . . . . .	188
6.1. Panier OCDE composite de tarifs téléphoniques, abonnés résidentiels (TVA comprise), août 2002 . . . . .	211
6.2. Panier OCDE composite de tarifs téléphoniques, abonnés professionnels (hors TVA), août 2002 . . . . .	212
6.3. Minutes d'appel sur le réseau fixe, 1997-2002 . . . . .	213
6.4. Panier OCDE pour 40 heures d'utilisation de l'Internet dans la journée . . . . .	214

# Résumé

---

*La grande économie allemande, qui a affiché d'excellentes performances pendant des décennies, est confrontée à de sérieux défis*

---

Troisième économie mondiale après les États-Unis et le Japon en termes de PIB, l'Allemagne est également l'un des principaux exportateurs de marchandises, figurant à ce titre parmi les grandes nations commerçantes du monde. Son PIB par habitant (environ EUR 25 900) est élevé. L'Allemagne est en outre la plus grande économie et le pays le plus peuplé de l'Union européenne, avec 82.3 millions d'habitants. Le secteur manufacturier, très axé sur l'exportation, demeure l'épine dorsale d'une économie par ailleurs diversifiée. L'économie allemande a affiché une excellente croissance par rapport à la plupart des autres pays de l'OCDE pendant les trente premières années de l'après-guerre. Toutefois, dans la seconde partie des années 90, la croissance a accusé un ralentissement brutal et plus marqué que dans plusieurs autres pays européens. La croissance de la productivité est moins rapide et l'emploi ne progresse guère. Le déficit budgétaire, qui n'a cessé de se creuser, atteint aujourd'hui 3.5 % du PIB. Cependant, l'inflation est faible et les exportations demeurent dynamiques (la part de marché de l'Allemagne dans les exportations mondiales est en augmentation depuis 2000). La croissance du PIB allemand demeure, comme par le passé, alimentée par les exportations.

---

*La réunification, principal facteur à avoir pesé sur les performances de l'Allemagne, est un événement sans équivalent dans les pays de l'OCDE*

---

Le coût et les conséquences de la réunification constituent l'un des principaux facteurs – peut-être même le plus important – à avoir pesé sur les performances économiques du pays. La réunification, extrêmement coûteuse, grève encore lourdement les finances publiques. Malgré des résultats dans de nombreux domaines, le processus de convergence économique entre les *Länder* orientaux et occidentaux a connu un ralentissement pendant la seconde moitié des années 90. En effet, leur croissance ayant stagné à des niveaux relativement faibles, les *Länder* orientaux accusent un retard de productivité considérable par rapport aux *Länder* occidentaux, et un taux de chômage deux fois plus élevé. Ces écarts continuent de faire peser de lourdes contraintes sur l'économie dans son ensemble. Le volume des transferts budgétaires effectués chaque année vers l'Est représente approximativement 4 à 5 % du PIB de l'Allemagne occidentale, et le plan d'aide spéciale devrait se poursuivre jusqu'en 2019. La réunification s'est révélée plus complexe, plus coûteuse et plus longue qu'on le prévoyait à l'origine.

D'autres facteurs ont toutefois aussi exercé une influence défavorable sur les performances économiques. Le contexte extérieur a été difficile, ce qui souligne la vulnérabilité potentielle

de l'Allemagne en tant que grand pays exportateur. Certes, les exportations affichent une bonne tenue, mais cela était nécessaire pour compenser une faible demande intérieure. Des problèmes comme le médiocre fonctionnement du marché du travail et un État providence en expansion existaient avant la réunification. Ces évolutions ne sont pas spécifiques à l'Allemagne, mais la réunification les a mises en évidence. En outre, la réunification a mobilisé toute l'attention des autorités, au détriment des importantes réformes qui étaient nécessaires dans le domaine de la réglementation et qui ne sont engagées qu'aujourd'hui. Il y a peu de temps encore, les réformes étaient centrées sur l'allégement de la bureaucratie et l'amélioration de l'efficacité dans l'administration – objectifs importants mais relativement limités –, au détriment de transformations plus profondes.

---

*Une faible création d'emplois et de fortes dépenses publiques posent de sérieux problèmes, accentués par le vieillissement rapide de la population*

---

Le manque de dynamisme de l'emploi, qui est l'une des principales causes du ralentissement de la croissance, tient à de nombreux facteurs, notamment la diminution de la population en âge de travailler, plus forte que dans la plupart des autres pays de l'OCDE, la baisse des taux d'emploi et la réduction du temps de travail moyen, ainsi que l'alourdissement de la fiscalité du travail. La croissance de la productivité du travail, bien qu'elle ait été ces dernières années plus rapide que dans les autres pays européens (1.9 % en moyenne par an entre 1995 et 2001), n'a pas suffi à compenser les effets négatifs d'un faible apport de main-d'œuvre sur la croissance du PIB. La qualité et le volume des investissements freinent également l'amélioration de la productivité.

La part des dépenses publiques exprimée en pourcentage du PIB (45 %) est l'une des plus élevées et se situe nettement au-dessus de la moyenne de la zone OCDE. Les dépenses à caractère social représentent plus de la moitié du total des dépenses publiques, ce qui s'explique en partie par l'importance que l'Allemagne attache traditionnellement aux valeurs de solidarité qui sous-tendent son système de protection sociale. Le déficit budgétaire structurel que connaît aujourd'hui l'Allemagne est en grande partie imputable à l'ampleur de ses dépenses publiques, elle-même liée à la montée du chômage et à l'augmentation du nombre d'allocataires sociaux. Les dépenses publiques imposent une fiscalité et des charges sociales lourdes, qui découragent la participation au marché du travail et freinent l'investissement. Le gouvernement a engagé d'importantes réformes de la fiscalité qui devraient, à terme, améliorer sensiblement la situation.

Le vieillissement rapide de la population aggravera encore le poids des dépenses publiques. La proportion de personnes âgées augmentera rapidement en Allemagne au cours des trois prochaines décennies. Si rien n'est fait pour inverser la tendance, le rapport de dépendance économique des personnes âgées atteindra 56 % en 2040. L'Allemagne est l'un des pays de l'OCDE où l'augmentation des prestations de retraite sera la plus forte ; il en sera de même pour les dépenses de santé connexes.

---

*Le système de gouvernance de l'Allemagne comporte de nombreux points forts*

---

L'Allemagne a mis en place après la guerre un cadre complet de gouvernance et de réglementation connu sous le nom d'« économie sociale de marché ». De façon générale, ce

cadre visait à promouvoir la liberté comme objectif politique, la prospérité comme objectif économique et la solidarité et la justice comme objectifs sociaux. Il privilégiait le consensus, la coopération et la négociation, qui étaient mobilisés au service d'un objectif commun. Les récentes réformes comme l'Agenda 2010 ont pour but de mettre en place un nouvel équilibre entre solidarité et responsabilité individuelle.

L'État de droit (« *Rechtsstaat* »), le socle du système, s'articule sur une architecture juridique codifiée, ancrée dans la constitution (loi fondamentale). Le droit de la concurrence occupe une place centrale dans le fonctionnement de l'économie. L'Allemagne établit une distinction claire entre l'État et le marché. Elle privilégie le plus souvent la propriété privée des moyens économiques et encourage une concurrence efficace. La coopération et la négociation jouent un grand rôle, parallèlement aux forces du marché, tandis que le droit de la concurrence protège les relations qui contribuent à l'obtention des résultats visés. Le fédéralisme coopératif est un autre aspect essentiel du système allemand. Chacun des seize *Länder* a sa constitution, son Parlement, son administration et ses tribunaux propres. Les deux chambres du Parlement (l'une représente le niveau fédéral, l'autre les *Länder*) témoignent de la relation politique étroite qu'entretiennent les autorités fédérales et les *Länder*. Ces derniers jouent un rôle important dans l'élaboration des lois.

Le système allemand est conçu pour être complet et équilibré. L'ensemble de principes rigoureux sur lequel s'est fondé le système initial de gouvernance de l'économie sociale de marché a débouché sur la mise en place d'un cadre réglementaire et institutionnel efficace qui a mobilisé les différents acteurs au service de la reconstruction du pays et de la création de richesse après la guerre. La tradition de l'État de droit favorise la fiabilité. En privilégiant les réglementations spécifiques et détaillées et en soulignant l'importance de la primauté du droit, les pouvoirs publics allemands ont acquis une réputation de fiabilité, de respect de la légalité et d'honnêteté.

---

#### *Droit et politique de la concurrence : un atout précieux et durable*

---

Le droit et la politique de la concurrence s'appuient sur un cadre juridique particulièrement clair, cohérent et détaillé, épaulé par une autorité de la concurrence respectée, le *Bundeskartellamt*, dont la culture institutionnelle indépendante constitue un précieux atout. La transparence et la sécurité revêtent en droit une très grande importance. Les règles de la concurrence et leurs objectifs sont clairement définis : les dispositions relatives aux accords horizontaux, notamment, adressent un message sans ambiguïté sur l'importance de la concurrence, tout en autorisant une coopération efficace. En Allemagne, le droit de la concurrence s'avère particulièrement solide et efficace si on le compare à celui de nombreux autres pays de l'OCDE.

---

#### *Ouverture des marchés : des politiques fortes*

---

Une autre caractéristique qui a toujours fait la force de l'Allemagne est son approche en matière d'ouverture des marchés. Comme on pouvait s'y attendre, l'Allemagne se montre vigoureuse dans ses politiques en faveur d'un environnement commercial ouvert. Sa politique de non-discrimination dans le contexte international est ancrée dans son appartenance à l'OMC et à l'UE. D'importantes mesures ont été prises pour simplifier les

procédures douanières, qui peuvent se révéler coûteuses pour les échanges et qui, de surcroît, suscitent une attention grandissante à présent que les barrières tarifaires ont été considérablement réduites voire supprimées. Les normes nationales représentent elles aussi une source potentielle de coûts très importants pour les entreprises présentes sur différents marchés. L'Institut allemand de normalisation (DIN) joue à cet égard un rôle clé. Cependant, les efforts déployés pour évaluer l'impact de la réglementation ne prennent pas explicitement en compte les questions relatives aux échanges et aux investissements, et étant donné les problèmes que la complexité des réglementations allemandes pose aux étrangers, ceux-ci peuvent se trouver involontairement exclus du processus de consultation et d'autres mécanismes de réglementation.

---

### *D'importantes réformes de la réglementation ont été engagées ces dernières années*

---

Les fondements du cadre réglementaire actuel, solides et éprouvés, ont eu tendance à limiter l'envergure des réformes et, il y a peu de temps encore, l'intérêt qu'elles suscitaient. Plusieurs initiatives ont été prises ces dernières années, avec des bonheurs divers. Le gouvernement allemand, conscient des difficultés économiques auxquelles le pays est confronté, a lancé plusieurs réformes en profondeur qui étaient nécessaires, notamment celles du marché du travail et des retraites, et a mis en chantier l'« Agenda 2010 », qui couvre un large éventail de domaines, depuis la réforme des prestations sociales et de la santé jusqu'au soutien des nouvelles PME.

---

### *La simplification de la bureaucratie et de l'administration : un objectif clé*

---

Une succession de mesures ont été mises en œuvre ces dernières années pour améliorer l'efficacité de l'administration et réduire la bureaucratie, avec des résultats mitigés. Ces mesures s'inscrivent également dans le cadre des efforts soutenus déployés en faveur du *Mittelstand*, c'est-à-dire le socle d'entreprises familiales de taille moyenne bien établies. La modernisation du secteur public, sous l'appellation « *Nouveau modèle directeur* », qui visait à introduire certains principes de gestion du secteur privé, s'est heurtée à de sérieuses difficultés. Le programme de rationalisation de l'État allemand a pour but de limiter le nombre de tâches accomplies par l'État et d'alléger la bureaucratie. Le programme « *État moderne – Administration moderne* » avait pour ambition de promouvoir une nouvelle conception de l'État – l'« État facilitateur » – mettant l'accent sur l'amélioration de la qualité et de l'efficacité de la réglementation, notamment entre les différents niveaux d'administration. L'action la plus récente – *l'Initiative pour l'allègement de la bureaucratie* – énonce d'autres objectifs, à la fois vastes et ambitieux, pour réduire les formalités administratives, aider les PME, consolider les budgets publics et moderniser l'administration fédérale, tout en appuyant la croissance et l'emploi.

D'importants éléments d'une politique cohérente de qualité de la réglementation se sont mis en place, à commencer par les *Règles conjointes de procédure des ministères fédéraux*, définies pour la première fois en 1958, qui fixent la marche à suivre pour élaborer des propositions de mesures. Les révisions apportées récemment à ce texte renforcent l'obligation faite aux ministères d'expliquer les principales incidences de leurs projets de lois et de règlements. Des travaux sont actuellement en cours pour étoffer l'analyse

d'impact de la réglementation, mais il faut du temps pour traduire ces propositions dans la réalité. Bien qu'il n'existe pas d'organe unique et centralisé chargé de promouvoir la qualité de la réglementation, plusieurs unités réglementaires ont été mises en place au sein de l'administration fédérale.

---

#### *Réforme du marché du travail : des initiatives récentes indispensables*

---

L'Allemagne a pris récemment un certain nombre de mesures en faveur de l'emploi et du retour des chômeurs sur le marché du travail. La loi Job-AQTIV (activation, qualification, formation, investissement, placement), entrée en vigueur en 2002, prévoit un éventail de mesures pour améliorer l'efficacité des politiques de l'emploi et inciter les chômeurs à retrouver du travail. Le gouvernement a également fait savoir qu'il donnerait suite aux propositions de la commission Hartz, dont les recommandations de nature très diverse portent sur la réorganisation des services de l'emploi, les responsabilités des demandeurs d'emploi, les agences d'intérim, l'emploi des catégories sociales défavorisées, les chômeurs âgés, le travail indépendant et la création d'emplois dans les PME.

---

#### *Réforme des retraites : les bases d'un système à plusieurs piliers sont en place*

---

Après une série de réformes partielles du régime public de retraite dans les années 90, les réformes conduites en 2001 ont jeté les bases d'un système à plusieurs piliers. Ces bases doivent être consolidées (par exemple par un réexamen de l'âge légal de la retraite) dans les meilleurs délais, compte tenu du temps nécessaire à la mise en place progressive des nouvelles dispositions. Les réformes prévoient à ce jour des modifications du système de retraite par répartition et la suppression graduelle des programmes de retraite anticipée.

---

#### *Industries de réseau : une libéralisation rapide dans certains secteurs clés*

---

Comme d'autres pays de l'OCDE, l'Allemagne a mené des politiques de libéralisation. Dans les secteurs du gaz et de l'électricité, elle a adopté une approche spécifique et radicale qui consiste à ouvrir intégralement le marché (c'est-à-dire à donner à tous les consommateurs, et pas seulement aux plus importants d'entre eux, la possibilité de choisir leur fournisseur), devançant ainsi la plupart des autres pays de l'OCDE et allant plus loin que les directives de l'UE. L'ouverture totale des marchés de l'électricité et du gaz a été réalisée sur la base d'un système négocié d'accès au réseau, confié aux organismes privés chargés de ces marchés sous le contrôle des autorités de la concurrence. Il s'agit là d'une démarche inusitée, qui se caractérise par l'absence d'autorité de régulation spécifique habilitée à intervenir *ex ante*.

La libéralisation des télécommunications est également bien engagée (avec un système plus classique de régulation *ex ante*) et le secteur affiche de bons résultats. L'Allemagne dispose aujourd'hui d'une infrastructure de télécommunications de grande qualité, à la pointe de la technologie, et de services dont le taux de pénétration est élevé pour les lignes fixes comme pour la téléphonie mobile. L'entrée sur le marché est relativement facile et les

opérateurs locaux livrent, dans de nombreuses villes allemandes, une concurrence efficace à l'opérateur historique. L'Allemagne est l'un des pays où le nombre d'internautes est le plus élevé, et le marché de l'Internet s'y développe rapidement. Cependant, dans un secteur qui se caractérise par un changement très rapide, il faudra peut-être réévaluer fréquemment les règles de la concurrence.

---

#### *D'autres réformes peuvent grandement contribuer à l'amélioration des perspectives économiques*

---

La réforme de la réglementation peut largement contribuer à la réalisation de trois objectifs qui revêtent une importance particulière pour stimuler la croissance : la réduction des obstacles à l'augmentation de l'emploi, l'accélération de l'amélioration de la productivité, la réduction ou l'élimination du déficit budgétaire.

---

#### *Marché du travail : les réformes récentes marquent un très grand pas en avant, mais il reste encore à faire*

---

Parmi les autres mesures qui seraient nécessaires (et qui sont formulées dans l'*Étude économique sur l'Allemagne* réalisée par l'OCDE en 2003), il conviendrait d'encourager des négociations collectives plus différenciées. Les modalités de négociation collective des salaires comportent des éléments positifs, mais s'inscrivent dans un système généralement rigide qui ne tient guère compte des écarts de productivité entre les secteurs et les régions.

---

#### *Marchés de produits : une concurrence accrue renforcerait les secteurs importants*

---

Les règles favorables aux PME, auxquelles l'Allemagne a toujours été attachée, ont pour objectif de maintenir la qualité du produit proposé au consommateur et de protéger le *Mittelstand* contre une mainmise des grandes entreprises. Le droit de la concurrence fait donc une large place à la protection des petites entreprises contre toute tentative de domination dans les relations de négociation. La loi exerce à cette fin un contrôle sur certains types de comportement des entreprises dominantes et permet aux PME de coopérer dans certaines conditions. Certains secteurs sont encore lourdement réglementés – commerce de détail, artisanat, services professionnels et pharmacie – bien que d'importantes évolutions soient en cours dans chacun d'eux. Par rapport à de nombreux autres pays européens, le commerce de détail a toujours été fortement réglementé, avec par exemple des heures d'ouverture qui sont encore limitées, mais on constate un assouplissement de ces restrictions. L'entrée dans le secteur de l'artisanat, très protégé, est difficile et coûteuse. Des mesures sont envisagées pour limiter le nombre de métiers exigeant le certificat de maîtrise. Les restrictions à la propriété de pharmacies et l'interdiction de vendre des médicaments par correspondance sont actuellement réexaminées dans le cadre des réformes engagées dans le secteur de la santé.

Autre mécanisme de soutien des PME, les règles applicables aux marchés publics encouragent les offres des PME en fractionnant les marchés pour faciliter la soumission. Cette pratique est cependant de nature à empêcher les entreprises étrangères d'avoir

connaissance des possibilités de marchés publics puisque les offres inférieures à un certain seuil n'ont pas à être publiées dans l'ensemble de l'Union européenne. Le cadre juridique qui régit les marchés publics est également d'une très grande complexité.

Pour éviter que les entreprises du *Mittelstand* perdent de leur compétitivité, il importe de concilier, d'une part, la préoccupation traditionnelle pour le maintien de la qualité du produit offert aux consommateurs et la protection des PME contre la mainmise des grandes entreprises et, d'autre part, les mesures anti-protectionnistes, qui peuvent stimuler l'innovation. Les initiatives récentes du gouvernement allemand montrent qu'il a pris conscience de cette nécessité.

---

*Industries de réseau : d'autres progrès importants  
sont nécessaires pour que la libéralisation  
soit effective*

---

Bien que l'Allemagne ait largement devancé la plupart des autres pays de l'OCDE pour l'ouverture des marchés dans d'importants secteurs, le développement d'une concurrence efficace et durable n'est pas encore achevé, notamment pour deux raisons : les insuffisances des régimes réglementaires qui sous-tendent la libéralisation et les actions en justice qui ralentissent l'exécution des décisions relatives à l'accès au réseau.

Les recours en justice pour contester les décisions réglementaires sont très fréquents dans les industries de réseau, ce qui entraîne des contentieux interminables et retarde l'application de ces décisions. Ce problème appelle une attention urgente. Les décisions réglementaires dans le secteur des télécommunications ont été particulièrement touchées, l'opérateur historique (DTAG) ayant saisi les tribunaux pour d'importantes décisions concernant les lignes louées, l'accès à l'Internet et le partage de lignes. Il est essentiel qu'un contrôle judiciaire puisse être exercé sur les décisions de l'autorité réglementaire, mais cette possibilité ne devrait pas devenir un moyen courant de suspendre ou retarder l'application des décisions réglementaires.

Un cadre plus ferme doit être élaboré pour les autorités de régulation des industries de réseau. L'Allemagne a fait l'expérience au cours des dernières années de différentes formules pour surveiller ces secteurs. Elle a un régulateur pour le secteur des télécommunications, mais aucun pour les secteurs de l'électricité et du gaz. Aucune des deux formules ne s'est révélée entièrement satisfaisante. Les directives de l'UE sur le gaz et l'électricité imposent la mise en place d'une autorité de régulation ; les autorités ont récemment annoncé que le régulateur des télécommunications (RegTP) prendrait également en charge les secteurs de l'électricité et du gaz à compter de juillet 2004. En allant de l'avant dans la réglementation *ex post*, l'Allemagne souhaitera tirer sans aucun doute des enseignements de l'expérience acquise à ce jour et examinera des questions telles que les pouvoirs des autorités de régulation, les compétences du personnel et l'indépendance.

Les secteurs de l'électricité et du gaz nécessitent des réformes structurelles plus ambitieuses ainsi qu'un régulateur. La concentration du marché de l'électricité est devenue problématique. Les nombreuses fusions intervenues depuis la libéralisation ont entraîné une concentration à la fois verticale et horizontale. On constate que le pouvoir de marché des quatre principales entreprises de services publics pose des problèmes. Les tarifs de l'électricité ont augmenté (après avoir nettement diminué immédiatement après l'ouverture du marché), mais cela s'explique en partie par la fiscalité environnementale.

Dans le secteur du gaz, *Ruhrgas* conserve sa position dominante et le prix du gaz est plus élevé que dans les autres pays de l'OCDE. L'un des problèmes de base auxquels il faut s'attaquer est celui des comportements discriminatoires, facilités par la structure même de ces secteurs, qui offre aux entreprises de nombreuses possibilités de subventions croisées. Au minimum, une séparation comptable effective s'impose.

En dépit de substantielles avancées dans le secteur des télécommunications, la concurrence demeure fragile. DTAG, dont la privatisation n'est pas encore complète, regagne actuellement la part du marché qu'il avait perdue et consolide sa position dominante sur d'importants nouveaux marchés tels que les services haut débit DSL. Il a contesté avec succès les décisions de l'autorité réglementaire sur des questions clés comme la tarification et la mise à disposition de lignes louées. La nouvelle loi sur les télécommunications devrait contribuer en particulier à préciser les pouvoirs du régulateur.

D'autres industries de réseau nécessitent une stratégie plus résolue de libéralisation et de réglementation, afin d'instaurer une concurrence effective. Le secteur postal évolue peu à peu vers la concurrence, le gouvernement ayant décidé de s'en tenir au calendrier de libéralisation prudent de l'UE. Dans les services libéralisés, l'uniformité des règles de concurrence entre l'opérateur historique et ses concurrents n'est pas encore assurée. S'agissant des chemins de fer, un certain progrès a été réalisé dans la mise en place d'un cadre réglementaire adapté. L'autorité de la concurrence a notamment imposé une structure tarifaire non discriminatoire en fonction de la l'itinéraire. Les autres changements envisagés sont la séparation du réseau proprement dit de l'exploitation des trains, conformément aux directives de l'UE. Le gouvernement devrait renforcer les pouvoirs réglementaires de l'Office fédéral des chemins de fer.

#### Droit et politique de la concurrence : un recentrage s'impose sur certains objectifs initiaux

Il faut rétablir l'équilibre entre, d'une part, les mesures qui sont destinées à favoriser la concurrence et, d'autre part, celles qui visent à conforter les relations de marché. Les motivations sur lesquelles se fonde le droit de la concurrence sont devenues diffuses et, à certains égards, ont perdu de leur force au fil du temps, ce qui tient à la fois à un peaufinage des règles et à certains changements (notamment en ce qui concerne la qualité pour les consommateurs) qui répondent aux intérêts de groupes particuliers. L'un des objectifs clés de la loi est de protéger les relations et les structures de marché lorsque ces dernières sont censées contribuer au fonctionnement efficace des marchés. L'Allemagne jugera sans doute utile de vérifier si cet objectif est toujours atteint.

Facteur de changement efficace dans la libéralisation des industries de réseau, le régime de concurrence est confronté à des difficultés. L'application du droit de la concurrence (par le BKartA) et la politique de la concurrence (responsabilité du ministère) ne sont pas étroitement liées dans la pratique, ce qui risque de nuire à la bonne gestion du développement de la concurrence dans ces secteurs. Les instruments d'application dont dispose le BKartA ne sont guère adaptés à l'application du droit de la concurrence ou à la promotion de la concurrence dans les secteurs d'infrastructure, où la concurrence n'est pas encore ancrée. La réglementation *ex post* qui a jusqu'à présent été utilisée face aux pratiques anticoncurrentielles est inefficace. Le gouvernement est maintenant conscient du problème.

*Gestion des dépenses publiques : une nécessité  
impérieuse de procéder à des réformes  
pour maîtriser les coûts et accroître l'efficacité*

L'assainissement des finances publiques est devenu une priorité. Une croissance économique léthargique a aggravé le déficit, mais le problème, déjà ancien, est également d'ordre structurel. Il est probable que les facteurs de dépenses subsisteront, en raison de la charge financière que constituent toujours la réunification et le vieillissement de la population. Les autorités ont déjà pris un certain nombre de mesures, notamment le Pacte de stabilité intérieure adopté en 2002, qui devrait contribuer à imposer une discipline budgétaire plus rigoureuse aux différents niveaux d'administration. Malgré tout, plusieurs secteurs demandent un surcroît d'attention.

Il faut obtenir un meilleur rapport coût-efficacité dans la gestion des dépenses publiques. Il est possible d'obtenir les mêmes résultats en utilisant moins de moyens, ce qui réduirait les besoins financiers du gouvernement et, partant, le poids de la fiscalité (le secteur de la santé, dont les dépenses sont considérables, est un bon secteur cible à cet égard). On peut également conserver un niveau de financement identique et en faire meilleur usage, par exemple en améliorant la qualité des services publics (dans ce cas, le secteur de l'éducation serait un choix judicieux). Les pouvoirs publics ont déjà pris un certain nombre de mesures en ce sens, notamment en instaurant un système moderne de gestion comptable des ressources. L'évaluation des dépenses publiques constitue un autre objectif important de la réforme. La Cour fédérale des comptes et les cours des comptes des *Länder* ont signalé que l'efficacité des dépenses du secteur public n'était pas soumise à une évaluation suffisante. Des évaluations *ex ante* et *ex post* sont nécessaires pour déterminer les coûts et les avantages des différents projets envisageables.

Il sera utile de mener une réflexion sur les relations financières entre l'État fédéral et les *Länder*. Les modalités actuelles vont à l'encontre d'une maîtrise des coûts et de la demande. Des dispositions institutionnelles complexes ont été mises en place pour favoriser la coopération et le partage des recettes entre les différents niveaux de l'administration, l'objectif étant de créer des conditions de vie globalement équivalentes dans l'ensemble de la Fédération. Ce dispositif suppose des transferts verticaux de l'État fédéral aux *Länder* et des *Länder* aux collectivités locales, ainsi que des transferts horizontaux entre *Länder*. La question du cofinancement est probablement celle qui revêt le plus d'importance. Le contrôle de l'efficacité et du coût des projets cofinancés est compromis par le fait que les *Länder* et les collectivités locales peuvent se prononcer en faveur d'un projet de dépenses dès lors que les avantages présumés de ce projet dépassent leur propre contribution budgétaire. Par conséquent, il n'est pas possible de procéder à une véritable analyse coût-avantages car il est impossible de prendre en compte l'intégralité des coûts d'un projet. Le contrôle des projets est également difficile.

D'importants secteurs des dépenses publiques sont à examiner. Les réformes axées sur les dépenses de santé doivent être poursuivies pour améliorer l'efficacité. Parmi les pays de l'OCDE, l'Allemagne affiche un ratio dépenses de santé-PIB relativement élevé, mais différents indicateurs de résultats dans le secteur la situent dans la moyenne, laissant supposer que des gains d'efficacité sont possibles. Le système éducatif est également coûteux et l'amélioration des performances passe par des réformes ambitieuses. Alors que l'Allemagne dépense plus que la plupart des autres pays de l'OCDE pour son enseignement secondaire, la dernière étude internationale PISA a jugé les performances des élèves allemands médiocres.

## Gouvernance réglementaire : promouvoir un cadre réglementaire plus dynamique

La solidité et l'exhaustivité du cadre de gouvernance adopté par l'Allemagne après la guerre ont occulté la nécessité d'une adaptation. Il est également très difficile de modifier un système qui s'articule autour d'éléments soigneusement agencés et formant un tout équilibré et cohérent. Les fonctions réglementaires font partie intégrante d'une approche beaucoup plus large qui sous-tend un ensemble de valeurs sociales fondamentales. Le défi consiste à préserver les éléments du régime de réglementation allemand dont l'excellence a été démontrée tout en préparant la mise en place d'un cadre réglementaire plus dynamique. Plusieurs initiatives lancées ces dernières années semblent avoir du mal à s'imposer. Des réformes ciblées visant à accélérer la croissance tireront avantage d'un cadre réglementaire plus réactif.

Un processus décisionnel plus efficace doit être mis au point pour les organismes de réglementation. Certains groupes d'intérêt catégoriels prennent part au processus décisionnel consensuel. Au fil du temps, cela a abouti à une situation où de nombreux acteurs, situés à différents niveaux du système – les syndicats ou la chambre représentant les *Länder* –, ont le pouvoir de bloquer ou de freiner le processus décisionnel. Des réformes urgentes s'enlisent dans ce processus. D'autres pays de l'OCDE, de tradition similaire, confient l'élaboration des principaux textes législatifs à des Comités préparatoires officiels désignés par le gouvernement.

La transparence et l'accessibilité du processus d'élaboration des règlements sont une source de préoccupation et les parties extérieures au système se trouvent – involontairement – défavorisées. Aucune obligation n'est faite aux ministres, à l'échelle du gouvernement, quant à la manière de procéder à une consultation publique. De ce fait, les projets de réglementation ne sont pas systématiquement portés à la connaissance du public pour consultation. La participation de réseaux de parties prenantes bien établis, et quelque peu informels, à la consultation ne permet guère à d'autres intéressés d'exercer leur influence. Dans certains pays de l'OCDE, on a adopté une procédure d'« avis et commentaires » pour limiter ce risque d'exclusion.

L'évaluation des réglementations laisse à désirer. Les coûts et avantages ne font pas l'objet d'un bilan systématique et manquent de clarté. Une culture très teintée de juridisme se traduit par un recours limité aux évaluations quantitatives pour faciliter la prise de décision réglementaire. C'est l'ensemble du dispositif réglementaire et des décisions de haut niveau, et pas seulement certaines réglementations, qui en bénéficieraient. L'Allemagne dispose d'un système d'évaluation, mais il comporte de graves lacunes en ce que certaines procédures ne peuvent être suivies faute de directives opérationnelles et d'experts pour guider les ministères, mais aussi faute de contrôles et de sanctions en cas de non-conformité. En comblant le fossé entre les instruments disponibles et la pratique, la politique réglementaire serait en mesure d'appuyer efficacement le processus décisionnel. La tradition de l'État de droit ne porte guère à aborder les problèmes sous l'angle économique ni à pleinement mesurer l'importance de l'évaluation, comme en témoigne l'orientation donnée aux réformes par le passé, qui privilégie l'administratif par rapport à l'économique.

Le système réglementaire doit être rationalisé. Actuellement complexe, il a tendance à déboucher sur des résultats réglementaires coûteux et engendre un nombre croissant de règlements fédéraux, souvent formulés dans un langage juridique ardu. Les *Länder*

disposant d'une grande latitude pour mettre en œuvre la plupart des réglementations fédérales, l'application de celles-ci varie d'un Land à l'autre. Une tradition de hiérarchie très structurée se doublant d'étroites compétences favorise le développement d'approches sectorielles de la réglementation et certains signes montrent que les procédures spécifiques se multiplient, ajoutant à un cadre réglementaire déjà complexe. Le système fiscal allemand est probablement le plus complexe d'Europe.

L'autoréglementation, qui s'inscrit dans la tradition allemande, est un important mécanisme réglementaire. Il existe une liste de critères permettant de déterminer les possibilités d'autoréglementation. La prudence est toutefois de mise quand il s'agit d'appliquer cette solution à des secteurs importants. Une étude récente réalisée pour le gouvernement fédéral met en évidence les avantages de cette formule lorsque les risques auxquels le public serait exposé sont faibles.

Enfin et surtout, un système central de contrôle de la qualité de la réglementation contribuerait à l'instauration d'une politique dynamique en faveur d'une réglementation de grande qualité. Les dispositions actuelles pourraient être développées en ce sens, notamment en favorisant une approche structurée et non fragmentaire, le développement de compétences analytiques et la mise en œuvre d'un éventail de normes plus larges de qualité de la réglementation. De nombreux autres pays de l'OCDE se sont dotés d'un tel organe central.

---

#### *Économie politique de la réforme : renforcer le rôle actuellement marginal de certains acteurs*

---

La gestion du processus de réforme et les mesures à prendre pour l'encourager représentent un défi pour tous les pays. Dans le cas de l'Allemagne, la difficulté est accentuée par le fait que les parties prenantes à la prise de décision sont les mêmes depuis longtemps et que leurs intérêts sont étroitement imbriqués. Il serait utile d'associer au processus de nouveaux acteurs ou des acteurs dont la participation est actuellement marginale. Les nouvelles entreprises, les étrangers et les consommateurs pourraient être davantage impliqués. Il pourrait également être utile d'examiner les structures réglementaires qui se chevauchent actuellement (notamment le système de financement mixte administration centrale/*Länder*). La création d'un organe de réglementation central contribuerait également à limiter les chevauchements et faciliterait l'adoption de règles générales, ce qui simplifierait d'autant le dispositif. Les résultats des réformes devraient faire l'objet d'un suivi, dont le public devrait être tenu informé. Enfin, la présentation des avantages des réformes doit tenir compte des préoccupations légitimes des parties prenantes.

---

#### *Conclusions*

---

Le cadre de gouvernance et de réglementation qui s'est développé en Allemagne comporte un certain nombre d'atouts et vise à préserver un équilibre délicat et nécessaire entre les différentes parties prenantes et les niveaux d'administration, ainsi qu'à promouvoir la solidarité dans l'ensemble du pays. Ces objectifs demeurent importants pour le bien-être global de l'Allemagne. Toutefois, le système n'a guère été conçu pour assimiler ou faciliter le changement. La mobilisation des efforts et des ressources au service de la réunification est extrêmement louable, mais l'Allemagne a perdu un temps précieux à élaborer de nouvelles approches réglementaires et à lancer des réformes économiques spécifiques complémentaires.

Cependant, le gouvernement a démontré dans ses actions récentes qu'il avait parfaitement conscience de la nécessité de rattraper le temps perdu. En abordant le système de gouvernance proprement dit dans une optique plus globale, il veillerait à l'exécution rapide, efficace et efficiente de ses réformes, qu'il s'agisse du marché du travail, des industries de réseau ou de la promotion des PME. Il importe par conséquent que le gouvernement ne se borne pas à poursuivre avec détermination des réformes spécifiques, mais qu'il adapte également ses traditions réglementaires pour que les changements nécessaires puissent intervenir rapidement, au moindre coût pour l'économie et avec la participation de tous les intéressés. La difficulté pratique peut-être la plus importante réside dans la mise en place d'un moteur de réforme capable de susciter ces changements. Il est trop tôt pour déterminer si le programme Agenda 2010 et les réformes des structures fédérales actuellement à l'étude permettront de relever le défi. Enfin et surtout, il importe que les autorités allemandes s'efforcent de bien faire comprendre les objectifs et les avantages de la réforme – ainsi que les risques et les coûts que l'Allemagne devrait assumer si elle y renonçait – de façon à lui conserver son impulsion avec le soutien de la population.

PARTIE I

# La réforme de la réglementation en Allemagne

PARTIE I  
*Chapitre 1*

## **Performance et évaluation**

## Introduction

Troisième économie après les États-Unis et le Japon en termes de PIB, l'Allemagne est également l'une des plus grandes nations commerçantes au monde puisqu'elle se classe parmi les principaux exportateurs de marchandises. Le PIB par habitant (environ € 25 900) et le niveau de protection sociale y sont élevés. L'Allemagne est en outre la première économie et le pays le plus peuplé de l'Union européenne, avec 82.3 millions d'habitants. La réunification a renforcé encore sa position centrale stratégique en Europe, qui favorise l'instauration de liens est-ouest étroits avec les autres pays européens. Très axé sur l'exportation, le secteur des produits manufacturés (automobile, produits chimiques, machines, construction navale, électrotechnique et électroménager) reste l'épine dorsale d'une économie par ailleurs diversifiée. Le secteur des services dépasse aujourd'hui celui des produits manufacturés, mais reste axé principalement sur le marché intérieur. La structure industrielle de l'Allemagne se caractérise notamment par la place importante qu'occupent les entreprises familiales de dimension moyenne bien établies, qui constituent le *Mittelstand*.

Comme les autres pays de l'OCDE, l'Allemagne peut revendiquer sa propre approche en matière de gouvernance. Celle-ci découle de l'« économie sociale de marché », élaborée après la guerre dans un souci de refondation de la société et de l'économie, même si certaines de ses racines renvoient à des périodes beaucoup plus anciennes de la pensée économique et politique allemande (encadré 1.1).

### Encadré 1.1. Principales caractéristiques du cadre de gouvernance et de réglementation en Allemagne

#### Historique

Après la Deuxième Guerre mondiale, l'Allemagne a instauré un cadre de gouvernance global en vue de gérer le développement social, politique et économique du pays, avec la mise en place d'une économie sociale de marché. Le pays ne voulait pas répéter les erreurs commises avant la guerre. De manière très générale, la liberté était devenue un objectif politique, la prospérité un objectif économique, la solidarité et la justice des objectifs sociaux, intrinsèquement liés entre eux comme les moyens mis en œuvre pour les atteindre. Il a fallu veiller à respecter un certain équilibre entre coopération et concurrence, justice et efficacité, rôle de l'État et rôle du marché. Tous les éléments constitutifs de l'économie, des politiques et de la société (en particulier les employeurs, les salariés et les pouvoirs publics à tous les niveaux) ont été appelés à prendre part au processus et à assumer ensemble la responsabilité de la mise en œuvre de ces objectifs. L'accent a donc été mis sur le consensus, la coopération et la négociation en tant que moyens concrets d'unir les efforts au service d'un objectif commun.

### Encadré 1.1. Principales caractéristiques du cadre de gouvernance et de réglementation en Allemagne (suite)

#### L'État de droit

L'État de droit (« Rechtsstaat ») est un élément central du cadre de gouvernance, construit autour d'une architecture juridique globale et codifiée, ancrée dans la Loi fondamentale (la constitution). L'approche de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques atteste l'importance du système juridique et d'une culture donnant aux juristes un rôle exceptionnel, tant dans l'administration que dans le secteur privé.

#### Droit et politique de la concurrence

Élément essentiel de l'architecture juridique, le droit de la concurrence occupe une place centrale dans le fonctionnement de l'économie. Certains pays de l'OCDE qui ont toujours accordé à l'État un rôle majeur en ce qui concerne la propriété et la gestion des moyens économiques pourraient mettre en doute le rôle que doit jouer la concurrence dans la régulation des comportements économiques. L'Allemagne, en revanche, a toujours fait très clairement la distinction entre l'État et le marché ; elle privilégie le plus souvent la propriété privée des moyens économiques et encourage une concurrence efficace (c'est-à-dire, des conditions empêchant que certaines entreprises puissent exercer sur d'autres un pouvoir de coercition) entre les entreprises privées, dans laquelle elle voit la clé d'une économie qui fonctionne bien. Les entreprises assument une responsabilité sociale et économique : elles ont des comptes à rendre aux acteurs de la communauté, et la puissance économique des entités privées doit s'exercer de manière équitable.

Le droit de la concurrence, qui tout à la fois traduit et conforte ces relations, établit le cadre juridique au sein duquel les entreprises doivent fonctionner. Ce faisant, il définit la place importante qu'occupent la coopération et la négociation à l'appui des forces du marché (aspect moins saillant dans l'économie politique des pays qui s'appuient principalement sur les forces du marché pour l'allocation des ressources). Le droit de la concurrence protège les relations qui contribuent à l'obtention des résultats souhaités et les réglementations visant à promouvoir la concurrence sont nuancées par les réglementations favorables à une coopération efficace.

#### Dimension externe de la concurrence

La concurrence comporte une double dimension, externe et interne : l'une est le renforcement de l'économie allemande, de sorte qu'elle puisse se montrer compétitive dans les échanges internationaux, l'autre est l'ouverture des marchés internationaux axée sur la concurrence. Les objectifs d'après-guerre ont consisté, pour une large part, à faire en sorte que l'Allemagne reste une grande nation commerçante.

#### Fédéralisme coopératif

L'Allemagne a toujours été un État fédéral. Le fédéralisme coopératif est un aspect essentiel du système de gouvernance inscrit dans la Loi fondamentale. Ses objectifs sont multiples : œuvrer au bon fonctionnement de la démocratie, assurer un équilibre politique harmonieux et contribuer à instaurer des niveaux de vie globalement équivalents dans l'ensemble de la fédération. Pouvoirs et responsabilités sont soigneusement répartis entre les différents niveaux d'administration – Fédération (Bund), État (*Länder*) et commune (Gemeinde).

Chacun des seize *Länder* a sa constitution, son Parlement, son administration et ses tribunaux. Aux termes de la Loi fondamentale, l'État fédéral est responsable des questions concernant le pays dans son ensemble ; si la constitution n'indique pas expressément qu'elles relèvent de la Fédération, toutes les autres questions sont du ressort des *Länder*.

### Encadré 1.1. Principales caractéristiques du cadre de gouvernance et de réglementation en Allemagne (suite)

C'est le cas, notamment, de l'éducation et de la santé. Les *Länder* ont également des compétences importantes au plan administratif, en particulier celle de la collecte de l'impôt sur le revenu. Dans la pratique, toutefois, les attributions ne sont pas toujours clairement définies et peuvent se recouper : c'est ainsi, par exemple, que les soins de santé relèvent des trois niveaux d'administration.

Les deux chambres du Parlement attestent le lien politique étroit qui existe entre les autorités fédérales et les *Länder*. La première (Bundestag) représente le niveau fédéral, la seconde (Bundesrat) représente les *Länder*. Ces derniers jouent un rôle considérable dans l'élaboration des lois au niveau fédéral. Le Bundesrat a le droit de rejeter un projet de loi du Bundestag, ou de proposer des amendements, y compris pour ce qui concerne le budget fédéral annuel. Les trois-quarts environ des lois fédérales concernent directement les *Länder* et les autorités locales. L'élaboration des politiques à l'échelle fédérale repose donc, pour une très large part, sur le consensus, les *Länder* préférant influencer sur un texte de loi à l'état de projet plutôt que d'avoir à le rejeter officiellement, à un stade ultérieur, dans le cadre du Bundesrat. Les *Länder* assurent directement, selon les modalités qu'ils déterminent, l'application des lois qui les concernent, les autorités fédérales se limitant à vérifier la légalité de cette mise en œuvre. Une telle indépendance favorise une grande diversité, d'un Land à l'autre, dans la gestion de la réglementation et les pratiques réglementaires.

Fortement impliquées dans l'économie locale, les communes contribuent largement, elles aussi, à l'équilibre démocratique. La Loi fondamentale leur garantit le droit de réglementer, sous leur propre responsabilité, l'ensemble des questions locales, dans les limites fixées par la loi. Elles ont donc, de ce fait, la possibilité d'exercer un grand nombre d'activités. Les communes sont généralement très impliquées dans les services publics multifonctionnels. Plus de 800 services publics locaux couvrent des activités telles que la fourniture d'électricité, de gaz et d'eau ; beaucoup appartiennent, en partie ou en totalité, aux communes.

#### Gouvernance et cadre réglementaire aujourd'hui

La situation a évolué depuis que le cadre initial a été défini. Les conditions économiques ont changé : par exemple, le concept original reposait sur une hypothèse de plein emploi et les préoccupations environnementales se sont accentuées. Les grands principes subsistent néanmoins jusqu'à présent : la solidarité reste un fondement des principales politiques et structures de gouvernance. On citera, à cet égard, les relations étroites qu'entretiennent les autorités des *Länder* et fédérales dans le domaine budgétaire, l'objectif étant de permettre une certaine égalité des conditions de vie ainsi qu'un système de protection sociale généreux. Les bases sur lesquelles s'est effectuée la réunification illustrent également ce principe, puisque le système de protection sociale ouest-allemand a été étendu à la partie orientale. Des aides massives ont contribué – et contribuent encore aujourd'hui – au rattrapage de l'économie et de l'infrastructure de l'est. Les processus décisionnels reposent toujours sur la recherche du consensus. Les relations entre les *Länder* et les autorités fédérales, les partenaires politiques au sein du gouvernement et les partenaires sociaux ont un rôle capital sur ce point. La recherche du consensus demeure une composante nécessaire de la prise de décision dans un État fédéral dont le centre n'est pas aussi fort que dans certains autres pays et où les gouvernements de coalition sont la norme. La structure de base de la loi sur la concurrence, très complète dès le départ, n'a pas foncièrement changé.

Cela étant dit, les récentes initiatives de réforme (par exemple : Agenda 2010) s'attachent à promouvoir l'instauration d'un nouvel équilibre entre solidarité et responsabilité individuelle.

L'économie allemande s'est montrée très performante au cours des trente premières années qui ont suivi la guerre : très compétitive, elle affichait un taux de croissance remarquable par rapport à la plupart des autres pays de l'OCDE. Cette période extrêmement faste s'explique notamment par la reconstruction massive de l'économie, qui s'est traduite par la mise en place d'un parc moderne d'équipements et le recours aux technologies les plus récentes. Associés à une main-d'œuvre bien formée et productive, ainsi qu'à une volonté de réussir propre à stimuler la créativité, ces éléments ont donné des résultats impressionnants. Les principes globaux et méthodiques qui régissaient le système initial de gouvernance de l'économie sociale de marché ont conduit à l'instauration d'un contexte réglementaire et institutionnel efficace dans lequel les différentes parties prenantes se sont attelées à la reconstruction du pays et à la création de richesses.

Mais aujourd'hui l'économie allemande se trouve confrontée à de sérieuses difficultés. Dans la deuxième moitié des années 90, la croissance a subi un ralentissement brutal et plus marqué que dans plusieurs autres pays européens, après avoir enregistré une forte accélération dans le prolongement immédiat de la réunification grâce à l'augmentation des revenus dans les *Länder* nouvellement libérés de la partie orientale du pays. La productivité progresse moins vite et l'emploi se développe faiblement. Le déficit budgétaire s'accroît régulièrement. Le poids et les conséquences de la réunification sont une cause majeure de cette évolution, et peut-être même la principale (encadré 1.2).

La réunification, cependant, n'est pas le seul facteur à avoir eu des incidences sur les performances de l'Allemagne. On peut en citer au moins trois autres. Premièrement, la croissance a connu un ralentissement durable bien avant la réunification en 1990. Les gains de productivité ont également faibli avec le temps. Au cours de la deuxième moitié des années 80, la croissance réelle du PIB était inférieure à la moyenne de l'Union européenne. Le pays a également vu son taux de chômage augmenter durablement dès le début des années 70, les pertes d'emploi enregistrées dans l'industrie n'étant pas pleinement compensées par les créations d'emplois dans le secteur des services (comme ce fut le cas aux États-Unis). Cela montre qu'en dehors de la réunification – choc indéniablement difficile à résorber pour l'économie allemande – certaines évolutions économiques négatives étaient déjà en cours, attestant l'existence de problèmes profonds comme le mauvais fonctionnement du marché du travail et un État providence toujours plus volumineux. Pour la plupart, ces tendances et ces problèmes n'étaient pas spécifiques à l'Allemagne, mais la réunification les a mis en lumière avec plus d'acuité que partout ailleurs.

Deuxièmement, le contexte extérieur est difficile : l'état de santé de l'économie mondiale a empiré considérablement depuis 2000, ce qui souligne la vulnérabilité potentielle de l'Allemagne en tant que grand pays exportateur. Certes, les performances allemandes sont bonnes en la matière, mais cela était nécessaire pour compenser une faible demande intérieure qui contribue à ralentir la croissance et affaiblit l'aptitude de l'Allemagne à rebondir face aux chocs extérieurs comme les fluctuations des taux de change. En outre, si la convergence des taux d'intérêt réels vers les niveaux allemands, plus faibles, au cours de la période qui a précédé l'Union monétaire européenne a quelque peu stimulé l'investissement pour plusieurs pays européens, comme l'Italie et la France, l'Allemagne n'en a retiré aucun profit.

Troisièmement, la réunification a mobilisé toute l'attention des autorités, au détriment de réformes nécessaires en matière de gouvernance et de réglementation (entamées dans de nombreux autres pays de l'OCDE). Certes, des réformes majeures sont

intervenues dans certains domaines, notamment l'ouverture complète des secteurs du gaz et de l'électricité ; en revanche, l'Allemagne a décidé de n'apporter aucun changement fondamental à sa gouvernance réglementaire, qu'elle a même transplantée à l'est. Les réformes entreprises ces dernières années ont visé presque exclusivement l'allègement de la bureaucratie et l'augmentation de l'efficacité administrative, et non une amélioration générale de la qualité des réglementations. Les transformations essentielles – en particulier celles qui auraient pu contribuer à renforcer l'économie, comme la réforme du marché du travail – s'en sont trouvées négligées ou écartées.

On peut ajouter actuellement un autre facteur susceptible d'exercer un impact négatif majeur sur les perspectives économiques de l'Allemagne s'il n'est pas traité efficacement : le vieillissement rapide de la population.

Très conscient des difficultés que suscite une telle évolution, le gouvernement allemand a mis en œuvre, ou tout au moins s'emploie à lancer, plusieurs réformes indispensables, dont celles du marché du travail et des retraites. Plus récemment, il a mis

### Encadré 1.2. **L'impact de la réunification sur l'économie allemande**

La réunification avec l'Allemagne de l'est en 1990, extrêmement coûteuse, pèse encore lourdement sur les finances publiques. La croissance dans les *Länder* orientaux ayant stagné à des niveaux relativement faibles, les écarts de productivité demeurent très marqués avec les *Länder* occidentaux et le taux de chômage est deux fois plus élevé à l'est. Inévitablement, les résultats économiques du pays s'en ressentent.

Quelle que soit la façon dont elle aurait pu être menée, la réunification aurait probablement grevé lourdement les performances globales de l'Allemagne et pesé sur son économie pendant un certain temps. Il s'agissait d'un événement sans précédent pour un pays de l'OCDE. Les décideurs ne disposaient à l'époque d'aucun schéma sur lequel s'appuyer : ils se sont simplement trouvés confrontés à un impératif politique majeur – agir vite et avec détermination – ainsi qu'à la nécessité de respecter les valeurs profondément ancrées qui avaient façonné l'économie et la société allemande après la guerre, et dont la solidarité n'était pas la moindre. Ces contraintes ont ainsi abouti à des choix de départ très onéreux, et ont en outre retardé l'adaptation économique des *Länder* de l'est. Des transferts budgétaires énormes ont été effectués vers l'est, indispensables au financement du système de sécurité sociale très généreux en vigueur en Allemagne de l'Ouest et de l'aide accordée aux entreprises mises en difficulté par la vive concurrence à laquelle elles se sont trouvées exposées. Aucun pays de l'OCDE n'avait encore procédé à des transferts à pareille échelle.

De nombreux résultats impressionnants ont été enregistrés par la suite, parmi lesquels : un programme de privatisation systématique qui a permis la création de structures de marché viables et le développement de nouvelles sociétés dans des secteurs antérieurement dominés par des entreprises d'État, la mise en place de nouvelles infrastructures à grande échelle et un vaste programme de réhabilitation dans le domaine de l'environnement. Toutefois, le processus de convergence économique a connu un ralentissement au cours de la seconde moitié des années 90. Certaines décisions postérieures à la réunification n'ont guère facilité l'adaptation, par exemple celles relatives au montant et à la durée des subventions destinées à favoriser les investissements à forte intensité de capital et les investissements dans le secteur de la construction : elles se sont en effet soldées par une distorsion des structures de production de l'est du pays et ont détourné l'investissement des secteurs où la croissance de la productivité était la plus élevée. D'autres facteurs sont cependant venus aggraver les difficultés d'adaptation, comme la perte de marchés traditionnels.

en chantier l'« Agenda 2010 », qui couvre un large éventail de domaines, depuis la réforme des prestations sociales et de la santé jusqu'au soutien des nouvelles PME. Il est aujourd'hui admis que des réformes de grande ampleur sont indispensables. Un certain nombre de questions doivent cependant être posées. Le système actuel de gouvernance et de réglementation est-il toujours efficace ? Peut-il être un obstacle à la souplesse et aux idées nouvelles ? Permet-il suffisamment à de nouveaux intervenants de pénétrer le marché ? Dans quelle mesure les parties prenantes concernées peuvent-elles faire entendre leur voix ? L'innovation est-elle encouragée ? Le système évolue-t-il vers moins de concurrence et plus de protection ? L'approche adoptée pour la réforme – celle-ci se fait plutôt de l'intérieur et est relativement lente et progressive – se traduit-elle par une perte de temps précieuse dans la réalisation d'objectifs importants ?

Cette première partie du rapport s'articule comme suit : dans un premier temps on examinera les grandes questions qui façonnent le développement global et les performances de l'économie allemande, ainsi que les caractéristiques de cette économie étroitement liées à la réforme réglementaire. On analysera ensuite la contribution de la réforme de la réglementation aux performances, avant de se demander si des réformes supplémentaires continueraient d'améliorer les performances et permettraient d'atteindre les objectifs politiques. Enfin, on tirera les principales conclusions de cette analyse. La deuxième partie du rapport examine plus en détail la qualité de la réglementation, la politique de la concurrence, l'ouverture des marchés et les réformes entreprises dans les secteurs de l'électricité, du gaz, des pharmacies et des télécommunications. Elle ne couvre pas la totalité des questions et des réformes dont il est question dans la première partie. On pourra néanmoins se reporter pour ces éléments complémentaires aux *Études économiques* récentes de l'OCDE concernant l'Allemagne.

## Le contexte macroéconomique

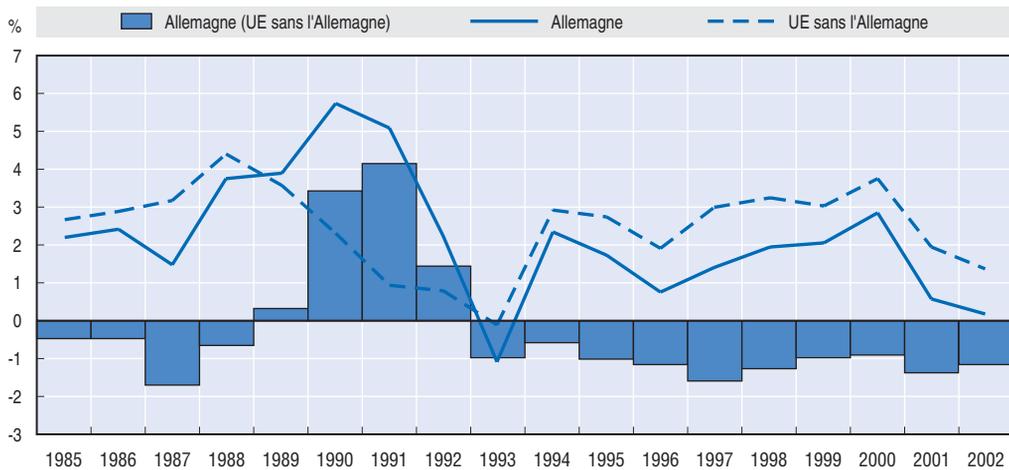
### ***La croissance moyenne en Allemagne s'est ralentie au cours de la décennie écoulée par rapport à celle de certains autres pays de l'UE et de l'OCDE***

Le graphique 1.1 illustre l'évolution de la croissance du PIB réel de l'Allemagne par rapport à l'UE. Au cours des quinze dernières années, à l'exception de 1990 et 1991 (période de forte accélération de la croissance due à une demande stimulée par la réunification), l'Allemagne a enregistré un ralentissement de la croissance par rapport à certains autres pays de l'Union européenne et de l'OCDE. Abstraction faite de toute comparaison avec d'autres pays, la croissance par habitant est tombée de 2.2 % dans les années 70 à 2 % dans les années 80, pour ne pas dépasser 1.1 % entre 1991 et 2002.

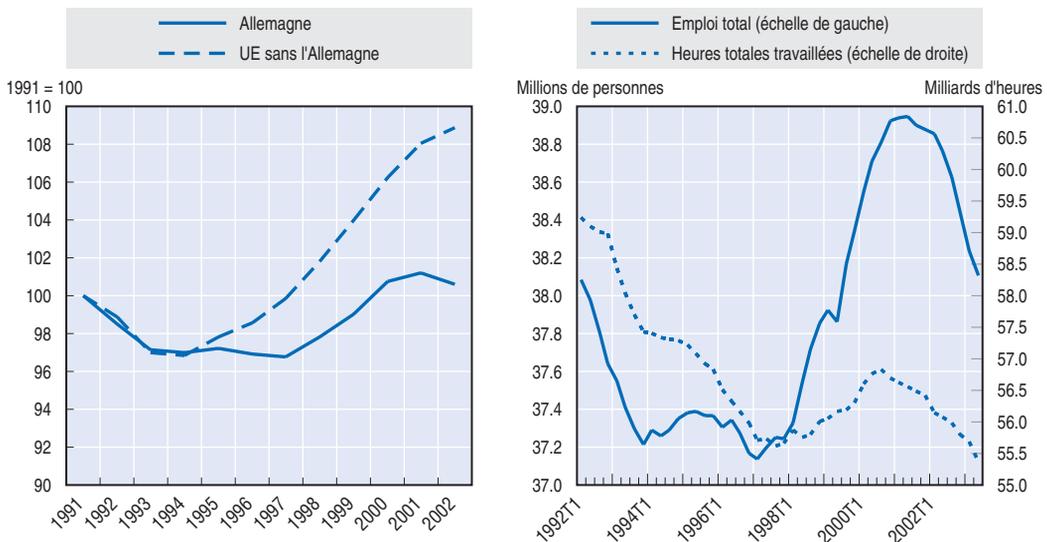
Cette contre-performance persiste aujourd'hui encore. L'économie a stagné en 2001 et 2002 et la situation restait inchangée au début de 2003. La persistance d'une croissance relativement médiocre semble révélatrice de problèmes structurels sous-jacents auxquels il importe de s'attaquer. Outre une croissance faible, on constate un taux de chômage élevé, un déficit budgétaire structurel et financier important et une demande atone. On relèvera cependant que l'inflation est faible et que les exportations restent satisfaisantes.

### ***Le faible nombre des créations d'emploi est pour beaucoup dans le recul de la croissance***

Si l'on décompose la croissance réelle par habitant en termes de travail – nombre d'heures total travaillées par habitant – et de productivité de la main-d'œuvre – PIB réel par heure travaillée – on constate que la faiblesse de l'emploi est un facteur essentiel de ralentissement

Graphique 1.1. **Croissance du PIB réel en Allemagne et dans l'UE, 1985-2001<sup>1</sup>**

1. Taux de croissance en Allemagne occidentale pour la période 1984-85 à 1990-91 et en Allemagne depuis 1991-92.  
Source : Base de données analytiques de l'OCDE.

Graphique 1.2. **Emploi total et nombre total d'heures effectuées en Allemagne et dans l'UE pour la période 1990-2002**

Source : Base de données analytiques de l'OCDE et Comptes nationaux trimestriels (OCDE), concept national.

de la croissance. Plusieurs raisons peuvent expliquer la médiocrité du taux d'emploi. L'une d'elles est la diminution du nombre de personnes en âge de travailler, plus marquée que dans la plupart des autres pays de l'OCDE. Les éléments les plus importants, cependant, sont la baisse du taux d'emploi et la réduction du temps de travail moyen, ainsi que l'alourdissement de la fiscalité du travail. Le graphique 1.2 illustre l'évolution de l'emploi en Allemagne par rapport au reste de l'UE : la baisse est nette dans les années 90. Le graphique 1.3, qui illustre le nombre d'heures de travail effectuées, révèle aussi une baisse au cours de cette période.

L'interaction négative d'un faible taux de création d'emplois et de la hausse de la fiscalité du travail s'est traduite par une réduction du revenu disponible et par un ralentissement de la consommation des ménages. La demande intérieure demeure très faible.

**La productivité du travail augmente de façon satisfaisante, sans pour autant suffire pour inverser la tendance et améliorer la croissance du PIB ; l'investissement pose également un problème**

La productivité du travail a augmenté plus rapidement ces dernières années que dans les autres pays européens. La progression moyenne enregistrée est de 1.9 % entre 1995 et 2001, soit un rythme supérieur à celui de la France, de l'Italie et de l'Espagne (1 %) et quasiment égal à celui des États-Unis (2 %). Cela n'a pourtant pas suffi pour compenser les effets négatifs d'une faible quantité de travail sur la croissance du PIB. La qualité et la quantité des investissements freinent également l'amélioration de la productivité.

S'agissant de la qualité, l'un des problèmes majeurs tient au fait que les investissements destinés à la reconstruction des nouveaux *Länder* n'ont pas toujours été orientés de manière judicieuse pour soutenir la croissance de la productivité. Les subventions en faveur d'une production à forte intensité de capital ont faussé la structure de la production manufacturière des nouveaux *Länder* ; par ailleurs, la prépondérance accordée à la construction au début des années 90 a détourné les investissements de secteurs dans lesquels la croissance de la productivité aurait été plus forte.

Le volume des investissements est également problématique. Le début des années 90 a vu les investissements en équipements augmenter de façon très nette, mais un écart important est alors apparu entre les taux de croissance de l'Allemagne et d'autres pays de l'UE. Il ressort de l'*Étude économique de l'Allemagne* réalisée par l'OCDE en 2003 que la timidité des investissements en machines et en équipements depuis le milieu des années 90 peut expliquer environ 25 % de la différence de croissance de PIB constatée entre l'Allemagne et l'UE.

**La réunification a imposé un lourd fardeau à l'économie**

La réunification a en outre beaucoup contribué à l'affaiblissement de la croissance. L'objectif audacieux fixé en 1990 était d'obtenir rapidement une convergence économique et sociale entre l'est et l'ouest du pays. Le processus de réunification s'est appuyé sur le principe d'une extension globale et immédiate aux nouveaux *Länder*, sans période de transition ou d'adaptation, du système juridique, économique et social de l'Allemagne occidentale. Pour les entreprises et la main-d'œuvre des régions de l'Est, la confrontation et l'intégration avec le système économique ouest-allemand – très productif et fondé sur la concurrence – a constitué une rude expérience. Afin d'atténuer les premiers effets d'un tel choc, les principes de solidarité et d'équité ancrés dans la politique économique de l'Allemagne de l'ouest ont été résolument mis en pratique. En particulier, le système de protection sociale très généreux s'est appliqué pleinement aux *Länder* orientaux. Il a fallu procéder à des transferts budgétaires massifs pour financer cette mesure et une aide financière a été nécessaire pour aider les entreprises de l'est à surmonter leur déficit de compétitivité. Les dépenses sociales se sont inévitablement accélérées. Les transferts budgétaires vers l'est du pays et les mesures actives en faveur de l'emploi ont rendu moins urgente la nécessité d'adapter les salaires de manière à tenir compte des niveaux de productivité moins élevés dans les entreprises de l'est. Les subventions à l'investissement, censées aider les entreprises à entrer dans le jeu de la concurrence, n'ont pas toujours abouti à un accroissement de la productivité. Enfin, plus directement, les aides sociales et autres formes de soutien fournies à l'Est ont représenté un coût énorme pour le budget de l'Allemagne. La réunification s'est donc révélée plus complexe, plus coûteuse et plus longue que prévu.

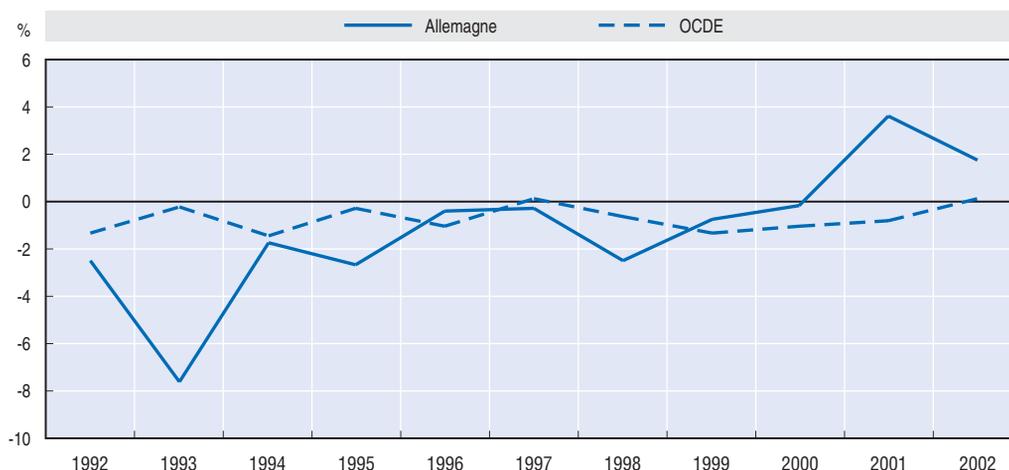
### **En dépit de résultats impressionnants, l'est n'est pas encore sur la voie d'une croissance autonome**

Malgré un départ encourageant au début des années 90 et des progrès considérables, le processus de convergence économique s'est ralenti au milieu de la décennie ; aujourd'hui encore, il est loin d'être achevé. La croissance reste médiocre dans les *Länder* de l'est, le décalage reste important en matière de productivité et le taux de chômage est beaucoup plus élevé qu'à l'ouest. Le stock de capital des nouveaux *Länder* atteint le niveau des anciens, mais l'intensité du travail est inégale : forte dans certaines régions, insuffisante dans d'autres. L'est du pays n'a pas encore atteint le stade d'une croissance autonome. L'écart entre l'est et l'ouest continue de faire peser un lourd fardeau sur l'économie dans son ensemble, le volume des transferts budgétaires effectués chaque année vers l'est représentant approximativement 4 à 5 % du PIB ouest-allemand. Les aides spéciales devraient se poursuivre jusqu'en 2019.

### **Exportations : leur volume est important et ce secteur d'activité, qui reste dynamique, doit être soutenu**

Les exportations apportent, à l'évidence, une contribution positive majeure à la croissance d'un pays exportateur de premier plan. Les politiques économiques de l'Allemagne, axées sur les exportations, ont joué un rôle important dans le développement du pays : la croissance du PIB allemand, en effet, a toujours été stimulée par ses performances à l'exportation. Cette situation s'est globalement bien maintenue au cours des dernières années. La part de l'Allemagne dans les exportations mondiales a diminué au début des années 90 et la balance des marchandises s'est sensiblement contractée (les produits initialement destinés à l'exportation étant alors réorientés vers la reconstruction des *Länder* de l'est). Depuis lors, il y a eu amélioration et la part de l'Allemagne dans les exportations mondiales est en hausse depuis 2000. La compétitivité des entreprises, qui s'était affaiblie au début des années 90, a repris de la vigueur dans la seconde moitié de la décennie : en effet, des hausses de salaires plus modérées et une politique d'adaptation des prix de marché se sont traduites par des coûts moins élevés. Depuis maintenant plusieurs années, la croissance du PIB allemand est à mettre principalement au crédit des exportations nettes ; leur niveau s'est maintenu, alors que celui des importations a diminué sensiblement, ce qui atteste de la faiblesse de la demande intérieure (graphique 1.3).

La situation économique mondiale s'est considérablement détériorée depuis 2000. Pour que la croissance puisse se maintenir en dépit des fluctuations de la conjoncture, l'Allemagne a besoin non seulement que son secteur exportateur soit dynamique et solide, mais aussi que sa demande intérieure soit forte. C'est la faiblesse de cette demande qui explique, en partie, celle de la croissance. Cela a nui à la capacité du pays à réagir aux chocs extérieurs que sont, par exemple, les fluctuations des taux de change et les hausses du prix du pétrole (d'autant plus que l'Allemagne doit importer la totalité de son pétrole ainsi que la plus grande partie de son gaz, dont le prix est indexé sur celui du pétrole). L'Allemagne doit réfléchir aux moyens de réduire sa vulnérabilité aux fluctuations de l'économie mondiale et d'améliorer la résilience de son secteur exportateur. Sa balance commerciale globale souffre d'un important déficit structurel en ce qui concerne les échanges de services (tourisme extérieur, services aux entreprises et, dans une moindre mesure, transports).

Graphique 1.3. Performance à l'exportation pour l'ensemble des produits<sup>1</sup>

1. La performance à l'exportation d'un pays X correspond au volume effectif de ses exportations divisé par le volume potentiel, c'est-à-dire par la somme pondérée des importations provenant des pays vers lesquels X exporte. Estimations pour l'Allemagne en 2002 et pour l'OCDE de 2000 à 2002.

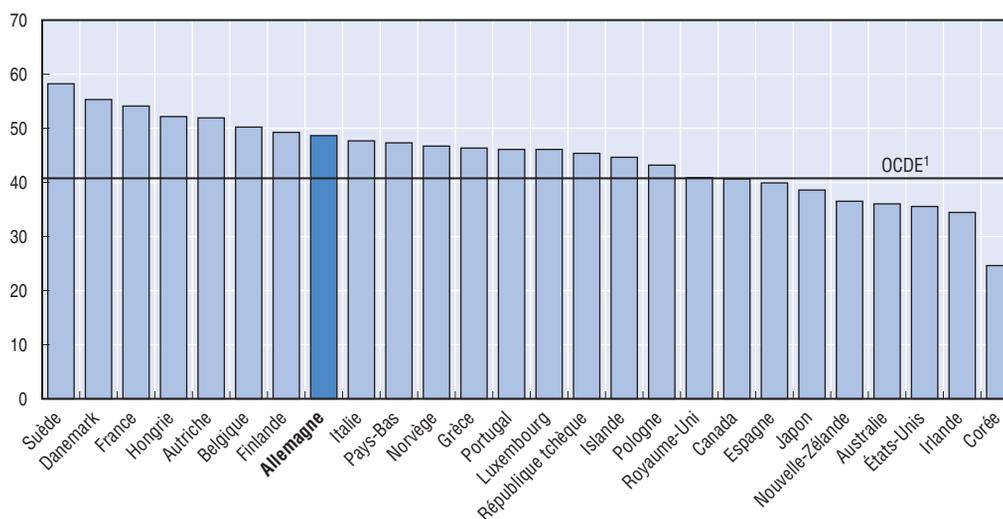
Source : Base de données des Perspectives économiques de l'OCDE ; sources et méthodes.

### Des dépenses publiques élevées, notamment dans le domaine social

Le montant des dépenses publiques exprimé en pourcentage du PIB (45 %) est l'un des plus élevés parmi les pays de l'OCDE et se situe nettement au-dessus de la moyenne de l'OCDE (graphique 1.4).

Les dépenses sociales représentent plus de la moitié du total des dépenses publiques. Elles se sont intensifiées lorsque le système de protection sociale de l'Allemagne de l'ouest a été étendu à l'est du pays. En pourcentage du PIB, les dépenses de l'Allemagne viennent actuellement au deuxième rang dans les pays de l'OCDE, après la Suède (graphique 1.5). Cette situation reflète en partie l'importance que l'Allemagne attache traditionnellement

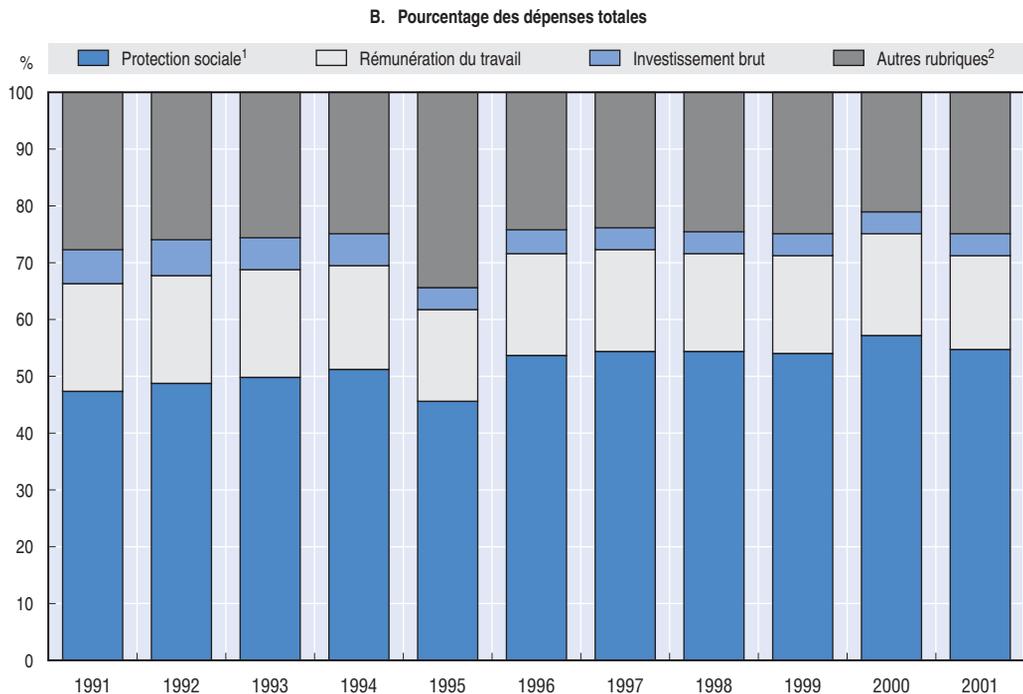
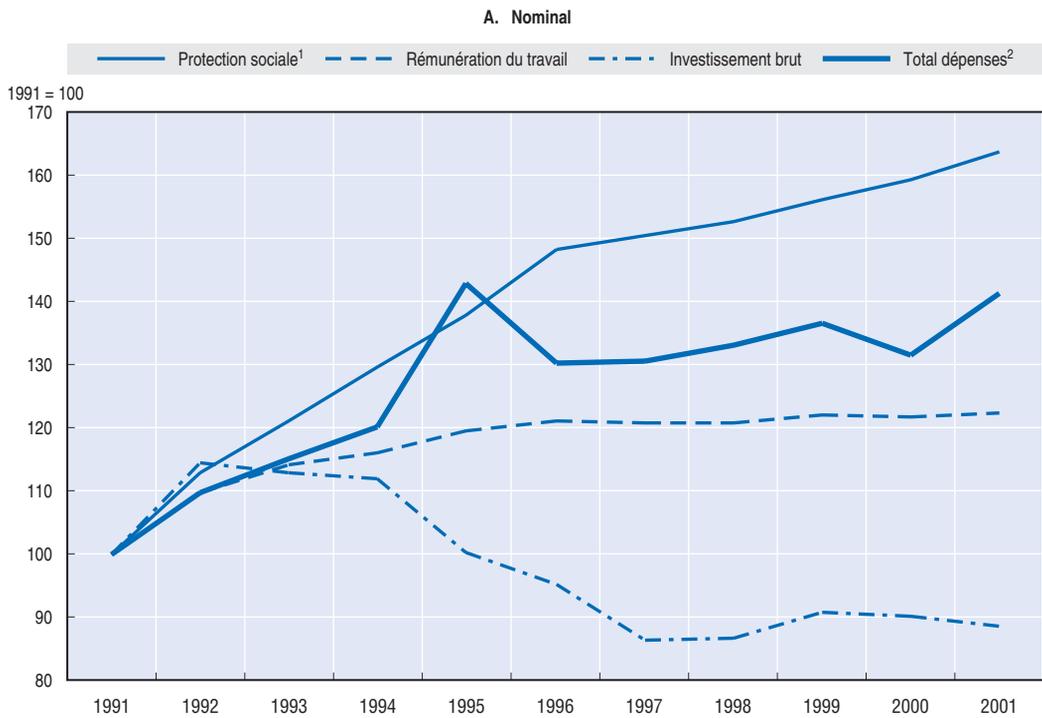
Graphique 1.4. Dépenses publiques en 2002, en pourcentage du PIB



1. Moyenne pondérée.

Source : OCDE, Perspectives économiques de l'OCDE, n° 71, juin 2002.

## Graphique 1.5. Évolution des dépenses publiques globales en Allemagne



1. Y compris les prestations en nature.

2. En 1995, la dette liée à la réunification a été prise en charge par l'État fédéral. Enregistré comme un mouvement dans les comptes nationaux, ce « transfert » a momentanément gonflé les dépenses générales de l'État.

Source : Office fédéral de la statistique ; OCDE.

aux valeurs de solidarité qui sous-tendent son système de protection sociale. Bien que les dépenses de sécurité sociale aient diminué dans les années 80, elles ne sont pas revenues aux niveaux plus faibles du début des années 70. Les taux de cotisation de sécurité sociale, qui représentaient 26.5 % de la base salariale en 1970, sont passés à 35.8 % en 1990 et ont connu par la suite une nouvelle augmentation sensible.

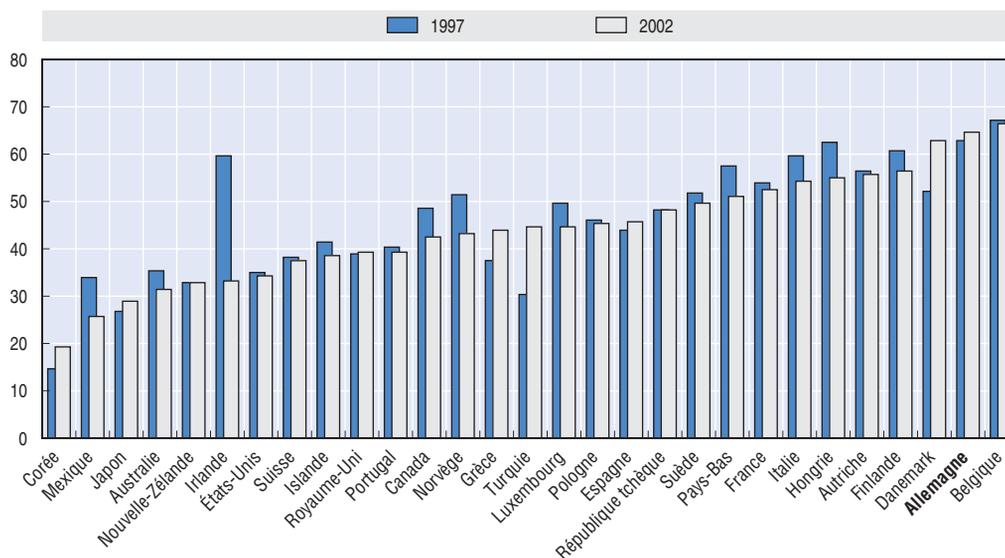
Il ressort également du graphique 1.5 que les autres catégories de dépenses publiques (en particulier les investissements) sont beaucoup moins importantes. Une rationalisation des dépenses sociales est indispensable à la réussite de toute entreprise d'assainissement des finances publiques.

Le déficit budgétaire structurel que connaît aujourd'hui l'Allemagne est en grande partie imputable au niveau élevé de ces dépenses publiques, elles-mêmes liées à la montée du chômage et à l'augmentation du nombre d'allocataires sociaux. Le déficit, qui s'accroît régulièrement, atteint aujourd'hui 3.5 % du PIB : il dépasse ainsi le plafond établi par le traité de Maastricht, ainsi que l'objectif que s'était fixé le gouvernement.

### **Les dépenses publiques alourdissent les impôts et les charges sociales, ce qui décourage la participation au marché de l'emploi et freine les investissements**

Une étude récente de l'OCDE sur les politiques fiscales plaçait l'Allemagne en deuxième position parmi les pays de l'OCDE, en 2001, pour ce qui concerne la différence entre le montant versé par l'employeur et le salaire perçu par le salarié (graphique 1.6). Cela s'explique en grande partie par le poids des charges sociales. Le gouvernement s'efforce de les alléger ; la nouvelle législation sur la réforme des soins de santé va d'ailleurs dans ce sens. En attendant, le niveau actuel des charges incite fortement les entreprises à se montrer économes en main-d'œuvre. L'Allemagne occupe toujours une place plutôt défavorable pour la fiscalité des sociétés, ce qui ne favorise pas l'investissement. Malgré d'importantes réformes, il reste

Graphique 1.6. **Taux marginal d'imposition sur le revenu du travail<sup>1</sup>**



1. Pour une personne seule dont le revenu correspond à celui d'un ouvrier moyen. Le « coin fiscal » est calculé au moyen de la formule suivante : somme de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, des cotisations de sécurité sociale patronales et salariales, et éventuels impôts sur les salaires, en pourcentage des coûts de main-d'œuvre. L'incidence des impôts indirects n'est pas prise en compte.

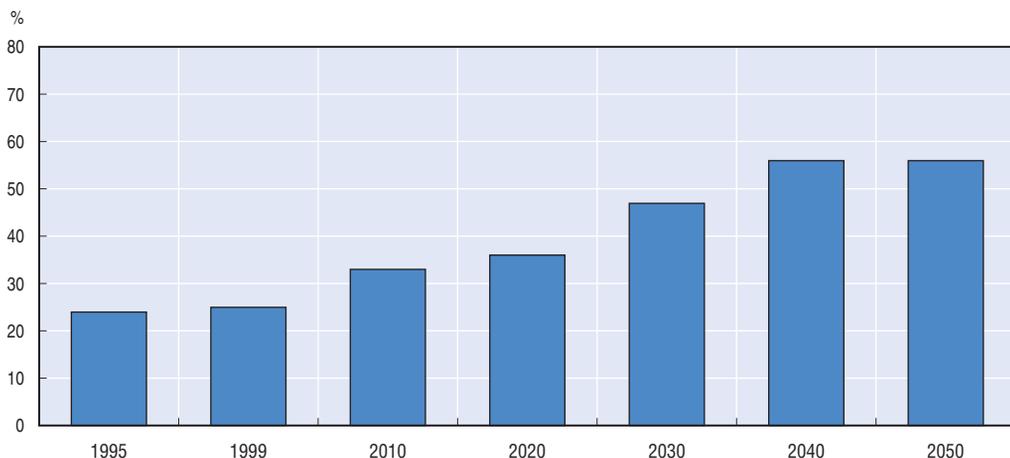
Source : OCDE.

beaucoup à faire pour améliorer la fiscalité des sociétés. Le système fiscal est en outre extrêmement complexe. Les mesures fiscales mises en œuvre depuis 1999 marquent un progrès à plusieurs égards. Les taux d'imposition ont été abaissés et, lorsque la dernière étape de la réforme aura été menée à bien (le gouvernement entend avancer cette réforme à 2004), la taxation des revenus des particuliers et des entreprises sera considérablement réduite.

### **Le vieillissement de la population aggravera encore le poids des dépenses publiques**

L'Allemagne devra faire face à une augmentation rapide de la proportion de personnes âgées au cours des trois prochaines décennies. D'après les projections démographiques effectuées récemment par l'Allemagne, le taux de dépendance des personnes âgées (proportion de personnes de plus de 65 ans par rapport à la population en âge de travailler) passera de 25 % en 1999 à 56 % en 2040 (graphique 1.7). Une telle situation, pire que celle des États-Unis et de nombreux pays européens, aura un certain nombre de conséquences importantes. L'Allemagne est confrontée à l'une des augmentations les plus fortes des prestations de retraite au sein de l'OCDE ; par ailleurs, les besoins en services de santé d'une population vieillissante accroissent le volume des dépenses sociales. Des excédents budgétaires pourraient s'avérer nécessaires pour faire face à cette situation à l'avenir. Les conséquences sont également sérieuses en termes d'apport de main-d'œuvre – déjà faible – à l'économie.

Graphique 1.7. **Projection du taux de dépendance des personnes âgées<sup>1</sup>**



1. Nombre de personnes âgées de 65 ans et plus par rapport aux 20-65 ans. Les projections tablent sur une immigration nette de 100 000 personnes par an.

Source : Service fédéral de la statistique.

### **Conscient des problèmes, le gouvernement s'emploie à promouvoir un large éventail de réformes importantes**

Le gouvernement allemand est résolu à combattre les insuffisances économiques. Un programme d'assainissement des finances publiques a été mis sur pied, et l'État et les collectivités territoriales ont accepté, à tous les niveaux, d'établir un pacte de stabilité nationale, l'objectif étant d'aboutir, à moyen terme, à un budget en équilibre. Le gouvernement a en outre adopté les conclusions d'une commission sur la réforme du marché du travail (commission Hartz). Des réformes ont déjà été mises en œuvre pour les systèmes de retraite et de santé. Le programme de réformes « Agenda 2010 » (voir encadré 1.3) prévoit de nouvelles mesures et le

### Encadré 1.3. **Agenda 2010 : les principales propositions**

Lancé au printemps 2003, l'*Agenda 2010* est un vaste programme de réforme couvrant l'emploi, les retraites, la santé, l'éducation, les finances locales et l'administration publique. Les grandes lignes en sont les suivantes :

#### **Marché du travail**

- **Réforme du droit du licenciement abusif.** Notamment : plus de souplesse pour le seuil au-delà duquel s'applique la protection contre le licenciement abusif dans les petites entreprises ; amélioration de la protection juridique pour les licenciements dont les causes sont liées à l'entreprise ; possibilité de règlement à l'amiable (indemnité légale compensatrice) en cas de licenciement abusif et souplesse accrue pour les contrats de travail conclus par les créateurs d'entreprise.
- **Réduction de la durée d'indemnisation du chômage.** Notamment : la durée d'indemnisation sera limitée à douze mois ; les salariés de plus de 55 ans pourront prétendre à une indemnité de chômage pendant dix-huit mois.
- **Combinaison des prestations de chômage et d'aide sociale.** Notamment : introduction d'une nouvelle allocation forfaitaire pour couvrir les besoins élémentaires comme les frais de subsistance, l'assurance maladie obligatoire, l'assurance dépendance et l'assurance retraite ; diminution de l'indemnité chômage en cas de refus d'une offre d'emploi raisonnable ; allègement des coûts incombant à la Fédération, aux *Länder* et aux communes ; introduction d'un plan spécifique pour les jeunes bénéficiaires de l'aide sociale.
- **Création d'une nouvelle agence pour l'emploi.** Source unique de prestations pour les chômeurs et les bénéficiaires de l'aide sociale ; rôle actif des bureaux de placement dans la recherche d'un emploi ; évaluation des bureaux de placement en fonction des résultats. Création de nouveaux bureaux de placement pour tous les types de services de soutien.
- **Aides publiques à l'emploi en Allemagne orientale.** Mise en place d'un plan spécial à l'intention de 100 000 jeunes bénéficiaires de prestations sociales ou d'allocations de chômage âgés de 15 à 25 ans et chômeurs de longue durée, en particulier dans les régions défavorisées.
- **Fixation des salaires.** Encouragement à la conclusion, au niveau de l'entreprise, d'accords sur les salaires et les conditions de travail.

#### **Retraites**

- **Ajustement de l'assurance retraite.** Notamment : calcul des retraites futures sur la base des revenus donnant lieu à l'assurance obligatoire ; relèvement de la limite d'âge ; introduction d'un facteur de continuité ; débat ouvert avec les parties prenantes à partir des travaux de la Commission Rürup.

#### **Santé**

- **Réforme du secteur de la santé.** Notamment : maintien du principe de solidarité ; possibilité, pour les caisses d'assurance maladie, de conclure des contrats individuels avec les médecins dans certains domaines (par exemple : les soins intégrés) ; amélioration des possibilités de fusion des caisses maladie ; développement du contrôle de la qualité ; réexamen de la liste des prestations de l'assurance maladie obligatoire ; introduction du concept de médecin résident ; introduction sélective de contributions individuelles pour les médicaments et les consultations médicales ; autorisation de la vente de médicaments par correspondance ; assouplissement des restrictions relatives à la propriété des pharmacies et au prix des médicaments en vente libre.

Encadré 1.3. **Agenda 2010 : les principales propositions** (suite)

- **Loi sur la prévention.** Notamment : la prévention doit être considérée comme le quatrième pilier des services de santé, la maladie activement évitée, la promotion de la santé intensifiée.

**Petites et moyennes entreprises**

- **Nouvelle loi pour les métiers de l'artisanat.** Limitation du certificat de maîtrise à 62 métiers spécialisés dans des secteurs comportant des risques ; abolition du principe de propriété de l'entreprise par le titulaire d'un certificat de maîtrise.
- **Nouvelles formes de soutien des PME.** Notamment : soutien aux créateurs d'entreprises (loi sur les petites entreprises) ; banque spécialement chargée du financement des PME, instauration de « micro-crédits » ; plan « Capital-Emploi » ; initiative en vue d'un allègement de la bureaucratie ; introduction des prêts subordonnés, renforcement du capital-investissement.

**Infrastructure**

- **Octroi de prêts à l'amélioration de l'habitat et des infrastructures communales.**

**Collectivités locales**

- **Réforme des finances des autorités locales.**

**Enseignement et formation**

- **Offensive en faveur de la formation.**
- **Réforme du système scolaire.** Notamment : introduction de normes éducatives nationales ; amélioration des possibilités de formation et de perfectionnement pour les enseignants ; soutien dans les premières années d'enseignement ; meilleure prise en charge des jeunes enfants.

**Réforme fiscale**

- Le gouvernement a l'intention d'avancer à la troisième phase de la réforme fiscale.

« Plan directeur » constitue une nouvelle tentative d'allègement de la bureaucratie. Des problèmes spécifiques ayant été constatés dans les industries de réseau, une autorité de régulation devrait être mise en place pour les secteurs du gaz et de l'électricité. Il convient cependant de veiller à ce que le processus engagé ne s'essouffle pas, voire de prendre des mesures plus énergiques encore dans de nombreux domaines.

**Réforme de la réglementation : bilan de sa contribution à ce jour**

La réforme de la réglementation (encadré 1.4) est l'un des outils essentiels dont dispose le gouvernement pour améliorer les performances économiques du pays et atteindre ses objectifs.

Le système allemand de gouvernance et de réglementation, à la fois complet et soigneusement équilibré, s'est avéré extrêmement utile pour le pays pendant la période de reconstruction qui a suivi la guerre. La tradition de l'État de droit renforce la fiabilité. En privilégiant des réglementations spécifiques et complètes et en soulignant l'importance de la primauté du droit, les pouvoirs publics allemands se sont assurés une réputation de fiabilité, de respect de la légalité et d'honnêteté. Le droit et la politique de la concurrence représentent un atout considérable et durable.

Ces fondations, à la fois solides et éprouvées, ont limité – du moins jusqu'à très récemment – les possibilités de réformes d'envergure et l'intérêt qu'elles pouvaient susciter. Un système de gouvernance réglementaire cohérent était en place, qui de surcroît avait été amplement expérimenté (ce qui n'était pas le cas dans bon nombre de pays de l'OCDE). Par ailleurs, le fardeau de la réunification a monopolisé en grande partie l'attention. Les changements spectaculaires qui se sont produits ces dernières années ont souvent eu une origine extérieure à l'Allemagne : par le biais du processus législatif de l'UE (par exemple : la libéralisation des industries de réseau, la réglementation des marchés

#### Encadré 1.4. **Qu'entend on par réglementation et réforme de la réglementation ?**

Il n'existe pas de définition généralement admise de la réglementation qui soit applicable aux systèmes réglementaires très divers en place dans les pays de l'OCDE. Dans les documents de l'OCDE, le terme réglementation désigne toute la panoplie d'instruments au moyen desquels les pouvoirs publics imposent des obligations aux entreprises et aux citoyens. La réglementation recouvre les lois, les décrets, arrêtés et règlements formels et informels émanant de tous les niveaux d'administration et les règles édictées par des organismes non gouvernementaux ou les organismes d'autorégulation auxquels l'État a délégué ses pouvoirs réglementaires. Les réglementations se décomposent en trois catégories :

- Les réglementations économiques interviennent directement dans des décisions du marché telles que la fixation des prix, la concurrence, l'entrée sur le marché ou la sortie du marché. La réforme vise à accroître l'efficacité économique en réduisant les obstacles à la concurrence et à l'innovation, souvent par le biais de la dérégulation et le recours à des techniques réglementaires favorisant l'efficacité, et en améliorant les cadres réglementaires pour le fonctionnement du marché et le contrôle prudentiel.
- Les réglementations sociales protègent des intérêts de la collectivité comme la santé, la sécurité, l'environnement et la cohésion sociale. Les effets économiques des réglementations sociales, parfois secondaires ou même inattendus, peuvent être importants. La réforme vise à vérifier que la réglementation est nécessaire et à élaborer des instruments réglementaires et autres tels que les incitations du marché et les approches fondées sur des objectifs qui sont plus souples, plus simples et plus efficaces pour un coût moins élevé.
- Les réglementations administratives recouvrent les formalités administratives – souvent qualifiées de « pratiques bureaucratiques » – par le biais desquelles les pouvoirs publics recueillent des informations et interviennent dans les décisions économiques individuelles. Ces réglementations peuvent grandement influencer sur les performances du secteur privé. La réforme vise à supprimer les formalités qui ne sont plus indispensables, à rationaliser et à simplifier celles qui le sont, et à en rendre l'application plus transparente.

L'expression réforme de la réglementation renvoie, dans les documents de l'OCDE, aux modifications tendant à améliorer la qualité de la réglementation, c'est-à-dire à améliorer les résultats des réglementations et des formalités administratives connexes ou leur efficacité par rapport à leurs coûts. La réforme peut consister à réviser une réglementation, à refondre et à reconstruire un régime réglementaire tout entier et ses institutions ou à améliorer les procédures d'élaboration des réglementations et de gestion de la réforme. La dérégulation, qui consiste à supprimer complètement ou partiellement la réglementation d'un secteur donné, est un volet de la réforme de la réglementation.

Source : OCDE (1997), *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*, Paris.

publics), de la mondialisation ou du progrès technologique (par exemple : l'évolution du marché et de la réglementation dans le secteur financier).

Les initiatives de réforme prises par l'Allemagne sont axées principalement sur l'administration publique (comment alléger la bureaucratie et augmenter l'efficacité), même si la réglementation de la qualité et la nécessité qui en découle d'améliorer les systèmes réglementaires (cf. l'analyse d'impact de la réglementation) retiennent de plus en plus l'attention. Face aux impératifs économiques toujours plus pressants, le pays a engagé tout récemment des réformes économiques en profondeur, couvrant notamment le marché du travail, les retraites, la santé et les PME.

### ***Droit et politique de la concurrence : un cadre juridique particulièrement clair, cohérent et complet, avec une autorité de la concurrence respectée***

De ce cadre originel, le droit et la politique de la concurrence constituent peut-être les éléments les mieux conçus et ceux qui ont le mieux résisté à l'épreuve du temps. Ils occupent une place centrale dans le contexte économique et politique allemand. On trouvera plus de détails à ce sujet au chapitre 3. Adoptée en tant que fondement de l'économie politique d'après-guerre – même si elle n'a pris effet qu'en 1958 – la loi sur la concurrence est à l'origine, au moins partiellement, des succès enregistrés par la suite. La culture institutionnelle indépendante du principal organisme chargé de l'application de la loi sur la concurrence (BKartA) représente également un atout essentiel. Transparence et sécurité sont fondamentales en droit. Les règles de la concurrence et leurs objectifs sont clairs : les dispositions relatives aux accords horizontaux, notamment, adressent un message sans ambiguïté sur l'importance de la concurrence tout en autorisant une coopération efficace. Les instruments visant à décourager les comportements anticoncurrentiels sont bien développés (par exemple, de fortes amendes peuvent être infligées en cas d'entente préjudiciable à la concurrence). Le programme de clémence, lancé récemment afin d'inciter les entreprises à révéler l'existence d'ententes, semble prometteur. En définitive, la loi et le cadre institutionnel régissant la concurrence en Allemagne s'avèrent particulièrement solides et efficaces si on les compare à ceux qui existent dans de nombreux autres pays de l'OCDE.

Ainsi qu'on le verra plus loin, la politique de la concurrence doit se recentrer plus nettement sur certains de ses objectifs initiaux et renforcer sa capacité de faire face aux nouveaux défis, notamment la libéralisation des industries de réseau. La structure juridique et institutionnelle sur laquelle elle doit s'appuyer pour ce faire pourrait, certes, nécessiter quelques adaptations ; elle reste cependant globalement saine.

### ***Ouverture des marchés : des politiques fortes pour favoriser un environnement commercial international ouvert***

Grand pays exportateur, l'Allemagne s'est longtemps attachée à promouvoir un environnement commercial ouvert. Le chapitre 4 présente une analyse approfondie de cette question. La politique de non-discrimination adoptée par l'Allemagne dans le contexte international est ancrée dans son appartenance à l'OMC et à l'UE. L'Allemagne est donc tenue d'adapter sa réglementation intérieure pour respecter les principes de la nation la plus favorisée et du traitement national. Elle peut s'enorgueillir d'avoir engagé ce processus dès le début du siècle dernier. D'importantes mesures ont été prises afin de simplifier les procédures douanières, qui peuvent se révéler coûteuses pour les échanges et qui, de surcroît, suscitent une attention grandissante à présent que les barrières tarifaires ont été

considérablement réduites, voire supprimées, dans les pays de l'OCDE. Parmi ces mesures, on citera le regroupement d'un ensemble, aujourd'hui fragmenté, de systèmes informatiques, l'objectif ultime étant d'éliminer les procédures reposant sur des documents papier. Les autorités douanières allemandes rencontrent régulièrement les associations d'entreprises afin de favoriser le dialogue. Les normes nationales représentent elles aussi un coût potentiel très important pour les différents marchés : l'Allemagne travaille en coopération étroite avec les organismes de normalisation internationaux et européens à cet égard. L'Institut de normalisation allemand (DIN) joue un rôle clé dans ce contexte. Les normes contradictoires existant dans les différents pays sont systématiquement remplacées par des normes internationales à mesure que ces dernières sont adoptées.

Certains problèmes pourraient être traités de manière plus judicieuse. Les travaux d'évaluation d'impact des réglementations ne prennent pas explicitement en compte les questions relatives aux échanges commerciaux et aux investissements (incidence des réglementations nationales sur le commerce, et des réglementations commerciales sur les échanges). On verra ultérieurement que la complexité des réglementations allemandes et l'approche consensuelle adoptée pour leur élaboration, en collaboration avec les parties prenantes bien établies, ne créent pas un environnement facile à aborder pour les étrangers, qui peuvent se trouver involontairement exclus du processus de consultation et d'autres mécanismes de réglementation.

### **Réforme de l'administration : une succession d'initiatives destinées à accroître l'efficacité et à alléger la bureaucratie**

Une succession de réformes de l'administration ont été lancées à partir des années 90 afin d'améliorer l'efficacité et d'alléger la bureaucratie. Elles sont énumérées ci-après.

#### **Le « nouveau modèle directeur »**

L'élaboration de la version allemande de la Nouvelle gestion publique s'est poursuivie afin d'œuvrer à la modernisation du secteur public, sous l'appellation « Nouveau modèle directeur ». Certains principes de gestion du secteur privé ont été introduits dans les années 90 pour promouvoir une répartition claire des responsabilités entre la classe politique et l'administration, et mettre en place une gestion contractuelle, une structure ministérielle intégrée et un contrôle des résultats. Il apparaît toutefois que la mise en œuvre du Nouveau modèle directeur se heurte à de nombreuses difficultés et que l'enthousiasme des débuts n'est plus qu'un souvenir.

#### **Programme d'allègement de l'État allemand**

Ce programme, dont la mise en œuvre a été commencée en 1995 pour s'achever en 1998, avait pour but de limiter le nombre des missions de l'État et d'alléger la bureaucratie. Un conseil consultatif indépendant, nommé par le gouvernement et composé de membres de la classe politique, d'universitaires, ainsi que de représentants des syndicats, des *Länder* et des communes, a soumis des propositions en 1997. Les points forts en étaient la modernisation du secteur public, la débureaucratisation et la déréglementation. Un Comité directeur a été chargé de faciliter la mise en œuvre des mesures préconisées. Les responsables de l'élaboration des réglementations doivent désormais utiliser des listes de contrôle lors de l'examen des projets de loi ou de règlement et le législateur a accéléré les procédures d'aménagement et la délivrance des autorisations. Mais les recommandations n'ont été que partiellement suivies.

### Programme « État moderne-administration moderne »

Mis en route en 1999 et mené à son terme en janvier 2002, ce programme avait pour ambition de promouvoir une nouvelle conception de l'État, l'« État facilitateur » (encadré 1.5). Il mettait l'accent sur la nécessité d'améliorer la qualité et l'efficacité des réglementations. Ses objectifs étaient au nombre de quatre : efficacité et acceptation accrues de la législation ; amélioration de la coopération entre les différents niveaux d'administration et avec le secteur privé ; mise en place d'une administration à la fois compétitive, rentable et transparente ; forte motivation des agents.

#### Encadré 1.5. Programme « État moderne administration moderne »

Le programme de réforme « État moderne-administration moderne » lancé en 1999 par le gouvernement fédéral a pour objectif global l'introduction et la promotion d'une nouvelle conception de l'État, considéré comme l'« État facilitateur ». Au cœur de ce concept se trouve l'ambition de restreindre le rôle de l'État, tout en encourageant l'autoréglementation et l'initiative privée. Dans le même temps, la tâche première de l'État restera « de protéger la liberté et la sécurité de ses citoyens, dont il reste seul responsable... ».

Le programme définit quatre principes et quatre domaines de réforme, qui feront l'objet de plusieurs projets spécifiques :

- *Une nouvelle répartition des responsabilités* : transferts de compétences dans le domaine social et renforcement des capacités d'autorégulation de la société.
- *Des services publics adaptés aux besoins* : on met l'accent sur des valeurs telles que la participation, la transparence des activités publiques, l'accessibilité, la communication.
- *La diversité des organismes publics* : incitation à une meilleure coopération entre les différents niveaux d'administration, à la diversité au sein de la Fédération et au renforcement du principe de subsidiarité.
- *Une administration efficace* : amélioration de l'efficience et de l'efficacité dans la fonction publique, appel à la concurrence, évaluation des résultats et rémunération liée à la performance, réduction des formalités administratives.

Le programme définit quatre grands domaines de réforme :

- Efficacité et acceptation accrues de la législation.
- Amélioration de la coopération entre les différents niveaux d'administration et avec le secteur privé.
- Administration compétitive, rentable et transparente.
- Forte motivation des agents.

Principaux projets concernant la gestion de la qualité de la réglementation :

- Élaboration de manuels sur l'AIR (première phase achevée en 2000).
- Réexamen de la loi sur la procédure administrative de façon à rendre possible l'accès en ligne aux services des administrations au moyen de signatures électroniques.
- Publication d'un rapport comportant 80 suggestions des entreprises en vue d'alléger les formalités administratives et précisant les modalités de mise en œuvre.
- Élaboration d'une loi sur le droit à l'information (non encore soumise au Parlement).

## **La très récente Initiative pour un allègement de la bureaucratie vise également à aider les PME**

L'Initiative pour l'allègement de la bureaucratie, lancée en 2003, énonce d'autres objectifs, à la fois vastes et ambitieux, pour diminuer le poids de la bureaucratie (encadré 1.6). Elle concerne le renforcement de la société civile, la réduction du fardeau administratif imposé aux PME, un soutien à la croissance et à l'emploi, la consolidation des budgets publics et la modernisation de l'administration fédérale. Les modalités de cette initiative sont précisées dans une décision du Conseil des ministres de juillet 2003.

Ces initiatives montrent que des efforts substantiels ont été déployés, au fil des années, pour réduire les charges bureaucratiques et administratives imposées aux entreprises, et en particulier aux plus modestes d'entre elles, ce qui atteste en partie le

### **Encadré 1.6. Initiative du gouvernement fédéral pour l'allègement de la bureaucratie**

L'Initiative pour l'allègement de la bureaucratie, destinée à encourager les petites entreprises, à créer des emplois et à renforcer la société civile, a été lancée par le gouvernement fédéral en février 2003.

D'un point de vue opérationnel, l'accent est mis sur les formalités administratives, en particulier pour ce qui concerne les PME et les particuliers. Il s'agit de réduire ces charges et d'accroître l'efficacité du secteur public. De l'avis du Secrétariat de l'OCDE, l'Initiative se démarque peu des politiques et des orientations formulées antérieurement dans ce domaine. Mais il est bien trop tôt pour en évaluer les résultats.

L'Initiative est un projet cadre dans lequel viennent s'insérer en permanence de nouveaux projets axés sur la réduction des formalités administratives. Parmi les mesures à caractère immédiat – dont la plupart sont des projets déjà mis en chantier par certains ministères ou font partie de programmes antérieurs – on peut citer :

- un réexamen de certaines lois fédérales ;
- la simplification des statistiques officielles et des obligations statistiques des PME ;
- l'initiative BundOnline 2005 concernant l'administration électronique ;
- une assistance spéciale pour les PME et les nouvelles entreprises ; la rationalisation de la réglementation des marchés publics.

L'Initiative envisage également la mise au point d'une stratégie globale d'allègement des formalités administratives. Élaborée à partir de contributions des ministères – chacun devant identifier les projets permettant la concrétisation des objectifs du Plan – la stratégie, comportant au total 54 projets, a été adoptée par le Conseil des ministres en juillet 2003. L'Initiative souligne que des objectifs précis de réduction des formalités administratives doivent être fixés pour chaque mesure. La version actuelle, toutefois, ne mentionne pas de tels objectifs ou mesures ; elle n'indique pas non plus quelles sont les méthodes à utiliser, par exemple pour l'évaluation quantitative de la charge administrative qui pèse sur les entreprises. Le ministre de l'Économie et du Travail a commandé une étude sur les méthodes qui permettraient de mieux évaluer l'impact réglementaire.

Un Comité directeur composé des Secrétaires d'État des ministères de l'Intérieur (présidence), des Finances, de la Justice, de l'Économie et de l'Emploi, et du directeur de la Chancellerie est chargé de la mise en œuvre de l'Initiative. Ce comité n'est pas responsable envers le Comité des Secrétaires permanents chargés du pilotage et de la mise en œuvre du programme État moderne - Administration moderne.

soutien apporté au *Mittelstand* par les gouvernements successifs. Toutefois, l'impact des premières initiatives après plusieurs années n'est pas toujours clairement perceptible. Les objectifs de l'Initiative pour l'allégement des formalités administratives sont louables, mais les réformes antérieures avaient déjà tenté de s'attaquer à des problèmes similaires. Le suivi de ces initiatives récentes de réforme sera important, car il n'a pas été à la hauteur dans le passé.

### **Politique réglementaire : des éléments essentiels sont déjà en place**

La politique réglementaire – c'est-à-dire une politique expressément conçue pour une amélioration constante et dynamique de la qualité du système réglementaire – est un facteur clé de bonne gouvernance dans une société et une économie modernes. Il existe déjà des éléments d'une politique réglementaire potentiellement efficace en Allemagne, qui se sont construits avec le temps. Les *Règles de procédure conjointes des ministères fédéraux* ont été définies pour la première fois en 1958. Elles énoncent dans le détail les procédures à suivre pour préparer et présenter les propositions concernant de nouvelles mesures, ainsi que les principes devant régir l'organisation des ministères fédéraux et la coordination interministérielle ou avec d'autres organes officiels. Les révisions apportées récemment à ce texte renforcent l'exigence imposée aux ministres d'expliquer les principales incidences que peuvent avoir les projets de loi et de règlement. Le questionnaire test (liste bleue) visant à améliorer la qualité des réglementations [et annonceur d'un système d'analyse d'impact de la réglementation (AIR) à part entière] date de 1984. Une modification de 1996 des *Règles conjointes* a contraint les organismes de réglementation à faire une évaluation de tous les projets de loi en s'aidant d'une liste de référence. Plus récemment, on s'est efforcé d'adapter le dispositif d'AIR au contexte allemand. Un guide des méthodes et concepts applicables à l'AIR, contenant également des orientations quant à leur mise en œuvre, a été élaboré et testé. Ces travaux, cependant, n'ont pas encore touché concrètement les procédures et institutions. Le ministère de l'Intérieur prépare actuellement un guide opérationnel de l'AIR. Il est urgent de combler le décalage qui existe entre les propositions et leur mise en œuvre pratique.

Bien qu'il n'existe pas d'unité unique et centralisée chargée de promouvoir la qualité de la réglementation dans l'ensemble des ministères, le gouvernement fédéral a mis en place plusieurs unités centrales de gestion et de coordination de la réglementation avec l'appui des ministères ayant des responsabilités horizontales. Comme on le verra plus loin, ces éléments disparates doivent être regroupés et renforcés.

### **Réforme du marché de l'emploi : des initiatives récentes à la fois importantes et indispensables**

Les mesures prises récemment par l'Allemagne en faveur de l'emploi et du retour des chômeurs sur le marché du travail sont résumées dans l'encadré 1.7. La loi AQTIV prévoit une gamme de mesures propres à rendre plus efficaces les politiques de l'emploi et à inciter les chômeurs à retrouver du travail. Le gouvernement a fait savoir en outre qu'il s'appuierait sur les propositions de la Commission Hartz.

### **Industries de réseau : libéralisation rapide de certains secteurs clés**

Les industries de réseau influent considérablement sur les coûts et l'efficacité des autres secteurs et contribuent en outre largement et de façon directe au PIB. L'efficacité et la qualité des services dans les secteurs des télécommunications, de l'énergie, ou autres

### Encadré 1.7. Réforme du marché du travail

#### A. La loi Job-AQTIV

La loi Job-AQTIV (Activation, Qualification, Formation, Investissement, Placement) est entrée en vigueur en 2002. Elle comporte les mesures suivantes :

- *Profilage des demandeurs d'emploi* : les chômeurs récents et les candidats à une formation professionnelle font l'objet d'une procédure de profilage, l'objectif étant de cerner leurs atouts et leur potentiel. Un « contrat d'intégration » peut ensuite être conclu, précisant les droits et les devoirs du demandeur d'emploi ainsi que le soutien dont il pourra bénéficier.
- *Rotation des emplois* : les entreprises qui s'efforcent de pourvoir des postes temporairement vacants reçoivent une subvention de l'État.
- *Agences d'intérim* : la réglementation du travail temporaire dans le cadre de contrats de sous-traitance a été modifiée de manière à simplifier la procédure.
- *Promotion de l'emploi dans l'infrastructure* : l'investissement régional et local dans le secteur de l'infrastructure est subventionné pour les entreprises qui embauchent des chômeurs.
- *Action en faveur des emplois à faible revenu* : les cotisations sociales des titulaires d'emplois à faible rémunération sont subventionnées.
- *Modification des allocations chômage* : renforcement des sanctions prévues à l'encontre des chômeurs qui refusent une offre d'emploi ou qui font preuve d'un manque de coopération manifeste.

#### B. Les propositions de la commission Hartz

Le gouvernement fédéral a mis en place la commission Hartz, composée de 15 représentants des partenaires sociaux et du gouvernement, après avoir décelé des irrégularités dans le fonctionnement du Bureau fédéral pour l'emploi. Cette commission a été chargée de formuler des suggestions en vue d'une réforme approfondie du Bureau, ainsi que d'évaluer les politiques relatives au marché de l'emploi et les stratégies de placement, et de faire des propositions à ce sujet également. Son rapport, soumis en août 2002, contient les principales recommandations ci-après :

- *Réorganisation des bureaux pour l'emploi* : les agences locales pour l'emploi et les services de protection sociale devraient être fusionnées en « Centres d'emploi multi-services » accessibles à tous les chômeurs. Ces centres devraient se voir octroyer une autonomie et une souplesse budgétaires accrues ; par ailleurs, il conviendrait d'instaurer un système de prime de rendement pour les agents de placement, ainsi qu'un dispositif de suivi électronique des informations essentielles. Le placement des demandeurs d'emploi devrait être confié aux « Bureaux de services de personnel », autonomes et de création récente, rémunérés par les Centres d'emploi. Des sanctions financières doivent être appliquées lorsqu'un chômeur refuse l'emploi qui lui est proposé.
- *Responsabilités des demandeurs d'emploi* : tout salarié ayant reçu un avis de licenciement devra immédiatement s'inscrire auprès d'un bureau pour l'emploi afin d'entamer la procédure de placement, faute de quoi il s'exposera à une réduction de ses indemnités. D'autres mesures sont proposées afin de responsabiliser davantage les chômeurs, notamment une palette plus large de sanctions en cas de non-coopération (par exemple : interruption temporaire du versement des indemnités et obligation d'accepter une gamme élargie d'emplois potentiels).
- *Agences d'intérim* : il faudrait réduire encore les contraintes juridiques imposées à ces agences, et resserrer les liens entre les contrats qu'elles proposent et les contrats de placement.

### Encadré 1.7. Réforme du marché du travail (suite)

- *Emploi de catégories défavorisées* : les jeunes chômeurs doivent se voir proposer un dispositif d'activation, par exemple un stage de formation. Par ailleurs, des mesures doivent être prises pour faciliter la création de places d'apprentissage et garantir la possibilité de suivre une formation professionnelle.
- *Chômeurs âgés* : les personnes âgées de 55 ans ou plus qui ont été licenciées et qui acceptent un emploi moins bien rémunéré que le dernier poste qu'elles ont occupé devraient percevoir la différence sous forme de prestations sociales. Les cotisations sociales versées par les employeurs devraient être temporairement subventionnées et la limite d'âge pour un emploi temporaire abaissée. Toutefois, un système de « passerelle » devrait également être mis en place afin de permettre aux chômeurs âgés désireux de se retirer du marché de l'emploi de percevoir des indemnités jusqu'à l'âge de 60 ans dans des conditions qui soient neutres du point de vue des coûts.
- *Travail indépendant et petits emplois à bas salaires* : afin de lutter contre le travail illégal, des mesures devraient être prises pour permettre aux chômeurs de mieux gagner leur vie grâce à des charges et à des cotisations moins élevées. D'autres mesures sont en outre nécessaires pour favoriser les petits emplois et les services à domicile.
- *Création d'emplois dans les PME* : les PME qui créent de nouveaux emplois permanents devraient bénéficier de subventions en capital-risque et d'aides à l'emprunt, à concurrence de € 100 000 pour chaque nouvel emploi (cette proposition vise plus particulièrement les entreprises d'Allemagne de l'est dont les capitaux propres sont faibles).

sont essentielles à la compétitivité et aux performances économiques d'autres secteurs, et les consommateurs bénéficient des fortes baisses de prix qui accompagnent généralement la libéralisation. Comme d'autres pays de l'OCDE, l'Allemagne s'est engagée dans un processus de libéralisation. Dans les secteurs du gaz et de l'électricité, cependant, elle a adopté une approche différente et radicale d'ouverture intégrale du marché (qui donne à tous les consommateurs, et pas seulement aux plus importants d'entre eux, la possibilité de choisir leur fournisseur), devançant ainsi la plupart des autres pays de l'OCDE et allant plus loin que les directives de l'UE. Toutefois, comme on le verra ultérieurement, une concurrence soutenue dans ces secteurs nécessite également une re-réglementation pour garantir aux participants l'accès aux réseaux et des règles du jeu équitables.

#### ***Ouverture intégrale du marché dans le secteur de l'électricité***

Conformément à la tradition allemande, la mission essentielle consistant à définir les modalités précises de l'accès au réseau par des tiers a été confiée aux organismes privés chargés de réglementer les marchés du gaz et de l'électricité, sous le contrôle des autorités de la concurrence. Dans le contexte de l'OCDE, il s'agit d'une démarche très originale qui se caractérise par l'absence marquante d'autorité de régulation spécifique habilitée à intervenir *ex ante*.

#### ***Secteur des télécommunications : un bon départ sur la voie de la libéralisation et des résultats très encourageants***

Le secteur des télécommunications est à l'origine de nombreuses innovations dans l'ensemble de l'économie (encadré 1.8).

### Encadré 1.8. **Télécommunications : l'ouverture des marchés contribue à la croissance et à l'innovation**

L'étude de l'OCDE sur la croissance montre que la diffusion des technologies de l'information et de la communication (TIC) ne dépend pas exclusivement du coût des équipements, mais aussi du coût des communications et de l'utilisation du matériel, une fois que celui-ci est relié à un réseau. L'intensification de la concurrence dans le secteur des télécommunications est capitale pour la baisse des coûts : elle se traduit en effet par un accroissement du nombre d'entreprises sur le marché, une meilleure diffusion des technologies, une amélioration de la qualité et des innovations plus fréquentes. Dans les pays qui ont libéralisé rapidement leurs télécommunications, les coûts sont aujourd'hui beaucoup moins élevés, et par conséquent l'utilisation et la diffusion des TIC beaucoup plus larges, que dans ceux qui ont attendu davantage.

Source : OCDE (2001b), *Étude de l'OCDE sur la croissance : La nouvelle économie, mythe ou réalité ?*

L'Allemagne a pris un bon départ en matière de libéralisation. Elle dispose aujourd'hui d'une infrastructure de télécommunications de haute qualité, à la pointe du progrès, dont le taux de pénétration est élevé pour les lignes fixes comme pour la téléphonie mobile. Les lignes DSL permettent un accès très large au réseau haut débit. L'entrée sur le marché est relativement facile et les opérateurs locaux assurent, dans un grand nombre de villes allemandes, une concurrence bien réelle à l'opérateur en place. Les prix ont nettement diminué, pour les ménages comme pour les entreprises. L'Allemagne est l'un des pays où le nombre d'internautes est le plus élevé, et le marché de l'Internet se développe rapidement.

### **Réforme des retraites : les bases d'un système à plusieurs piliers sont en place**

Après une série de réformes partielles du régime public de retraite dans les années 90, les réformes conduites en 2001 ont jeté les bases d'un système à plusieurs piliers (encadré 1.9). Cependant, compte tenu des délais nécessaires à la mise en œuvre des nouvelles modalités, il importe de consolider ces bases sans tarder.

### Encadré 1.9. **Réforme des retraites**

Les objectifs de cette réforme étaient les suivants : réduction du taux de remplacement des retraites du régime public, plafonnement du taux de cotisation, modification de l'indexation des retraites par répartition, suppression progressive des programmes de préretraite et des mesures destinées à inciter les particuliers à opter pour des régimes de pension professionnels ou individuels complémentaires.

Ces mesures devraient permettre de maintenir le montant global des pensions, relativement élevé, pendant les dix prochaines années. La pression démographique croissante, toutefois, ne permet nullement d'affirmer avec certitude que la réduction prévue des taux de remplacement suffira à assurer l'équilibre financier du régime public de retraite jusqu'en 2020 sans mesures complémentaires. Quant à savoir si le système pourra perdurer pendant plusieurs décennies dans le cadre actuel, l'incertitude est encore plus grande. Compte tenu des délais nécessaires à la mise en œuvre des réformes relatives aux retraites, il est urgent de traiter ces problèmes.

### Encadré 1.9. Réforme des retraites (suite)

Le gouvernement devrait réexaminer la question de l'âge légal de la retraite en tenant compte de l'allongement de la durée de vie, et veiller à ce que la suppression progressive des programmes de préretraite augmente réellement l'âge effectif de la retraite. L'opinion publique pourrait également être influencée par l'allongement considérable de l'horizon temporel des projections officielles, afin de mieux souligner le risque d'une diminution des taux de remplacement dans le système de retraite par répartition si aucune nouvelle mesure n'est prise.

## Réforme de la réglementation : les défis

Les perspectives générales de l'économie allemande demeurent incertaines. Les nouveaux *Länder* n'en sont pas encore au stade d'une croissance autonome et le décalage avec l'ouest du pays reste très net. La population vieillit rapidement. Une croissance économique plus rapide compenserait ces faiblesses structurelles. Trois aspects revêtent une importance particulière à cet égard : il importe tout d'abord de réduire les obstacles à la création d'emplois ; ensuite, la croissance de la productivité doit être plus rapide ; enfin, le déficit financier doit être résorbé.

### **En quoi la réforme de la réglementation peut-elle être utile ?**

La réforme de la réglementation ne peut en aucun cas suffire pour résoudre les problèmes, économiques ou autres. Elle peut cependant fournir un soutien essentiel aux autres politiques et contribuer à lever certains blocages importants. La réforme des marchés de produits et du marché du travail, par exemple, peut fortement stimuler l'emploi et la croissance de la productivité. Plusieurs études récentes de l'OCDE montrent que les imperfections qui existent sur ces deux marchés se renforcent mutuellement. Par conséquent, la suppression des obstacles au commerce et à la concurrence sur les marchés de produits potentiellement compétitifs pourrait compléter utilement la réforme du marché du travail, dont l'objectif est d'augmenter les niveaux d'emploi à long terme. De même, un marché de l'emploi plus souple peut stimuler l'innovation sur les marchés de produits. L'interaction avec les marchés financiers est également importante (encadré 1.10).

Dans le cas de l'Allemagne, la réforme de la réglementation peut apporter une contribution majeure à la réalisation des trois objectifs devant permettre d'accélérer la croissance économique : élimination des obstacles à l'amélioration du taux d'emploi, croissance plus forte de la productivité et réduction du déficit budgétaire.

Les sections suivantes examinent la nécessité de nouvelles réformes pour obtenir une croissance économique plus forte. Elles abordent plusieurs aspects : réforme du marché du travail et des marchés de produits (notamment, industries de réseau), politique de la concurrence, gestion des dépenses publiques et gouvernance réglementaire avant de s'intéresser, en conclusion, à l'économie politique des réformes.

### **Marché du travail : les réformes récentes marquent un grand pas en avant, mais il reste beaucoup à faire**

Les *Études économiques* de l'OCDE analysent dans le détail les raisons de la faiblesse de l'apport de main-d'œuvre en Allemagne et formulent des propositions quant aux domaines qui nécessiteraient des réformes plus approfondies ou plus radicales.

Un facteur important doit être souligné : la négociation collective des salaires, qui caractérise depuis longtemps la structure de la gouvernance en Allemagne. Cette négociation collective comporte certains aspects positifs, au nombre desquels des coûts de transaction assez faibles ; lorsqu'elle fonctionne bien, elle contribue à une fixation des salaires suffisamment raisonnable pour aboutir à un taux d'inflation peu élevé et préserver la compétitivité internationale. Ces dernières années, l'inclusion de « clauses de dérogation » dans les conventions salariales collectives a permis plus de souplesse dans la fixation des salaires au niveau de l'entreprise. Les négociations de 2002 ont débouché sur un accord important de ce type dans le secteur de la chimie (autorisant l'indexation d'une partie de la rémunération des salariés sur les bénéfices de l'entreprise). Toutefois, la négociation collective des salaires s'inscrit dans un système généralement rigide qui ne tient guère compte des différences sectorielles ou régionales de productivité. Aucune initiative n'est prise en faveur d'une différenciation des résultats des négociations collectives. Il faudrait envisager d'élargir la possibilité de fixer les salaires au niveau de l'entreprise, afin de mieux aligner les conventions collectives salariales sur la situation du marché du travail.

#### **Encadré 1.10. Effets croisés de la réglementation des marchés de produits, du marché du travail et des marchés financiers**

Les marchés de produits et le marché du travail, ainsi que les marchés financiers, interagissent de différentes façons. La réglementation concernant l'un de ces marchés peut stimuler, ou au contraire freiner, les performances des autres. Ces effets croisés ont fait l'objet de plusieurs études. Par exemple, des marchés financiers au fonctionnement imparfait limitant la disponibilité de capitaux à risque peuvent ralentir l'innovation, ce qui a ensuite des conséquences négatives sur la concurrence et la création d'emplois. La réglementation des marchés de produits a des répercussions sur les salaires, l'emploi et la sécurité de l'emploi (par exemple, les avantages de salaires étant moins élevés dans les secteurs les plus concurrentiels, la croissance de l'emploi y est également plus forte). Il ressort clairement de l'analyse effectuée par l'OCDE à partir de données sur la réglementation des marchés de produits que les réformes réglementaires visant à intensifier la concurrence entraînent une augmentation des taux d'emploi. Cette constatation pourrait expliquer une partie (un peu plus de 1 %, et beaucoup plus dans certains cas) de l'écart de taux d'emploi entre les pays. Inversement, la réglementation du marché du travail a des répercussions sur les marchés de produits. Une réglementation favorable à la concurrence a des effets positifs sur la productivité ; on constate en outre que l'innovation et les activités de recherche et développement (R-D) sont plus développées dans les marchés ouverts. Les faits montrent par ailleurs qu'une réforme du marché du travail peut encourager l'innovation et, partant, avoir un impact positif sur la croissance de la production.

Source : OCDE (2001), *Perspectives économiques de l'OCDE*, « Effets croisés des politiques sur les marchés du travail et des produits ».

### **Marchés de produits : une concurrence accrue renforcerait certains secteurs importants**

#### ***Pour rester compétitif, le Mittelstand ne doit pas être surprotégé***

Les réglementations favorables aux PME trouvent leur origine dans deux préoccupations historiques : le maintien de la qualité du produit proposé au consommateur, et la protection du *Mittelstand* contre une mainmise de la part des grandes entreprises. C'est ainsi que la loi sur la concurrence veille tout particulièrement à protéger les petites entreprises contre toute tentative de domination dans un contexte de négociation. La loi exerce un contrôle sur les actes de discrimination et les « obstacles inévitables » émanant d'entreprises dominantes, d'associations et de cartels. Elle permet également aux PME de regrouper leurs activités et de coopérer, sous certaines conditions (par exemple : des PME regroupées en coopérative d'achat peuvent échapper à l'interdiction des ententes). La loi sur la concurrence fait donc des PME une catégorie d'entreprises privilégiée et protégée.

La question qui se pose – débattue en Allemagne depuis un certain temps déjà – est de savoir si les avantages liés à ce dispositif l'emportent sur les effets du point de vue de la concurrence et ne nuisent pas aux performances en termes de productivité, de coûts et de prix. Pour rester compétitives, les PME ne doivent pas être surprotégées.

#### ***Certains secteurs restent soumis à une réglementation très lourde : le souci de privilégier la qualité pourrait entraver la concurrence et l'innovation***

Le commerce de détail, l'artisanat, les professions libérales et les pharmacies forment un vaste ensemble de secteurs de PME soumis à une lourde réglementation. Il s'agit aujourd'hui de déterminer si l'équilibre est satisfaisant entre la liberté du marché et la réglementation, qui assure la protection nécessaire et la promotion de valeurs et d'objectifs importants. Le gouvernement, conscient de ce problème, a récemment engagé plusieurs réformes dans ces secteurs.

Le commerce de détail a toujours été fortement réglementé en Allemagne par rapport à de nombreux autres pays européens. Par exemple, les heures d'ouverture restent plus limitées que dans beaucoup de pays d'Europe ; par ailleurs, les possibilités de rabais en dehors des périodes de soldes sont soumises à de nombreuses restrictions, et il est interdit de vendre à perte (confirmation récente par le Bundesgerichtshof). On constate cependant un assouplissement de la réglementation concernant les heures d'ouverture des magasins. On notera également que la productivité dans le commerce de détail dépasse la moyenne européenne.

Les métiers de l'artisanat sont eux aussi très protégés, ce qui rend difficile et coûteuse l'entrée sur le marché. Pour 94 métiers et services de ce secteur, un certificat de maîtrise est nécessaire pour pouvoir s'établir à son compte et posséder une entreprise (un système qui remonte aux guildes du Moyen Âge). Les membres des professions libérales ne peuvent se concurrencer : la réglementation des associations professionnelles limite la liberté de concurrence ; c'est ainsi que les honoraires, par exemple, ne sont pas soumis à la loi sur la concurrence. Sur ce point également, le gouvernement envisage une évolution : le programme Agenda 2010, comme l'Initiative pour l'allégement de la bureaucratie, propose de limiter le nombre de métiers exigeant le certificat de maîtrise.

Les restrictions imposées aux pharmacies pour la propriété de l'entreprise – seul un pharmacien peut être propriétaire d'une pharmacie, et il lui est impossible d'en posséder plusieurs – ne semblent guère favorables aux intérêts du consommateur puisqu'elles

empêchent les économies d'échelle. La vente de médicaments par correspondance est aussi fortement réglementée. L'expérience d'autres pays de l'OCDE permet de penser que, pour autant que des mesures de protection adéquates soient prises, ce marché pourrait s'ouvrir sans risque. Les réformes en cours dans le secteur de la santé portent sur certains de ces problèmes : par exemple, la vente par correspondance sera autorisée et un pharmacien pourra posséder jusqu'à quatre pharmacies (avec toutefois certaines restrictions d'ordre géographique).

### ***La réglementation des marchés publics n'encourage pas suffisamment la concurrence***

La réglementation des marchés publics soulève un certain nombre de questions. C'est en Allemagne que les appels d'offres pour des marchés publics au niveau de l'UE sont les moins nombreux : ils représentent en effet un peu moins de 1 % du PIB, pour des marchés publics d'une valeur totale estimée à plus de 17 % du PIB. Le but n'est pas de se soustraire aux règles concernant le seuil de l'UE (qui sont les mêmes pour l'Allemagne et pour les autres pays de l'Union, et auxquelles l'Allemagne se conforme), mais d'encourager les soumissions des PME. Un grand nombre de marchés sont ainsi délibérément morcelés à cette fin. Le fait que la publication de ces marchés au niveau de l'UE ne soit dès lors pas obligatoire en raison de leur montant limité (la publication reste nationale) empêche les entreprises étrangères d'en avoir facilement connaissance.

Le cadre juridique régissant les marchés publics en Allemagne est également très complexe. Comme dans la plupart des pays de l'Union, les directives de l'UE sont appliquées de manière à faire coexister le droit européen et le droit national : lorsqu'un marché dépasse un certain montant, c'est le droit de l'UE qui s'applique ; en deçà, c'est le droit national qui prévaut ; or, le droit allemand varie entre les seize *Länder*. Le seuil de l'UE n'est pas le même selon le type de marché. En outre, la législation européenne a été intégrée à l'ensemble de lois et règlements propres à l'Allemagne : loi sur la concurrence, décret sur les marchés publics, codes des marchés publics. La protection juridique des soumissionnaires varie suivant le montant du marché. Au-delà du seuil de l'UE, tout soumissionnaire national ou étranger peut saisir les tribunaux jugeant les affaires de marchés publics. Au-dessous de ce seuil, la protection juridique est insuffisante. La manière dont le droit de l'UE a été intégré au droit allemand se traduit par un manque de transparence juridique.

Enfin, ce sont les commissions d'attribution des marchés publics (composées de représentants des autorités fédérales et des *Länder* et d'associations d'entreprises représentant d'importants clients nationaux) qui établissent les codes des marchés publics, pratique de nature à accentuer encore le manque d'ouverture du processus.

### ***Industries de réseau : d'autres progrès importants sont nécessaires pour que la libéralisation soit effective***

#### ***Les recours contre les décisions réglementaires sont fréquents dans les industries de réseau, mais la procédure est lente : cette question doit être traitée d'urgence***

Les recours judiciaires contre les décisions des autorités de régulation sont fréquents dans les industries de réseau. Toutefois, la longueur des procédures judiciaires entrave la mise en œuvre des décisions visant à empêcher le refus d'accès aux réseaux. Or la rapidité, indispensable pour éviter que les participants au marché ne se découragent, est essentielle à la réussite d'une approche *ex post*. Même avec une réglementation *ex ante* (comme dans le cas des télécommunications), les recours sont nombreux (encadré 1.11). Si le contrôle

judiciaire est un droit essentiel à protéger, il ne doit pas s'agir, en revanche, d'un mécanisme servant automatiquement à bloquer ou à retarder la mise en œuvre de décisions réglementaires par ailleurs justifiées. Les responsables de la réglementation doivent disposer d'un pouvoir suffisant et clairement défini pour assurer la mise en œuvre de leurs décisions. La nouvelle loi sur les télécommunications ne prévoit, fort judicieusement, que deux degrés de juridiction au lieu de trois.

### ***Il faut mettre en place un cadre élargissant les pouvoirs d'action des autorités de régulation dans les industries de réseau***

Ces dernières années, l'Allemagne a exploré différentes voies pour le contrôle des secteurs de réseau libéralisés : c'est ainsi qu'une autorité de régulation a été désignée pour les télécommunications, mais pas pour l'électricité et le gaz. Ni l'une ni l'autre de ces deux approches n'ont été pleinement couronnées de succès. S'il est aujourd'hui admis que le contrôle *ex post* par le biais du droit de la concurrence est insuffisant pour les secteurs de

#### **Encadré 1.11. Problèmes de mise en œuvre des décisions réglementaires dans le secteur des télécommunications**

Il faut souvent beaucoup de temps avant que s'appliquent effectivement certaines décisions réglementaires dans le secteur des télécommunications. Bien que la loi dispose que le recours contre les décisions de la RegTP n'a pas d'effet suspensif, l'opérateur (DTAG) a pu obtenir cette suspension et, dans la pratique, la RegTP attend que le juge statue avant de mettre en application ses décisions. Le procès dure souvent plusieurs mois, voire plusieurs années. Quelque 210 affaires sont actuellement en instance. Les règles de confidentialité en vigueur en Allemagne allongent encore les délais. La RegTP n'est pas toujours en mesure de transmettre aux tribunaux les informations essentielles dont ils ont besoin pour étayer leurs décisions. On trouvera ci-après quelques exemples des problèmes qui ont pu se poser :

1. *Location de lignes.* Les prix de DTAG sont relativement bas, mais les délais d'installation figurent parmi les plus longs d'Europe. Face aux plaintes, la RegTP a voulu imposer un certain nombre d'exigences, mais DTAG a exercé un recours et la décision du tribunal a suspendu l'application de la décision de la RegTP, au motif que DTAG n'est tenu d'accorder à ses concurrents que les conditions qu'il pratique lui-même et que la charge de la preuve incombe à la RegTP.
2. *Accès à l'Internet.* Il s'agit désormais de l'une des principales sources de trafic téléphonique. La RegTP a été bloquée dans ses efforts pour obliger DTAG à offrir une interconnexion globale aux fournisseurs d'accès à l'Internet. DTAG a contesté la décision de la RegTP devant les tribunaux (l'affaire est toujours en instance), qui ont donné de la discrimination la définition suivante : DTAG ne peut être contraint d'offrir à ses concurrents que les produits qu'il utilise lui-même. Cet argument lourd de conséquences peut être erroné, car une entreprise en place exploitant un réseau n'aura peut-être pas toujours besoin du même produit que les concurrents désireux d'obtenir une connexion à ce réseau. Les concurrents redoutent que toutes les décisions réglementaires visant à obliger DTAG à fournir une interconnexion soient invalidées par les tribunaux au motif que DTAG n'utilise pas le produit en cause.
3. *Partage de lignes.* Deux années ont été nécessaires pour régler la question de l'application d'une décision visant à imposer à DTAG le partage de lignes.

réseau, la réglementation dans le domaine des télécommunications reste un sujet controversé. Quelle est donc la solution ? Il ne saurait s'agir de faire machine arrière pour revenir principalement à des contrôles *a posteriori* ; il faut au contraire aller de l'avant et opter pour une réglementation qui soit un complément essentiel de la loi sur la concurrence et tire les enseignements de l'expérience acquise à ce jour en matière de réglementation. Une telle analyse dépasse le cadre du présent document, mais plusieurs aspects majeurs doivent être examinés attentivement, notamment la question des pouvoirs des autorités de régulation (sont-ils suffisants et adaptés à leur mission ? Sont-ils clairement définis ?), les compétences de leurs membres (un panachage soigneux s'impose, de sorte que ces organismes puissent agir efficacement auprès des entités dont ils ont la responsabilité) et leur indépendance (afin que les missions de l'État concernant la propriété des réseaux, l'élaboration des politiques et la réglementation soit bien dissociées, et que les autorités de régulation jouissent de l'indépendance opérationnelle dont elles ont besoin dans l'exercice de leurs fonctions).

Dans le secteur des télécommunications, certains observateurs ont exprimé leur préoccupation, par exemple, quant à l'indépendance du ministère et de la RegTP vis-à-vis de DTAG, dont l'État détient encore 42.3 % du capital. L'État a-t-il des intérêts contradictoires en tant qu'actionnaire et autorité de régulation ? La dette actuelle de DTAG et la chute du cours de l'action pourraient faire pression en faveur d'une certaine tolérance à l'égard du comportement anticoncurrentiel d'une entreprise que les pouvoirs publics considèrent peut-être également comme un champion national.

### ***Secteurs de l'électricité et du gaz : des réformes structurelles plus ambitieuses et une autorité de régulation sont nécessaires***

Bien que le secteur de l'électricité soit pleinement ouvert à la concurrence depuis 1998, la formule de l'accès négocié n'est pas encore parvenue à assurer une concurrence réelle et durable. Aucune entrée compétitive n'a été enregistrée à ce jour au plan national dans la production (même s'il faut, pour analyser ce phénomène, tenir compte du fait que la capacité de production était excédentaire au début du processus de libéralisation et qu'elle s'est accrue très sensiblement grâce aux ressources renouvelables bénéficiant d'un prix garanti). La concentration du marché pose désormais problème. Les nombreuses fusions intervenues depuis la libéralisation ont entraîné une concentration à la fois verticale et horizontale. Les quatre principales entreprises se partagent le transport et l'exploitation du réseau, et on constate des situations de pouvoir du marché. La distribution et la fourniture restent la prérogative des entreprises régionales et locales traditionnelles, et l'intégration verticale limite les achats en régime de concurrence. Les prix de l'électricité ont augmenté (après avoir nettement diminué suite à l'ouverture du marché), en particulier du fait des taxes liées à l'environnement. La comparaison avec les autres pays de l'OCDE montre que les tarifs industriels se situent actuellement dans la moyenne, mais que le prix payé par le petit consommateur est élevé. Cette nouvelle augmentation du prix de l'électricité s'explique principalement par les charges qu'impose le gouvernement, notamment l'écotaxe. Peu de particuliers changent de fournisseur, comme dans la plupart des autres pays où les ménages sont libres de leur choix.

Le secteur du gaz a été intégralement ouvert à la concurrence en 1998. *Ruhrgas* conserve néanmoins une position dominante : cette entreprise importe 60 % de la consommation nationale et contrôle une part importante des gazoducs haute pression du pays et environ la moitié des installations de stockage. Le prix du gaz est élevé par comparaison aux autres pays de l'OCDE.

Il faut s'attaquer avec plus de détermination aux questions structurelles. Ce sont les comportements discriminatoires, facilités par la structure même du secteur, qui posent le problème principal. L'intégration verticale et horizontale ouvre la voie aux subventions croisées. Une séparation effective des activités, et en particulier du réseau et des autres activités, s'impose aujourd'hui. Si une séparation de la propriété ne semble pas réalisable, une séparation comptable effective – qui n'existe pas actuellement – paraît indispensable. Les principaux problèmes liés aux accords d'association concernent les principes proposés en matière de fixation des prix et les taux de rentabilité pour l'accès au réseau (auxquels s'ajoutent les questions comptables liées à la régulation), susceptibles d'inciter les entreprises à fixer des tarifs d'accès plus élevés que nécessaire.

Il importe tout autant de repenser le cadre réglementaire qui, après cinq années, et malgré les courageux efforts du BKartA, n'a pas encore permis d'instaurer une concurrence efficace et durable. Offrir un accès réel au réseau est peut-être l'élément le plus décisif pour stimuler la concurrence : à cet égard, il importe de désigner une autorité indépendante chargée d'assurer *ex ante* la mise en œuvre d'une réglementation proactive en application de la loi sur la concurrence. Les nouvelles directives de l'UE relatives au marché intérieur exigent la désignation d'un organisme de régulation. Le ministère de l'Économie et du Travail propose de confier cette tâche à la RegTP à compter de juillet 2004.

***Dans le secteur des télécommunications, l'opérateur historique regagne le terrain cédé et doit être contrôlé plus efficacement***

En dépit d'avancées substantielles, la concurrence dans les télécommunications reste fragile. DTAG, dont la privatisation n'est pas encore complète, regagne actuellement la part du marché qu'elle avait perdue et consolide sa première place sur d'importants nouveaux marchés, comme les services DSL haut débit. Elle a ralenti l'installation de câbles haut débit, et elle a en outre contesté avec succès les décisions de l'autorité de régulation sur des questions majeures comme les prix et la location de lignes (voir encadré 1.11).

La position controversée de la RegTP sur d'importantes questions de réglementation constitue un réel casse-tête, dans la mesure où elle contredit le point de vue de nombreux autres autorités de régulation des pays de l'OCDE (encadré 1.12). Par ailleurs, la réglementation applicable à DTAG, qui reste en partie propriété de l'État, relève à la fois de l'autorité de régulation, de l'autorité de la concurrence et du ministère compétent. L'indulgence qui caractérise parfois l'approche adoptée peut être le signe d'un intérêt politique excessif pour la réglementation du secteur, qui devrait au contraire être abordée indépendamment de toute considération politique à court terme.

La nouvelle loi sur les télécommunications devrait beaucoup contribuer, entre autres, à préciser les pouvoirs de l'autorité de régulation.

***D'autres industries de réseau nécessitent une approche plus déterminée en matière de libéralisation et de réglementation, de manière à permettre une concurrence efficace***

Les services postaux se dirigent peu à peu vers la concurrence, mais lentement. Le développement d'un marché postal plus concurrentiel a été retardé par la décision qu'a prise le gouvernement, en 2001, de prolonger jusqu'à la fin de 2007 le monopole de Deutsche Post AG (DP) pour la distribution du courrier intérieur en deçà de certaines limites de poids (récemment abaissées). Il a néanmoins opté pour le calendrier de libéralisation de l'UE. Dans les domaines où la concurrence a été introduite, les conditions ne sont pas les mêmes pour tous les opérateurs, loin s'en faut. Par exemple, DP est exonéré de taxe sur le chiffre

d'affaires, y compris pour les recettes provenant des marchés concurrentiels (afin de compenser, de façon quelque peu arbitraire, son obligation de service universel). Dans d'autres pays de l'OCDE, l'expérience d'une libéralisation du marché postal associée à un cadre de régulation efficace s'est révélée très positive.

S'agissant des *chemins de fer*, l'instauration d'un cadre de régulation approprié a progressé. Depuis la mi-2002, le Bureau fédéral des Chemins de fer (qui était essentiellement chargé des aspects techniques et des questions de sécurité) dispose de pouvoirs accrus en ce qui concerne l'accès des tiers au marché, sans pour autant avoir celui de réglementer les redevances d'utilisation du réseau. L'opérateur dominant en place, *Deutsche Bahn*, a été contraint par l'Office fédéral des ententes (BKartA) d'introduire un barème de prix non discriminatoire. Les lois de réforme des chemins de fer et la révision générale de la loi sur les chemins de fer en 2002 se sont révélées très utiles. Le gouvernement espère que la mise en œuvre des recommandations du Groupe de travail sur l'« avenir des chemins de fer » et du programme d'infrastructures de l'UE permettra d'améliorer encore le trafic. Le but est de mettre en place une réglementation empêchant toute discrimination pour l'accès au réseau

#### Encadré 1.12. **Décisions controversées de la RegTP**

1. Services DSL haut débit. À la suite de plusieurs plaintes, la RegTP a enquêté sur les prix pratiqués par DTAG. Ayant constaté que certains services étaient fournis à perte, la RegTP a cependant décidé de ne pas intervenir car l'effet d'éviction de la concurrence n'avait pu être prouvé. Les plaintes se sont multipliées et DTAG a finalement augmenté ses prix. Le déroulement de cette affaire donne à penser que DTAG a mis en œuvre une stratégie d'éviction afin de s'appropriier, à long terme, le marché des services haut débit (le procédé consiste à fixer dans un premier temps des prix très bas pour dissuader la concurrence, puis, lorsque celle-ci est éliminée, à augmenter les prix afin de compenser les pertes initiales). La RegTP affirme avoir voulu trouver un équilibre entre le déploiement du haut débit et la concurrence : l'autorité de régulation a donc encouragé ce déploiement en autorisant DTAG à pratiquer des prix bas, tout en enjoignant à l'opérateur de fournir aux concurrents un même accès à ses lignes. Les résultats donnent à penser que cette stratégie n'était pas la bonne, puisque DTAG est aujourd'hui en position dominante sur le marché. L'opérateur a d'ailleurs été accusé de pratiquer un dumping sur d'autres marchés également.
2. Tarifs de terminaison d'appel fixe vers mobile. La position adoptée par la RegTP (ces tarifs ne sont pas réglementés) contredit celle de la Commission européenne et d'un nombre croissant d'autorités de régulation, selon lesquelles les tarifs pratiqués sont excessifs.
3. Dégrouper de la boucle locale (DBL) : il s'agit d'un moyen essentiel pour la fourniture des services large bande à haut débit (comme l'accès haut débit à Internet et la vidéo à la demande). Bien que l'Allemagne ait été le premier pays européen à imposer une forme de DBL, elle a perdu son rôle pilote en la matière, au point que l'UE a agi contre les autorités allemandes pour non-respect de la réglementation européenne et a stigmatisé l'absence de publication d'offre de référence pour le dégroupage. Les prix pratiqués par DTAG constituent l'enjeu principal. Les concurrents font valoir que les tarifs de DTAG pour l'accès à la boucle locale, supérieurs aux prix qu'eux-mêmes peuvent pratiquer auprès de leurs propres clients, représentent une charge excessive. La RegTP s'est penchée sur cette question (entre autres mesures, elle a réduit le prix que DTAG peut percevoir pour cet accès).

et de séparer, conformément aux instructions de l'UE, le réseau proprement dit de l'exploitation des trains. Le gouvernement continue cependant de juger inutile la réglementation des redevances d'utilisation du réseau par les tiers, compte tenu des pressions probables de la concurrence sur l'opérateur du réseau.

On ne voit pas encore très bien si ces différents changements, une fois menés à bien, suffiront pour assurer une concurrence réelle et durable. Il faudra pour cela une séparation effective de l'exploitation du réseau et des trains. De plus, le Bureau fédéral des Chemins de fer devrait avoir le pouvoir de réglementer les redevances d'utilisation du réseau ; par ailleurs, la séparation de la propriété des activités potentiellement concurrentielles devrait être envisagée dans le contexte d'une privatisation de *Deutsche Bahn*.

Le secteur de l'eau affiche des résultats satisfaisants en termes d'accès du public au réseau d'approvisionnement en eau et aux installations de traitement des eaux usées, mais l'efficacité demeure un problème. Le prix de l'eau potable en Allemagne compte parmi les plus élevés dans l'Union européenne. Bien que l'ouverture à la concurrence soit plus difficile que pour les autres industries de réseau, il serait possible d'améliorer l'efficacité des services par un plus large recours à l'évaluation comparative, par l'extension de la couverture géographique des différents ouvrages hydrauliques et par le lancement d'appels d'offres pour l'attribution des marchés.

### **Droit et politique de la concurrence : un recentrage s'impose sur certains des objectifs initiaux**

#### **Il importe aujourd'hui de rétablir un équilibre satisfaisant entre la promotion de la concurrence et celle des relations de marché**

Les motivations du droit de la concurrence sont devenues diffuses et, à certains égards, ont perdu de leur force au fil du temps, phénomène qui s'explique à la fois par les mesures de réglage réglementaire et par les intérêts particuliers pris en compte dans certaines réformes (qualité pour le consommateur, protection du *Mittelstand*). L'un des objectifs clés de la loi est de protéger les relations et les structures de marché lorsque ces dernières sont de nature à contribuer à l'efficacité du marché. Il serait peut-être utile que l'Allemagne vérifie si les résultats sont toujours probants. La poursuite de cet objectif pourrait-elle encourager (même de façon non intentionnelle) le *statu quo* et rendre difficiles aussi bien l'accès au marché que l'innovation ?

Afin de rétablir l'équilibre entre concurrence et coopération et de donner plus de poids à la première, il faut réexaminer la question du contrôle des pratiques commerciales ainsi que les modalités d'accès à certaines professions ou à certains services et métiers artisanaux. Le système actuel alourdit les coûts et restreint l'accès inutilement. Les contraintes imposées en matière de rabais et de prix – dont certaines figurent dans le texte même de la loi sur la concurrence – ont probablement tendance à maintenir les prix à des niveaux trop élevés et à décourager les initiatives innovantes dans le domaine de la commercialisation. On soulignera cependant que des modifications sont actuellement apportées à la réglementation sur les rabais.

#### **La loi sur la concurrence n'est pas suffisante pour les industries de réseau : cette difficulté est prise en considération**

Facteur efficace de changement dans la libéralisation des industries de réseau, le système de concurrence est confronté à des difficultés. À un niveau très général, la mise en œuvre de la loi sur la concurrence (responsabilité du BKartA) et la politique de la

concurrence (responsabilité du ministère) ne sont pas étroitement liées dans la pratique (même si le BKartA rend finalement compte au ministère). Cela risque d'affaiblir le lien nécessaire entre ces deux instances pour gérer le développement de la concurrence ainsi que sa contrepartie – le rétablissement de la réglementation – dans ces secteurs.

Les instruments dont dispose le BKartA ne sont guère adaptés à l'application de la loi sur la concurrence et à la promotion de cette concurrence dans les secteurs d'infrastructure qui n'ont pas encore assimilé les pratiques concurrentielles et où les activités de réseau s'exercent dans le cadre de monopoles. Il s'avère difficile, dans ces secteurs, de faire respecter la loi sur la concurrence. La méthode *ex post* traditionnellement utilisée face aux pratiques anticoncurrentielles est inefficace. Il est de surcroît difficile d'appliquer les critères habituels d'analyse et de preuve : en particulier, il n'existe pas de marchés similaires permettant une comparaison des prix. Le délai d'examen des affaires par les tribunaux pose également un problème majeur (voir ci-dessus). L'Allemagne traverse actuellement une période de transition pour ce qui est de l'intervention d'autorités de régulation pour répondre dans ces secteurs aux besoins qui ne peuvent être pris en compte par le seul BKartA. Comme indiqué précédemment, une autorité de régulation a été créée pour les télécommunications lors de la libéralisation de ce secteur ; ce n'est pas le cas pour les secteurs de l'électricité et du gaz.

Le gouvernement a désormais conscience des problèmes qui se posent lorsqu'il n'existe aucune régulation à l'appui de la loi sur la concurrence. L'attitude non interventionniste qu'il avait d'abord adoptée concernant la régulation des secteurs de l'électricité et du gaz tranchait fortement par rapport à la quasi-totalité des autres pays de l'OCDE. L'expérimentation d'une autorégulation sectorielle complétée par une surveillance de la concurrence dans ces secteurs laisse aujourd'hui la place à une approche par laquelle la loi sur la concurrence pourra s'appuyer sur une réglementation *ex ante*.

### **Gestion des dépenses publiques : un besoin urgent de réformes afin de contenir les coûts et d'accroître l'efficacité**

L'assainissement des finances publiques est aujourd'hui une priorité, rendue plus urgente encore par certains développements récents. Les réductions d'impôts qui se sont succédées au cours des dernières années n'ont pas été accompagnées d'une diminution similaire des dépenses de l'État. Dans ce contexte, une croissance économique faible a aggravé le déficit. Toutefois, le problème, déjà ancien, est également d'ordre structurel. Il serait particulièrement utile de réformer la protection sociale et l'indemnisation du chômage, afin d'accroître l'offre de main-d'œuvre et d'encourager la recherche d'emploi. Augmenter l'aide sociale, les pensions d'invalidité, les prestations de maladie et les allocations chômage n'incite guère à faire partie de la population active et contribue au mauvais fonctionnement du marché du travail. Le financement de ces dépenses nécessite une hausse des cotisations sociales, donc un alourdissement de la fiscalité et des coûts de main-d'œuvre non salariaux, ce qui a des répercussions négatives sur l'offre et la demande de main-d'œuvre. Par ailleurs, les mesures – très coûteuses – d'aide à l'emploi sont souvent impuissantes à améliorer les chances de réemploi, et elles découragent les ajustements de salaires dans les nouveaux *Länder*. Au lieu de rester intégrées à la population active disponible dans des conditions plus représentatives de la réalité (par exemple, des niveaux de productivité), les personnes ayant perdu leur emploi vont souvent grossir les rangs des bénéficiaires de la protection sociale.

Il est probable que les facteurs de dépenses subsisteront, en raison de la charge financière que constituent toujours la réunification et de la forte dégradation du taux de dépendance des personnes âgées. Un certain nombre de mesures ont déjà été prises. Parmi les plus importantes figure le Pacte de stabilité, adopté en 2002, étape majeure vers une discipline financière plus rigoureuse aux différents niveaux d'administration.

### ***La gestion des dépenses publiques doit viser un meilleur rapport coût-efficacité***

Des efforts s'imposent pour mieux gérer les dépenses publiques. Il est possible d'obtenir les mêmes résultats à moindre coût, ce qui réduira les besoins financiers du gouvernement et, partant, le poids de l'impôt (le secteur de la santé, dont les dépenses sont très élevées, est un candidat potentiel à cet égard). On peut également conserver un niveau de financement identique et en faire une meilleure utilisation, par exemple en améliorant la qualité des services publics (dans ce cas, le secteur de l'éducation serait un candidat potentiel). La nécessité d'une plus grande efficacité peut donc aller de pair avec l'objectif légitime auquel l'Allemagne est depuis longtemps attachée : celui d'une solidarité accrue grâce à la protection sociale.

Les pouvoirs publics ont déjà pris un certain nombre de mesures dans ce sens. Différentes initiatives visent à introduire un système moderne de gestion des dépenses publiques, au niveau fédéral comme à l'échelle des *Länder*. Il s'agit de veiller à ce que tous les coûts soient pris en compte (ceux des services de nature administrative ne l'étaient pas auparavant), de faire le lien entre dépenses et résultats, et de raisonner en termes d'actif et de passif. Toutefois, cette évolution n'est pas encore aussi avancée que dans certains autres pays de l'OCDE (encadré 1.13) et il est indispensable de l'intensifier.

#### **Encadré 1.13. Lier dépenses et résultats : l'approche britannique**

Le Royaume-Uni a mis en place un nouveau cadre financier en 1997. La principale caractéristique en est que les ministères (départements) fonctionnent désormais suivant des plans triennaux en ce qui concerne les dépenses discrétionnaires, soumises aux Departmental Expenditure Limits (DEL). Le ministère des Finances doit assurer ce financement et, en échange, les départements sont tenus de mettre en œuvre les objectifs énoncés dans les Public Service Agreements (PSA – contrats de service public). La DEL d'un département donné est liée à la mise en place de PSA destinés à évaluer les performances par rapport aux ressources. Il incombe au ministre compétent de veiller au respect de ces contrats, et le ministère des Finances suit les progrès accomplis. Les contrats de service public s'appuient d'abord sur un projet global à l'échelle du département concerné, qui se subdivise ensuite en objectifs et en cibles quantitatives en fonction desquels il sera possible d'évaluer les performances. Ils comportent également des objectifs d'optimisation de l'utilisation des ressources permettant de comparer les moyens et les résultats. Les PSA s'articulent en cascade du ministère aux agences, aux autorités locales et aux autres organismes publics non ministériels.

S'agissant de la qualité des objectifs, la situation est encore en pleine évolution : les ministères s'efforcent en effet de passer d'une optique axée sur les moyens et les processus à des objectifs de production et de résultats.

La comptabilité des ressources a également été introduite.

### ***L'évaluation des dépenses publiques, autre objectif important de la réforme***

La Cour fédérale des comptes, comme les Cours des comptes des *Länder*, ont maintes fois signalé dans leurs rapports annuels qu'on n'évaluait pas suffisamment l'efficacité des dépenses du secteur public. L'argent est-il utilisé de manière judicieuse ? Les résultats obtenus sont-ils acceptables ? Des évaluations *ex ante* et *ex post* sont indispensables. Si, dans les nouveaux *Länder*, les principaux goulets d'étranglement ont disparu pour les infrastructures, d'autres subsistent, notamment certains réseaux de transport régional désuets dont la modernisation favoriserait la croissance. Il faut se pencher sur ces questions sans tarder afin que la situation ne continue pas de se dégrader, ce qui se traduirait ultérieurement par des coûts encore plus élevés. Les fonds disponibles tendent à être affectés plutôt à des secteurs dont l'impact sur la croissance est moindre, comme l'administration centrale. Une évaluation permettrait de déterminer les coûts et les avantages d'autres projets.

### ***Les relations financières entre l'État fédéral et les Länder, et en particulier les aspects liés au cofinancement, nécessitent aussi une réforme : leur complexité va à l'encontre d'une limitation des coûts et de la demande***

Des dispositions institutionnelles complexes ont été mises en place en vue de favoriser la coopération et le partage des recettes entre les différents niveaux d'administration, l'objectif étant de créer des conditions de vie globalement équivalentes dans l'ensemble de la Fédération, tout en tenant compte des *Länder*. Toutefois, la répartition des ressources n'est pas toujours optimale, et ce pour différentes raisons. Les relations sont complexes, en termes de compétences comme de financement (encadré 1.14).

La question du cofinancement est peut-être la plus importante. En effet, il y a de fortes chances pour que les *Länder* et les communes se prononcent en faveur d'un projet de financement dès lors que les avantages présumés de ce dernier dépassent leur propre contribution budgétaire, ce qui compromet tout contrôle réel de l'efficacité et du coût des projets cofinancés. Il est donc impossible d'analyser vraiment le rapport coûts/avantages d'un projet, puisque son coût total n'est pas pris en compte. Les risques de distorsion sont donc importants : la contribution du budget fédéral se situe généralement à 50 % (elle peut atteindre 90 %, mais seulement dans certains cas exceptionnels d'assistance financière, lorsque les *Länder* ou les communes doivent consentir un investissement très important). Le partage des responsabilités pour un même projet compromet non seulement toute évaluation fiable, mais aussi les possibilités de contrôle.

### ***Santé : malgré des dépenses élevées, les résultats restent moyens ; les réformes doivent s'intensifier afin d'améliorer l'efficience***

Les dépenses de santé par rapport au PIB ont augmenté dans les années 70, sont restées globalement constantes au cours de la décennie qui a suivi et ont progressé à nouveau dans les années 90 (en partie du fait de la réunification). Au sein de l'OCDE, l'Allemagne affiche un ratio dépenses de santé-PIB relativement élevé. L'accès aux services de santé y est excellent, mais différents indicateurs de résultats sont proches de la moyenne de l'OCDE. L'efficacité du système pourrait donc être améliorée. Un certain nombre de mesures ont déjà été prises (encadré 1.15). Des réformes de grande envergure sont nécessaires pour accroître l'efficience tout en réduisant les coûts dans un contexte actuel de vieillissement de la population, dont les besoins vont croissant en matière de santé, et de progrès constant des techniques médicales stimulant également la demande.

### Encadré 1.14. **Coopération et partage des recettes entre les différents niveaux d'administration en Allemagne**

Le pouvoir de lever l'impôt appartient principalement à l'État fédéral. Les recettes sont cependant partagées, pour la grande majorité d'entre elles, entre les différents niveaux d'administration. À ce partage des recettes fiscales vient s'ajouter un mécanisme de redistribution visant à satisfaire à l'objectif constitutionnel d'équivalence globale des conditions de vie d'une région à l'autre. Cela suppose des transferts verticaux de l'État fédéral aux *Länder* et des transferts horizontaux entre *Länder*, afin de répondre aux besoins financiers des gouvernements régionaux. Il existe des arrangements similaires entre les *Länder* et les communes. Par ailleurs, des transferts verticaux spéciaux ont lieu de l'État fédéral vers les nouveaux *Länder* pour faciliter le rattrapage (Pacte de solidarité). Enfin, certains projets sont financés conjointement par le gouvernement fédéral et les *Länder*, ou par les *Länder* et les communes.

Les relations financières entre les différents niveaux d'administration, très complexes, ne favorisent guère un rapport coût-efficacité satisfaisant. Ce constat vaut en particulier pour les activités financées conjointement par les trois niveaux d'administration (État, *Länder*, communes). Les aides attribuées par le gouvernement fédéral aux *Länder* et aux communes, au titre du cofinancement, représentaient environ 0.8 % du PIB (€ 17.4 milliards) en 2002. Les *Länder* cofinancent également avec leurs ressources propres des projets des communes de leur ressort, ce qui augmente encore le montant global des dépenses publiques cofinancées. De manière générale, il existe trois dispositifs faisant intervenir l'État : les « activités à financement conjoint » donnent lieu à une décision commune des autorités fédérales et de l'ensemble des *Länder*, et couvrent des domaines tels que la construction d'universités, l'octroi de subventions pour la modernisation des structures économiques régionales, ou les aides financières à la recherche-développement (R-D) ; l'« aide à l'investissement » peut être accordée à de grands projets d'investissement par les *Länder* ou les communes en vue de favoriser un développement économique équilibré ; enfin, les aides au titre de la « mise à disposition de fonds publics » financent les transferts sociaux effectués par les *Länder*.

### Encadré 1.15. **Réforme du secteur de la santé**

Au nombre des mesures prises récemment pour améliorer les mécanismes dans le secteur de la santé figure l'introduction – actuellement en préparation – d'un système de paiement des soins hospitaliers reposant sur une classification des patients dans des groupes homogènes de malades. Cette initiative pourrait permettre des économies non négligeables en réduisant la durée moyenne d'hospitalisation, à condition que soient mis en place dans le même temps des systèmes efficaces d'information sur les coûts et de contrôle de la qualité des services. Une plus grande souplesse est désormais accordée aux caisses d'assurance maladie pour le choix des prestataires de santé avec lesquels elles contracteront, et aux consommateurs pour le choix de leur organisme d'assurance. Les réformes engagées récemment ont créé des incitations financières à la mise en œuvre de programmes de gestion des maladies pour certains états chroniques. Il s'agit d'une évolution positive, mais la réforme doit se poursuivre et encourager les caisses d'assurance maladie à jouer le rôle d'acquéreur actif de services de santé pour le compte des patients et à offrir des produits différenciés. Les modalités actuelles, qui privilégient la négociation collective entre les caisses d'assurance maladie et les prestataires de soins de santé, devraient être réexaminées à cette fin. Un système plus complet de péréquation des risques atténuerait les possibilités d'écrémage.

### ***Le système éducatif est coûteux également : l'amélioration des résultats passe par de profondes réformes***

L'Allemagne dépense plus pour son enseignement secondaire que la plupart des autres pays de l'OCDE. Toutefois, la dernière étude internationale PISA a jugé médiocres les performances des élèves. Selon cette étude, les systèmes éducatifs performants sont ceux qui, tout en fixant des objectifs généraux de résultats, ont su décentraliser les responsabilités et ménager une certaine souplesse quant aux moyens de les atteindre. Or, le système scolaire allemand va dans la direction inverse. Les établissements scolaires sont soumis à une réglementation très stricte (ils n'ont, par exemple, aucune liberté pour la sélection des enseignants), et il n'existe pas de normes éducatives nationales. Cette situation montre à quel point une refonte complète du cadre réglementaire est aujourd'hui nécessaire. Il faut définir des normes à l'échelle du pays et procéder à des évaluations régulières. Dans le même temps, les établissements scolaires devraient avoir la possibilité de choisir plus librement les moyens à mettre en œuvre pour atteindre leurs objectifs.

L'enseignement supérieur, qui représente également une lourde charge pour les budgets publics, souffre de la longue durée des études et d'un taux d'abandon élevé. Les initiatives prises récemment pour abréger la durée des études et inciter davantage les professeurs d'université à fournir un enseignement de qualité doivent à présent être élargies. Les études supérieures plus courtes doivent être développées. Il convient en outre d'étudier la possibilité de permettre aux universités d'être rémunérées pour l'enseignement dispensé. Par ailleurs, un ajustement des aides financières aux étudiants pourrait permettre de régler les problèmes de redistribution. Enfin, la réforme devrait favoriser un renforcement de la concurrence entre universités et lier le financement public de ces dernières à leurs résultats.

### ***Gouvernance réglementaire : plusieurs aspects essentiels doivent être pris en considération afin de promouvoir un cadre réglementaire plus dynamique***

La gouvernance réglementaire doit elle aussi être renforcée et développée, de manière à soutenir efficacement les réformes spécifiques. La robustesse et l'exhaustivité du cadre réglementaire adopté par l'Allemagne après la guerre, qui ne se sont pas démenties, ainsi que les bouleversements de la réunification, ont occulté la nécessité d'une adaptation. Il est de toute façon très difficile de modifier un système qui s'articule autour d'éléments soigneusement agencés et formant un tout équilibré et cohérent. Les fonctions réglementaires font partie intégrante d'une approche beaucoup plus large qui sous-tend un ensemble de valeurs sociales essentielles : primauté du droit, équilibre entre coopération et concurrence, fédéralisme coopératif, et recherche du consensus dans la prise de décision. Mal gérés, des changements radicaux risqueraient de déstabiliser l'ensemble de l'édifice. Le défi consiste cependant à aller de l'avant et à rendre possible l'instauration d'une gouvernance réglementaire plus dynamique, dont le signe distinctif sera la recherche constante de la qualité. Le système allemand traditionnel est plus statique que dynamique et a tendance à s'adapter assez lentement aux nouvelles situations. Le Secrétariat de l'OCDE considère que les initiatives de ces dernières années semblent avoir eu du mal à s'imposer vraiment avec le temps, et que toute modification en profondeur du système actuel semble difficile. Toutefois, pour que les réformes ciblées indispensables à une croissance plus rapide puissent aboutir, elles doivent pouvoir s'appuyer sur une politique réglementaire plus évolutive et plus adaptable, fondée sur une interrogation permanente quant à l'adéquation des réglementations, à leurs coûts et

avantages et à leurs résultats, et susceptible d'accélérer le processus décisionnel sans pour autant renoncer en chemin à la participation d'importantes parties prenantes.

Les sections suivantes recensent les aspects du système actuel qui paraissent problématiques et appellent un changement.

### ***Certains groupes d'intérêt organisés ralentissent la prise de décision : un système plus efficace doit se mettre en place***

Il existe depuis longtemps des groupes d'intérêt bien organisés qui prennent part au processus complexe et consensuel de prise de décision, reposant sur des traditions et des pratiques déjà anciennes. Au fil du temps, les liens se sont renforcés entre les différents acteurs, alors qu'ils devraient en réalité être indépendants les uns des autres. De nombreux acteurs, à différents niveaux du système et de façon plus ou moins légitime – syndicats, organisations représentant les entreprises ou le *Mittelstand*, un *Bundesrat* dominé par les partis d'opposition au gouvernement – ont, de plus en plus, le pouvoir de bloquer ou de freiner la prise de décision politique. Il en résulte que des réformes urgentes, dont le principe est approuvé par tout un chacun, sont soumises à un long parcours et risquent, pour finir, de se voir ramenées au plus petit dénominateur commun acceptable pour tous (encadré 1.16).

Un processus plus efficace d'élaboration de la réglementation est nécessaire. Ce point a déjà fait l'objet de nombreux débats en Allemagne, sans résultats concluants, l'une des raisons étant que des changements trop profonds (y compris, le cas échéant, une modification de la Constitution) pourraient s'avérer nécessaires pour faire évoluer vraiment la situation. Une commission indépendante établie par le gouvernement en 1994 a formulé des propositions, auxquelles il n'a cependant jamais été donné suite – peut-être parce qu'elles se sont trouvées engluées dans le processus qu'elles étaient censées réformer.

D'autres pays de l'OCDE ont une tradition similaire de décision par consensus, mais confient l'élaboration des principaux textes législatifs à des commissions officielles désignées par le gouvernement. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une pratique habituelle en Allemagne, on a vu récemment proliférer dans ce pays les commissions préparatoires nommées par les autorités, telles la Commission Hartz (réforme du marché du travail) et la Commission Rürup (réformes du secteur de la santé et des retraites). Cette évolution est très positive si elle ne porte pas préjudice à la recherche du consensus, clé de voûte du système de gouvernance en Allemagne.

### ***La transparence et l'accessibilité de la réglementation constituent un sujet de préoccupation – les non-participants sont défavorisés***

La transparence est l'un des piliers d'une réglementation efficace, c'est-à-dire adaptée à ses objectifs. La tâche est difficile et suppose un large éventail de pratiques, notamment des procédures standardisées pour l'élaboration et la modification des réglementations, la consultation avec les parties intéressées, une bonne diffusion des réglementations et leur rédaction en langage clair, la publication et la codification nécessaires pour rendre les textes accessibles, un contrôle des pouvoirs de l'administration et des mécanismes d'application et de recours efficaces.

Actuellement, aucune obligation n'est faite aux ministres, à l'échelle de l'ensemble des administrations, quant à la manière de procéder à une consultation publique. Les procédures en vigueur en la matière sont généralement régies par des traditions propres aux différents ministères. En raison de ce pouvoir discrétionnaire, les projets de réglementation ne sont pas systématiquement mis à disposition pour consultation

publique. C'est ainsi qu'il n'existe pas de point d'accès unique permettant de consulter ces textes sur un site Web, comme c'est le cas dans de nombreux autres pays de l'OCDE. Toute loi doit être publiée dès son adoption et avant son entrée en vigueur, mais il en va différemment des projets de loi.

La recherche du consensus s'effectue dans le cadre de réseaux de parties prenantes bien établis et quelque peu informels. L'ouverture précoce d'une consultation informelle, ainsi que la participation et l'implication actives de ces parties prenantes, permettent à celles-ci d'exercer une forte influence sur la législation finale. D'autres intéressés, en revanche, se trouvent totalement écartés, ce qui pose de sérieux problèmes d'accessibilité et de coût aux exclus, par exemple ceux qui ne font pas partie d'organismes comme l'Association fédérale de l'industrie allemande (BDI). Les parties prenantes qui ne sont pas choisies comme partenaires de consultation, ou qui n'ont pas une bonne connaissance du processus réglementaire, peuvent donc se trouver involontairement mais systématiquement désavantagées.

### Encadré 1.16. **Le système de gouvernance de l'Allemagne pêche-t-il par sa lenteur à promouvoir le changement ?**

Plusieurs exemples de réformes donnent à penser que le système de gouvernance de l'Allemagne est trop lent à engager les changements nécessaires : ceux-ci finissent, certes, par se concrétiser, mais seulement après qu'un temps précieux ait été perdu, ce qui n'est pas sans coût pour l'économie. Les réformes dont a besoin le système de gouvernance réglementaire semblent elles-mêmes victimes de ce phénomène.

1. Réforme de la gouvernance réglementaire. Le programme « État allégé » a été lancé en 1995. Il a ensuite fallu deux ans pour établir un comité chargé de promouvoir la mise en œuvre des mesures préconisées, dont beaucoup ne sont d'ailleurs toujours pas appliquées. L'élaboration du dispositif d'analyse d'impact de la réglementation (AIR) a été lente également. Le gouvernement a demandé en 1998 que soient rédigés un manuel et un guide pratique de l'AIR ; actuellement, la mise en œuvre concrète du nouveau système est toujours en cours. Une profonde révision du guide devrait s'achever en 2006, dont un rapport sur les méthodes prévu pour 2004.
2. Loi sur le droit à l'information. Lancé en 1999 dans le cadre du programme « État moderne-administration moderne » ce projet, qui devait initialement aboutir en 2001, fait toujours l'objet de discussions au sein du gouvernement.
3. Réforme des télécommunications. La faiblesse la plus grave du système actuel réside dans l'incapacité de formuler et d'appliquer rapidement et efficacement les règles de concurrence. La mise en œuvre de la réglementation de l'UE se fait souvent avec lenteur et réticence.
4. Réforme des secteurs du gaz et de l'électricité. Cinq années se sont écoulées depuis la libéralisation de ces secteurs ; celle-ci s'est effectuée dans le cadre d'un régime réglementaire quelque peu inhabituel au sein de l'OCDE, qui n'a pas permis d'instaurer une concurrence réelle et durable. La nécessité d'une évolution – aujourd'hui en cours – aurait pu être prévue plus tôt.
5. Réforme des retraites et du marché du travail. Pour de nombreuses raisons, les mesures auraient dû être prises beaucoup plus tôt. Si la réforme des retraites se révèle lente dans bon nombre d'autres pays européens – l'Allemagne n'étant donc pas seule dans ce cas – la réforme du marché du travail est commencée depuis plusieurs années dans certains autres pays (par exemple : le Royaume-Uni).

### ***L'évaluation des réglementations laisse à désirer : les coûts et les avantages ne sont pas systématiquement évalués et restent souvent flous***

En Allemagne, les principes de bonne réglementation privilégient une qualité juridique de haut niveau. Toutefois, la culture empreinte de juridisme qui prévaut dans le pays débouche également sur une utilisation limitée de l'évaluation et de l'analyse quantitative factuelle pour faciliter la prise de décision réglementaire. Le fait que l'effort porte habituellement sur les charges administratives et sur les multiples projets visant à réduire le nombre des réglementations est certainement louable, mais une évaluation quantitative plus systématique des réglementations, de leur coût et de leurs avantages, aurait pu épargner une partie de cet effort en évitant l'adoption d'emblée d'une réglementation pesante. Ce constat dépasse largement le cadre des charges administratives et vaut pour l'ensemble d'un dispositif réglementaire et pour les décisions de haut niveau. En ce qui concerne les télécommunications, par exemple, l'objectif du gouvernement de limiter la réglementation doit être soigneusement validé compte tenu de la situation actuelle de la concurrence et de l'efficacité du système réglementaire *ex ante* actuellement en place. Il faut pour cela une meilleure information, une observation régulière de l'évolution du marché et la mise au point par la RegTP d'indicateurs de performance. Autre exemple, celui des secteurs du gaz et de l'électricité, où une évaluation des politiques aurait pu (et pourrait encore) être utile.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas en Allemagne de système d'évaluation : l'Allemagne a été l'un des premiers pays de l'OCDE à adopter le principe de l'analyse d'impact de la réglementation. L'AIR constitue peut-être l'instrument réglementaire le plus important dont disposent les gouvernements, son objectif étant de faire en sorte que les options réglementaires les plus efficaces et les plus efficaces soient systématiquement retenues. Il s'agit cependant d'une procédure exigeante qui a besoin de temps pour se consolider. Elle associe les bonnes pratiques de consultation à une analyse rigoureuse d'impact de la réglementation envisagée, par le biais d'une évaluation claire et équilibrée de ses coûts et avantages.

Une série d'initiatives, dont la première a été le questionnaire test de 1984, témoigne d'un effort marqué pour aider les responsables de la réglementation à préparer des AIR utiles. Mais le problème qui se pose depuis longtemps est que les procédures ne sont tout simplement pas suivies pour de multiples raisons : absence de directives opérationnelles, manque d'experts dans l'administration centrale pour fournir des orientations aux ministères, réticence des autorités réglementaires à recourir aux AIR, absence de contrôle et de sanctions en cas de non-conformité. En résumé, l'Allemagne n'est pas encore parvenue à instaurer une culture privilégiant la mise en œuvre de l'analyse d'impact dès les premiers stades de l'élaboration de la réglementation.

### ***La culture juridique de l'administration ne contribue pas à promouvoir la qualité de la réglementation, qu'il faut encourager***

La prédominance des juristes dans l'appareil administratif répond à un souci de justice, d'équilibre et de protection contre la mainmise d'intérêts particuliers. Il s'agit là d'objectifs importants. La tradition de l'État de droit favorise les fonctionnaires ayant une formation juridique, même pour des postes à forte orientation économique. Par contre, elle décourage toute perspective économique des problèmes et ne permet pas d'accorder toute son importance à une évaluation comprenant l'analyse quantitative des coûts et des avantages, deux éléments clés d'une réglementation de qualité. Certes, le gouvernement

consulte un certain nombre d'instituts de recherche économique, mais leurs avis ne sont peut-être pas toujours bien assimilés par des fonctionnaires eux-mêmes dépourvus de formation et de perception économiques. De plus, cela n'encourage guère le développement de compétences susceptibles de combler les lacunes – économiques ou autres – au sein même de l'administration. Le décalage est patent entre les idées et les outils élaborés par les chercheurs, d'une part, et les règles ou orientations pratiques nécessaires pour les rendre opérationnels, d'autre part.

Dans un contexte de tradition juridique aussi forte, la majorité des représentants des entreprises et des consommateurs ont également une formation juridique.

Les initiatives qui se succèdent en vue de réformer l'administration et d'en améliorer l'efficacité soulignent bien ces faiblesses. Ces réformes restent généralement autocentrées – du moins était-ce encore le cas récemment – sans tenir compte de la nécessité d'une action visant plus directement à l'amélioration des perspectives économiques. On n'évalue pas non plus, semble-t-il, l'impact des réformes.

***De par sa complexité, le système réglementaire est susceptible de favoriser des choix coûteux : il faut le simplifier***

Très complexe, le système réglementaire allemand se caractérise par un nombre croissant de réglementations fédérales, souvent formulées dans une terminologie assez hermétique. Ainsi, comme on l'a souligné, les *Länder* ont toute latitude en ce qui concerne la mise en œuvre de la plupart de ces réglementations, laquelle varie par conséquent d'un Land à l'autre.

La gouvernance publique en Allemagne repose sur une tradition de hiérarchie très structurée et de répartition étroitement définie des compétences, qui a favorisé le développement de compétences administratives spécialisées, mais aussi une approche sectorielle de la réglementation. Les procédures-cadres sont fréquemment supplantées par des procédures spécifiques applicables à des domaines particuliers, comme l'urbanisme ou la création d'une entreprise. Certains signes montrent que les procédures spécifiques se multiplient.

L'association d'une administration axée sur le droit, dans laquelle le principe de l'analyse coûts-avantages a du mal à s'imposer, et d'une gouvernance réglementaire complexe peut aboutir à des résultats réglementaires coûteux. On citera à cet égard le système fiscal, probablement le plus complexe d'Europe.

***L'autoréglementation nécessite une évaluation approfondie pour faire en sorte qu'elle soit l'approche la plus appropriée***

Le programme « État moderne-administration moderne » souligne la nécessité de renforcer le potentiel d'autoréglementation de la société. Les autorités réglementaires sont liées par des obligations formelles qui leur imposent clairement d'envisager des alternatives, comme l'autoréglementation, notamment sous la forme d'une « liste de contrôle » figurant dans les *Règles communes de procédure* du gouvernement fédéral pour identifier les possibilités d'autoréglementation. Le gouvernement fédéral a par ailleurs commandité récemment un projet de recherche en vue de proposer des orientations concernant une « autoréglementation réglementée », c'est-à-dire les aspects à prendre en considération pour la mise en place de systèmes réglementaires fondés sur l'autoréglementation. La liste actuelle comprend déjà plusieurs questions pertinentes visant à déterminer si l'autoréglementation est la bonne approche, ce que doit être l'indispensable rôle d'encadrement de l'État et dans quelle mesure celui-ci devrait rester impliqué. Une

conclusion importante de ces travaux est que les avantages d'une telle approche sont considérables lorsque les objectifs définis ne sont pas jugés fondamentaux pour le public (ce qui suppose par conséquent que l'inverse soit vrai également). Il convient donc d'être prudent dès lors qu'il s'agit d'appliquer l'autoréglementation à des secteurs importants.

L'autoréglementation est une tradition en Allemagne. De nombreuses activités sont déjà soumises à des cadres réglementaires élaborés et gérés par des représentants des secteurs concernés, sous la tutelle d'une loi et d'une autorité de la concurrence globales et efficaces : services professionnels, secteurs de l'électricité et du gaz, marchés publics.

Une question se pose ici : une application rigoureuse des procédures en vigueur (voire des orientations proposées plus récemment) aurait pu contribuer à détecter certains problèmes relatifs à ces secteurs. Par exemple, les titulaires de la maîtrise exigée pour exercer un grand nombre de professions et de métiers de l'artisanat participent activement à l'élaboration des règles et des normes concernant leur profession, ce qui rend difficile toute nouvelle entrée. Un problème analogue se pose dans les secteurs de l'électricité et du gaz, où le marché n'est pas facile d'accès. La même analyse devrait s'appliquer aux systèmes d'autoréglementation qui existent et à ceux qu'il est proposé de mettre en place.

***Un système central de contrôle de la qualité de la réglementation doit être établi : cela contribuerait à la mise en place d'une politique réglementaire dynamique***

Comme nous l'avons mentionné, les éléments d'une politique réglementaire potentiellement efficace existent déjà. Cependant, aucune unité centrale n'est chargée de promouvoir la réforme de la réglementation dans l'ensemble des ministères. Les dispositions en vigueur pourraient être développées dans ce sens : modalités favorisant une approche structurée plutôt que fragmentaire, développement de compétences analytiques, application d'un éventail de normes plus larges de qualité de la réglementation. Bon nombre d'autres pays de l'OCDE ont créé de telles unités centrales (encadré 1.17).

***Économie politique de la réforme : renforcer le rôle des parties prenantes dont la participation est actuellement marginale***

L'économie politique de la réforme – comment gérer le processus de réforme et mobiliser le soutien nécessaire – représente un défi pour tous les pays. Dans le cas de l'Allemagne, la difficulté est accentuée par le fait que les parties prenantes à la prise de décision sont les mêmes depuis longtemps et ont des intérêts étroitement imbriqués. L'une des options possibles consiste à rechercher comment associer au processus réglementaire de nouvelles parties prenantes ou des acteurs dont la participation est actuellement très limitée. Trois catégories importantes de parties prenantes, dont le rôle est peut-être insuffisant dans le système actuel, pourraient apporter des perspectives différentes, voire un soutien précieux aux initiatives novatrices : les entreprises nouvelles, les étrangers et les consommateurs. Un rééquilibrage des intérêts serait également utile, par exemple dans le contexte de la négociation des salaires et des relations Fédération-Länder.

Une deuxième option consisterait à examiner comment les structures de gouvernance et les domaines d'action pourraient être réorganisés de façon à se recouper moins fréquemment et à être moins étroitement imbriqués. Cela supposerait, entre autres, de réformer le système de financement mixte Fédération-Länder. La concurrence et la comparaison entre les Länder pourraient également être encouragées. Il serait en outre très utile d'établir une unité centrale de réglementation, qui contribuerait à limiter les doubles emplois et faciliterait l'adoption de réglementations générales, par exemple pour l'AIR et la consultation.

Troisièmement, il importe de maintenir la dynamique de la réforme. Certaines initiatives antérieures, en effet, semblent avoir fait long feu. Les résultats des réformes doivent faire l'objet d'un suivi et le public doit être tenu informé afin de maintenir une adhésion aussi large que possible.

Enfin, la présentation des avantages des réformes doit tenir compte – et cet aspect n'est pas le moindre – des préoccupations légitimes des parties prenantes qui redoutent d'être finalement perdantes. Pour connaître un succès durable, une réforme doit pouvoir compter sur un large soutien et une coordination efficace : cela est particulièrement vrai dans la société allemande, qui fonctionne sur la base du consensus.

#### Encadré 1.17. **Unités centrales chargées de la qualité de la réglementation : expérience de l'OCDE**

L'expérience des pays de l'OCDE montre que les unités centrales de surveillance ont une efficacité maximale si elles :

- sont indépendantes des autorités réglementaires (c'est-à-dire si elles ne sont pas étroitement liées à des missions réglementaires spécifiques) ;
- opèrent conformément à une politique réglementaire claire, approuvée au niveau politique ;
- opèrent horizontalement (c'est-à-dire ont des compétences intersectorielles) ;
- sont constituées d'experts (c'est-à-dire de personnes qui disposent des informations et de la capacité nécessaires pour exercer un jugement indépendant) ;
- sont reliées aux centres de pouvoir administratif et budgétaire existants (centre du gouvernement, ministère des Finances).

Les unités centrales de surveillance assument trois rôles différents. En premier lieu, elles peuvent avoir un rôle consultatif, c'est-à-dire accroître les capacités réglementaires en publiant et diffusant des conseils et en fournissant une assistance aux autorités de réglementation. En second lieu, elles ont un rôle de sensibilisation, qui recouvre l'action en faveur de différents volets de la politique réglementaire à long terme, y compris la réforme des politiques, le développement d'outils nouveaux et améliorés, et le changement institutionnel. En troisième lieu, les organismes chargés de promouvoir la qualité réglementaire peuvent avoir un rôle de contestation vis-à-vis des projets de nouvelle réglementation. Cette contestation peut revêtir la forme d'un avis faisant pression sur l'organe auteur du projet de réglementation pour qu'il améliore la performance conformément à un ensemble de critères donnés. Elle peut également prendre la forme d'un « veto », grâce auquel l'organisme de surveillance joue un rôle de vigile dans le processus réglementaire.

L'expérience montre que la plupart des politiques réglementaires se sont fondées essentiellement sur le rôle consultatif et de sensibilisation : ces fonctions sont des préalables utiles pour créer un environnement fructueux et non conflictuel propice à la qualité de la réglementation. Toutefois, il peut être indispensable que les organismes de surveillance jouent un rôle de contestation et soient également chargés de fixer et de mettre en œuvre des objectifs de qualité réglementaire, si l'on veut aller au-delà de réformes reposant essentiellement sur l'autoévaluation.

### Encadré 1.18. Renforcer le rôle des parties prenantes dont le rôle dans le processus de réforme est actuellement très limité

La situation des consommateurs est paradoxale. Ils sont protégés – le souci de la qualité est à l’origine d’une volumineuse réglementation – mais, dans le même temps, on constate qu’ils influent relativement peu sur le processus d’élaboration de cette réglementation. Il n’existe pas d’autorité nationale de haut niveau chargée de la protection des consommateurs. La politique de la concurrence précise comment le consommateur peut bénéficier des mesures qui s’y rapportent, mais ses liens sont lâches avec la politique à l’égard des consommateurs. Dans le contexte du Livre vert de l’UE sur la protection des consommateurs, l’Allemagne a plaidé contre l’instauration de structures plus fortes pour assurer cette protection. Elle n’est pas favorable non plus à la reconnaissance mutuelle à l’échelle de l’UE des réglementations concernant les consommateurs, car cela mettrait en péril son propre dispositif, lequel assure selon elle un degré de protection plus élevé. Les consommateurs éprouvent des difficultés particulières à faire entendre leur voix dans les industries de réseau. Dans le secteur des télécommunications, par exemple, les intérêts des particuliers et des petites entreprises paraissent mal représentés. Les organismes de défense des consommateurs pourraient avoir besoin d’un appui plus ferme des pouvoirs publics, voire d’un soutien financier accru, afin de participer plus efficacement au processus de réglementation.

Les entreprises étrangères sont en principe confrontées aux mêmes problèmes et aux mêmes difficultés potentielles que les entreprises nationales dans leurs relations avec l’administration allemande. Dans la pratique, cependant, le parcours peut leur sembler plus ardu : elles doivent faire face à la minutie de l’approche allemande, à la multiplicité des réglementations, ainsi qu’à la complexité de l’architecture juridique et de la répartition des compétences dans un pays à structure fédérale.

Il est par ailleurs probable que les entreprises nouvelles et de petite dimension ont du mal à consacrer le temps et l’argent nécessaires à leur participation au processus réglementaire.

## Conclusion

L’Allemagne est aujourd’hui confrontée à la nécessité d’une ample réforme structurelle de son économie. Il lui faut trouver le chemin d’une croissance plus forte, ce qui lui permettra de gérer le problème du vieillissement rapide de sa population et l’aidera à combler le fossé qui sépare les *Länder* orientaux et occidentaux en termes de performances. La réunification, qui a représenté pour le pays une charge plus lourde encore que prévu, n’est pourtant pas le seul facteur susceptible d’expliquer la faiblesse de la croissance. Les pressions liées à la réunification ont fait passer au premier plan des problèmes structurels et de gouvernance profondément enracinés.

Le cadre de gouvernance et de réglementation qui s’est développé à partir du modèle original d’économie sociale de marché après la guerre comporte un certain nombre d’atouts, parmi lesquels une culture administrative très fiable fondée sur le respect scrupuleux de la primauté du droit, ainsi qu’une loi et une politique de la concurrence à la fois exhaustives et solidement établies. La politique et la réglementation du commerce extérieur sont dans l’ensemble rigoureuses également, ce qui aide l’Allemagne à maintenir un bon niveau d’exportation. Les structures de gouvernance et de réglementation visent à préserver soigneusement le nécessaire équilibre entre les différentes catégories de parties prenantes et les différents niveaux d’administration, et à promouvoir la solidarité dans l’ensemble de la Fédération. Ces objectifs restent importants pour le bien-être global de l’Allemagne. Le

système est cependant statique, reposant dès le départ sur l'idée qu'un équilibre efficace a été atteint. Il n'assimile ni ne favorise très facilement le changement. Lors de la réunification, la tentation a d'abord été – de façon bien compréhensible – de conserver ce système tel quel. Les événements ont escamoté l'urgence d'une réflexion sur l'éventuelle nécessité d'une réforme compte tenu des mutations liées à la mondialisation de l'économie et de certaines lacunes profondes qui étaient apparues dans le développement économique de l'Allemagne au fil du temps. La réunification était à elle seule une tâche énorme, mobilisant l'attention et les énergies. Alors même que l'Allemagne vivait cette entreprise colossale, unique au sein de l'OCDE, de nombreux autres pays, dont plusieurs voisins européens, grands ou petits, s'employaient activement à moderniser leurs systèmes de réglementation et à élaborer des réformes spécifiques dans des domaines importants comme le marché du travail et la gestion des dépenses publiques. L'Allemagne a alors perdu un temps précieux.

Depuis un an environ, le gouvernement allemand montre qu'il avait parfaitement conscience de la nécessité de réformes majeures dans certains domaines. En revanche, il semble avoir perçu avec moins d'acuité l'urgence qu'il y avait à aborder de façon plus globale le système réglementaire proprement dit, moteur indispensable à l'exécution rapide, efficace et efficiente des réformes, que celles-ci portent sur le marché du travail, les industries de réseau ou la promotion des PME. Le présent rapport ne plaide donc pas seulement pour la mise en œuvre déterminée de réformes spécifiques, mais aussi pour une adaptation majeure des traditions en vigueur dans le domaine réglementaire, de sorte que les changements nécessaires puissent intervenir rapidement, à un moindre coût pour l'économie et avec la participation de tous les intéressés. Dans l'état actuel des choses, le cadre réglementaire risque de ne s'adapter que lentement à toute évolution et peut imposer des coûts inutiles. Il pourrait en outre conduire à l'exclusion involontaire d'un certain nombre d'acteurs, alors même que ceux-ci seraient susceptibles d'enrichir le débat d'idées nouvelles et d'apporter leur soutien au changement.

Le premier des ministres allemands de l'Économie avait anticipé certains des problèmes qui se posent aujourd'hui. Il définissait l'économie sociale de marché comme un cadre propice à l'amélioration de la productivité de tous les agents. Mais il avait aussi perçu le risque d'une dégradation de la situation et de l'émergence d'un système dans lequel les intérêts acquis de divers groupes mineraient la capacité de l'économie à produire des richesses. Une refonte du dispositif de réglementation s'impose afin que le système renoue avec sa fonction initiale – mobiliser toutes les parties prenantes en faveur de l'objectif commun que constitue la production de richesses – tout en encourageant un processus de réforme plus dynamique.

Peut-être la difficulté opérationnelle la plus importante réside-t-elle dans la mise en place d'un moteur de réforme capable de susciter les changements dont a besoin le système de réglementation. Les différents niveaux de gouvernement (Fédération, *Länder*, communes) offrent une multitude de tremplins aux initiatives et aux idées réformatrices indépendantes, mais celles-ci ne peuvent être rassemblées qu'à travers un processus décisionnel consensuel très lent. Il est trop tôt pour déterminer si le programme Agenda 2010 et les réformes des structures fédérales actuellement à l'étude sauront doter l'Allemagne d'une meilleure capacité à entreprendre et à mettre en œuvre plus rapidement les réformes nécessaires. Enfin, et peut-être surtout, il importe que l'Allemagne, comme beaucoup d'autres pays de l'OCDE, accorde plus d'attention à l'économie politique de la réforme, de façon à lui imprimer un rythme adéquat et à mobiliser efficacement le public.

## PARTIE II

# Politiques réglementaires et résultats\*

\* La documentation de référence qui a servi à la rédaction de ce rapport est disponible à l'adresse suivante : [www.oecd.org/regreform/backgroundreports](http://www.oecd.org/regreform/backgroundreports).

PARTIE II  
*Chapitre 2*

## **Gouvernance réglementaire\***

\* Pour plus d'informations, voir le « Rapport de référence sur la capacité du gouvernement à produire des réglementations de grande qualité » disponible sur le site [www.oecd.org/regreform/backgroundreports](http://www.oecd.org/regreform/backgroundreports).

## Contexte et historique

### **Le fédéralisme coopératif et la règle de la primauté du droit sont les caractéristiques dominantes de la gouvernance en Allemagne**

Depuis la réunification, en 1990, l'Allemagne est la troisième économie mondiale après les États-Unis et le Japon. Son cadre de gouvernance, établi au cours des années d'après-guerre afin de soutenir la reconstruction massive de l'économie et de la société, se distingue par plusieurs caractéristiques marquantes. La première est le fédéralisme coopératif, qui confère aux *Länder* des pouvoirs réglementaires importants et la responsabilité de mettre en œuvre l'essentiel de la législation fédérale. Les gouvernements des *Länder* sont représentés au Parlement par le *Bundesrat* ; ils disposent d'un droit de veto qui leur permet de s'opposer à un grand nombre de projets de loi soumis au *Bundestag*. Ce système favorise la diversité des réglementations appliquées dans les *Länder*, ainsi qu'un processus fédéral hautement consensuel pour l'élaboration des politiques. La deuxième de ces caractéristiques est la tradition de l'« État de droit » (*Rechtstaat*), qui met l'accent sur la primauté de la règle de droit, une réglementation très dense, et un modèle bureaucratique de type wébérien fondé sur des compétences étroitement définies.

### **Aucune modification notable n'a encore été apportée à ce système**

Le système en place ne favorise guère les changements radicaux, ce qui s'explique essentiellement – si l'on fait abstraction d'autres problèmes – par l'absence d'acteur central suffisamment puissant pour les imposer. Jusqu'à la réunification, l'Allemagne n'a été confrontée à aucune crise majeure susceptible d'engendrer de tels changements, même si certaines tendances durables assez préoccupantes, comme la montée du chômage, se manifestaient déjà. Événement unique dans l'histoire de l'OCDE, la réunification a monopolisé d'immenses ressources politiques et économiques : plutôt que de modifier son système de gouvernance réglementaire face à ce défi qui mobilisait les énergies, l'Allemagne a préféré l'étendre aux *Länder* orientaux. La réforme de la réglementation a donc été marquée, jusqu'à présent, par des retouches parcellaires au système existant. L'objectif traditionnel, souvent encouragé par les *Länder*, a été d'améliorer l'efficacité de l'administration et de réduire les charges des PME.

Deux programmes de réforme du secteur public lancés dans les années 90 – « État allégé » et « État moderne-administration moderne » – méritent d'être soulignés, car ils visent à améliorer les capacités du secteur public à produire des réglementations de haute qualité et traduisent un début d'évolution du rôle de l'État, qui, plutôt que de fournir directement des services, en faciliterait la prestation. Le tout dernier programme gouvernemental *Agenda 2010*, de portée beaucoup plus large, met aussi en évidence ce processus d'adaptation. Il fait écho à l'évolution en cours dans d'autres pays de l'OCDE, qui s'écartent d'un concept étriqué de réforme réglementaire comme la déréglementation au profit d'une gestion plus dynamique de la réglementation, qui se préoccupe de qualité autant que de quantité. Ces initiatives mettent par ailleurs en lumière le fait que le

gouvernement s'attache à trouver des moyens de répondre concrètement aux pressions économiques. Un processus global et cohérent est en marche, axé sur l'amélioration des capacités du secteur public.

## Politique réglementaire

### **Les éléments d'une politique réglementaire sont en place, mais des lacunes importantes subsistent**

On entend par « politique réglementaire » une politique clairement définie visant à améliorer la qualité du système réglementaire dans le cadre d'un processus permanent et dynamique. L'expérience des pays de l'OCDE donne à penser qu'une politique réglementaire efficace comporte trois éléments de base qui se renforcent mutuellement : elle doit être adoptée aux plus hauts niveaux politiques, contenir des normes de qualité réglementaire explicites et mesurables, et prévoir un système de gestion de la réglementation permettant d'en contrôler et d'en promouvoir la qualité.

Certains éléments d'une politique réglementaire se sont mis en place avec le temps. La « liste bleue » de 1984 introduit un vaste éventail de questions à prendre en considération par les autorités lorsqu'elles préparent une nouvelle législation ; ce document présente de nombreuses similitudes avec la Liste de critères de référence établie par l'OCDE pour la qualité réglementaire (encadré 2.1). Les « Règles communes de procédure des ministères fédéraux », dont la publication remonte à 1958, indiquent la voie à suivre pour la préparation des propositions et détaillent les exigences à respecter tout au long du processus réglementaire, y compris pour la consultation et l'exposé des motifs. Le « Manuel de rédaction juridique » de 1991, révisé en 1999, donne des conseils pour la rédaction de textes juridiques. Plus récemment, une note d'orientation non obligatoire a été élaborée à propos de l'Analyse d'impact de la réglementation (AIR).

Considérées globalement, cependant, ces procédures laissent de côté certaines questions clés. Le guide sur l'AIR n'est pas impératif, ne définit pas de critères précis et ne

#### **Encadré 2.1. La « liste bleue » de l'Allemagne**

Cette liste de contrôle a été mise à la disposition des fonctionnaires du gouvernement à titre de directive. Comme cela a été le cas pour la plupart des premières listes de ce type établies dans les pays de l'OCDE, le respect de ses recommandations n'a été ni contrôlé, ni sanctionné. Cette liste comportait les questions suivantes :

1. La mesure est-elle absolument nécessaire ?
2. Quelles sont les autres options ?
3. Est-il nécessaire d'agir au niveau fédéral ?
4. Une nouvelle loi est-elle nécessaire ?
5. Une action immédiate s'impose-t-elle ?
6. La portée de la mesure doit-elle être aussi large que prévu ?
7. Peut-on limiter la durée de validité de la mesure ?
8. La mesure est-elle non bureaucratique et compréhensible ?
9. Peut-elle être appliquée en pratique ?
10. A-t-elle un rapport coûts/avantages acceptable ?

donne pas de conseils sur la façon d'évaluer l'impact de la réglementation ou le poids des charges administratives. Des orientations plus détaillées sont en cours d'élaboration, mais ne devraient pas être disponibles avant au moins une année. La qualité juridique demeure actuellement la principale préoccupation.

## Institutions réglementaires

### **Il existe des unités de coordination de la réglementation, mais elles sont disséminées dans les différentes administrations**

L'un des éléments clés d'une politique réglementaire efficace est un système de gestion de la réglementation permettant de suivre et de promouvoir l'application des principes de qualité dans l'ensemble de l'appareil administratif.

Comme dans les autres pays de l'OCDE, il incombe à chaque ministère d'élaborer ses propres propositions en matière de réglementation. Chacun a également en charge d'assurer les consultations nécessaires et le contrôle de la qualité de la réglementation, dans le cadre des « Règles communes de procédure ». Certains ministères ont un rôle global plus affirmé. Le *ministère fédéral de l'Intérieur* doit être consulté sur la préparation de tous les projets de loi ou de règlement et sur les aspects obligatoires de l'AIR (il est également chef de file pour le programme « État moderne-administration moderne »). Le *ministère de l'Économie et du Travail* doit être consulté en ce qui concerne l'impact sur les entreprises et en particulier les PME. Le *ministère de la Justice* doit être consulté sur tous les projets de loi : il lui incombe de garantir la qualité technique et la constitutionnalité de la nouvelle législation. La *Chancellerie* a un rôle moins prépondérant dans le déroulement quotidien du processus, mais suit les activités des différents ministères afin de contribuer à résoudre les divergences et de promouvoir la cohérence globale des politiques. Le *ministère des Finances* évalue les effets des projets de loi sur les dépenses et recettes publiques. Les réformes destinées à accroître l'efficacité du secteur public et à réduire les charges administratives sont placées sous la supervision de comités *ad hoc* de secrétaires permanents.

L'Allemagne a créé plusieurs unités centrales de coordination de la réglementation dans des ministères ayant des responsabilités horizontales. Ces unités pourraient former le noyau dur d'un système potentiellement efficace, mais devraient pour cela se développer, collaborer plus étroitement entre elles et se doter de compétences analytiques plus solides. De nombreux pays de l'OCDE ont opté pour une unité unique et centralisée chargée de la qualité de la réglementation.

## Les collectivités territoriales et la dimension européenne

### **Collectivités territoriales : nécessité de renforcer les mécanismes de gestion de la qualité réglementaire**

La qualité de la réglementation est importante à tous les niveaux d'administration : l'incapacité à mettre en œuvre une réglementation efficace à un niveau peut saper les efforts déployés à un autre. La structure fédérale de l'Allemagne se caractérise par des relations très étroites entre les différents niveaux d'administration – fédéral, *Länder*, local. Ce fédéralisme confère à l'Allemagne un avantage que certains autres pays de l'OCDE n'obtiennent qu'au prix d'efforts importants : une relation étroite avec les citoyens, fondée sur la capacité d'écoute. Toutefois, l'indépendance de l'administration au niveau local et à l'échelon du *Land* constitue également une difficulté pour la promotion de politiques réglementaires cohérentes dans l'ensemble des administrations.

Les communes sont les éléments constitutifs des *Länder*, qui fixent des paramètres pour leur fonctionnement. Elles fournissent une vaste gamme de services locaux. Les communes ont depuis très longtemps le droit de décider de toutes les questions d'intérêt local relevant de leur compétence, dans le cadre de la législation en vigueur. Les communes appliquent plus de 75 % de la législation fédérale et des *Länder*, et elles gèrent les deux tiers des dépenses d'investissement publics.

Les *Länder* jouissent d'une grande indépendance et de vastes pouvoirs réglementaires ; par ailleurs, ils coopèrent étroitement avec le niveau fédéral. Ils sont chargés de la mise en œuvre de l'essentiel de la législation fédérale qui les concerne en propre et relève de leur responsabilité (il n'existe généralement aucune représentation fédérale au niveau du *Land*). L'une des phases clés du processus de réunification a été la reconstruction des *Länder* de l'Est, conformément à la ligne de conduite adoptée qui consistait à étendre à l'est le cadre de gouvernance et de réglementation existant à l'Ouest plutôt qu'à le modifier. Différents mécanismes contribuent à promouvoir la coopération entre les *Länder* et l'État fédéral : les *Règles communes de procédure* obligent les ministères à associer des représentants des *Länder* au processus réglementaire ; des commissions sont chargées de coordonner les activités et les politiques entre la Fédération et les *Länder* (notamment le Conseil de planification financière pour les questions budgétaires) ; enfin, la Constitution exige que tout projet de loi adopté par le *Bundestag* soit soumis au *Bundesrat*. Environ la moitié des lois adoptées par le *Bundestag* nécessitent l'approbation du *Bundesrat*.

Il y aurait lieu d'améliorer les relations *Länder*-État fédéral et de rendre ainsi les décisions et les dépenses gouvernementales plus efficaces et plus efficaces. Les dispositions financières actuelles incitent les *Länder* à des dépenses inefficaces dans certains domaines où ils ne supportent qu'une partie du coût total des activités financées en commun avec le gouvernement fédéral. Il serait possible de réduire ces activités et de mieux aligner les compétences fiscales et les compétences en matière de dépenses. Les mesures incitant davantage au contrôle des dépenses encourageraient les analyses « coûts/avantages ». Il importe en outre d'aider le Parlement à prendre ses décisions sur la base d'informations plus complètes. L'absence d'études d'impact de la qualité de la réglementation est une source de préoccupation pour le Parlement lui-même. Comme dans d'autres pays de l'OCDE, le Parlement dispose de beaucoup moins de mécanismes que l'exécutif pour assurer la qualité de la réglementation. Des mesures sont à l'examen afin de remédier à cette situation. À cet égard, les Parlements des *Länder* sont en avance sur le Parlement national.

### **Union européenne : les processus réglementaires sont très bien gérés**

L'UE revêt une importance considérable pour la réforme réglementaire dans ses États membres. En effet, un grand nombre de nouvelles réglementations émanent de Bruxelles ; la législation européenne représente plus de la moitié du total des nouvelles réglementations se rapportant au domaine économique, ce qui ne pose quasiment pas de difficultés. Les *Règles communes de procédure* s'appliquent aussi bien à la législation de l'UE qu'à celle du pays, ce qui montre que le processus de consultation et d'évaluation de l'impact est très similaire. L'Allemagne s'efforce systématiquement d'influencer le processus décisionnel de l'UE, parfois avec succès. Le déficit de transposition des directives européennes se situe aux environs de 3 %, ce qui correspond approximativement à la moyenne de l'UE (l'objectif de cette dernière étant cependant de 1.5 %).

## Transparence réglementaire

### **Une approche informelle et non systématique sert des groupes d'intérêts organisés, mais risque d'en exclure d'autres**

La transparence est l'un des principaux piliers d'une réglementation efficace, c'est-à-dire adaptée à ses objectifs. La tâche est difficile et fait intervenir de nombreuses pratiques, notamment des procédures standardisées pour l'élaboration et la modification des réglementations, la consultation avec les parties intéressées, une communication efficace des réglementations – rédaction en langage clair, publication et codification afin de les rendre accessibles – des contrôles sur les pouvoirs discrétionnaires de l'administration, des procédures efficaces d'application et des mécanismes adéquats de recours.

Les exigences en matière de *transparence des procédures de réglementation* sont définies par la Constitution et la loi sur la procédure administrative, ainsi que par les *Règles communes de procédure*. Les deux premières imposent une obligation générale de consultation et d'information, tandis que les *Règles communes* fixent des modalités plus élaborées concernant les nouvelles réglementations. Ces dispositions sont complétées par des procédures administratives spécifiques, qui varient en fonction des domaines d'action. On constate une prolifération de ces procédures, ce qui pourrait améliorer la qualité de certaines réglementations, mais nuire à la transparence globale. Une loi sur le droit à l'information est en cours d'examen.

La *transparence en termes de consultation publique* donne aux parties prenantes la possibilité d'intervenir dans l'élaboration de la réglementation, fournit aux autorités réglementaires des informations précieuses sur les coûts et les avantages ainsi que sur les perspectives de mise en œuvre de la réglementation, et constitue un garde-fou contre l'influence excessive de groupes d'intérêts particuliers. Enfin – et ce n'est pas la moindre de ses fonctions – elle contribue à légitimer l'action gouvernementale en impliquant les parties concernées. La consultation doit être pleinement ancrée dans le processus réglementaire.

En Allemagne, les *Règles communes de procédure* énoncent des directives formelles et prescrivent en détail les procédures applicables à la consultation intra-administration. Elles sont cependant beaucoup plus générales et laissent aux autorités un pouvoir discrétionnaire nettement plus important pour ce qui concerne la consultation publique (par exemple, elles indiquent simplement que la consultation d'experts et d'associations doit avoir lieu « dès que possible »). Il s'ensuit que les modalités de consultation au sein de l'administration varient en fonction des habitudes de tel ou tel ministère. Toutefois, si le système qui en découle est largement informel, la consultation est généralement intensive assez tôt et vise au consensus entre les différents groupes d'intérêt.

Ce processus exige généralement du temps. L'intervention de commissions spéciales (par exemple, la commission Hartz pour les réformes relatives au marché du travail) peut faire avancer les dossiers. La procédure n'est pas non plus systématique (qui est invité à y prendre part, par quels moyens, quels sont les propositions et les documents soumis à consultation ? Autant d'éléments qui varient d'un ministère à l'autre). Les commentaires des parties prenantes ne sont pas rendus publics ; par ailleurs, le portail Web de la Fédération ne comporte pas de point de contact unique pour la consultation. La planification à long terme – publication des projets de réglementation – est assurée en termes très généraux par le Chancelier fédéral dans sa présentation de la politique gouvernementale. Il n'existe cependant aucune procédure systématique de communication au public des futures réglementations.

Dans l'ensemble, le système donne une influence majeure aux intérêts organisés qui sont invités à participer, mais peut facilement conduire à une exclusion *de facto* de tous les autres. Il est fastidieux, pour les parties prenantes non habituées, de chercher à savoir ce qui se passe exactement. Le contraste est marqué avec la procédure d'« avis et commentaires », plus systématique, adoptée dans de nombreux autres pays de l'OCDE (encadré 2.2).

**Encadré 2.2. Favoriser une plus grande ouverture dans l'élaboration de la réglementation : la procédure d'« avis et commentaires » aux États-Unis**

La loi sur la procédure administrative (APA) de 1946 confère aux citoyens le droit de participer aux activités de réglementation du gouvernement fédéral, en vertu d'un principe d'accès ouvert à tous. Elle définit la procédure de réglementation de base devant être suivie par toutes les agences du gouvernement américain. Le cheminement qui conduit du projet à la réglementation finale offre de nombreuses possibilités de participation aux parties concernées. Au minimum, l'APA impose à chaque agence gouvernementale, lorsqu'elle adopte une règle substantielle (par opposition à une règle procédurale ou à une déclaration de politique) :

- i) De publier un avis de projet de réglementation au Registre fédéral. Cet avis doit contenir le texte ou indiquer la substance de la réglementation proposée, l'autorité chargée de la procédure de réglementation et les délais et adresses utiles pour la participation publique. Les projets publiés donnent habituellement des informations sur les points de contacts dans les agences gouvernementales.
- ii) D'offrir à toutes les personnes intéressées – ressortissants américains ou non – la possibilité de participer au processus de réglementation en fournissant des données, avis ou arguments écrits sur un projet de réglementation. Cette procédure de commentaires publics répond à de nombreux objectifs, y compris celui de donner aux personnes intéressées la possibilité de fournir à l'agence des informations qui lui permettront d'avoir une meilleure connaissance du dossier. La procédure de commentaires publics offre également aux personnes intéressées la possibilité de contester les hypothèses factuelles sur lesquelles l'agence se fonde, et de démontrer en quoi ces hypothèses peuvent être erronées.
- iii) De publier un avis concernant la réglementation finale trente jours au moins avant la date d'entrée en vigueur de la réglementation. Cet avis doit énoncer les motifs et l'objet de la réglementation et répondre à tous les commentaires de fond reçus. L'APA prévoit une dérogation à cette règle des trente jours si la réglementation accorde une exemption ou exonère d'une restriction, ou si l'agence concernée considère et notifie qu'une date d'entrée en vigueur plus précoce est nécessaire « pour un motif légitime ». En général, cependant, les dérogations à l'APA sont limitées et doivent être justifiées.

Le système américain d'avis et de commentaires a abouti à une procédure réglementaire extrêmement ouverte et accessible au niveau fédéral, qui est conforme aux bonnes pratiques internationales en matière de transparence. L'idée de base est l'ouverture à tous les citoyens, au lieu de limiter la consultation à des groupes représentatifs. C'est ce qui distingue cette méthode de celles utilisées dans des modèles plus corporatistes de consultation, et également des méthodes informelles qui laissent aux autorités réglementaires un large pouvoir discrétionnaire pour décider qui consulter. Ce dispositif s'est traduit par un gain de qualité et de légitimité en évitant que des intérêts particuliers n'exercent une influence indue.

La transparence de la communication est un autre pilier d'une réglementation efficace. L'existence et la teneur des lois doivent être connues, et le citoyen doit disposer des informations qui l'aideront à faire usage de la loi et à la respecter. Comme dans la plupart des pays de l'OCDE, toutes les nouvelles lois fédérales doivent être publiées au *Journal officiel* (accessible sur l'Internet depuis 1998). Le ministère de la Justice publie les lois importantes sur son site Web. Les autres ministères ont opté pour des formules diverses, bien qu'assez rudimentaires, en ce qui concerne la législation relevant de leurs compétences. Les *Règles communes* encouragent les rédacteurs à employer un langage correct et compréhensible. Toutefois, la formation juridique de la plupart des fonctionnaires (et des représentants des entreprises et associations de consommateurs) habitués à la précision juridique, peut atténuer l'importance accordée à la simplicité de rédaction. Il y aurait lieu d'améliorer la situation à cet égard.

L'adoption et la communication d'une loi définissent le cadre dans lequel le gouvernement s'efforcera d'atteindre un objectif. Toutefois, la mise en œuvre effective, le respect et l'exécution d'une loi sont essentiels à la concrétisation de cet objectif. Il faut également mettre en place un mécanisme de recours contre les abus réglementaires, non seulement à titre de sauvegarde démocratique, mais également en vue de recueillir les éléments susceptibles d'améliorer les réglementations. Le processus réglementaire allemand consacre peu d'attention à l'évaluation préalable des possibilités de mise en œuvre des réglementations. Les mécanismes destinés à assurer le respect et l'exécution de la réglementation sont marqués par la division des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les *Länder*, la responsabilité de l'exécution incombant généralement à ces derniers. La fonction de supervision au niveau fédéral se limite généralement à vérifier la légalité de la mise en application. Il n'existe aucun contrôle systématique du respect et des pratiques de mise en œuvre, et les mécanismes d'exécution de la législation fédérale varient entre les *Länder*, notamment en fonction des ressources qui leur sont allouées. Certains efforts tentent aujourd'hui de favoriser l'harmonisation des pratiques entre les *Länder*. Le respect fortement enraciné de l'État de droit permet d'assurer un haut niveau de respect de la réglementation.

Le principe du contrôle judiciaire est un aspect très important de la tradition administrative et juridique en Allemagne. La Constitution confère à tous les citoyens le droit de former un recours devant les tribunaux contre tous les actes administratifs. La procédure comporte plusieurs étapes, et les tribunaux examinent généralement tant la légalité que le fond des affaires dont ils sont saisis. L'accès au contrôle judiciaire est soumis à certaines conditions : la demande doit être fondée sur la violation d'un droit.

## Options autres que la réglementation

***Cette possibilité doit être développée : les solutions de rechange ne sont pas encore prises en considération systématiquement selon les principes de qualité réglementaire***

L'utilisation par les pouvoirs publics d'un large éventail de mécanismes, et pas seulement des contrôles réglementaires habituels, pour atteindre leurs objectifs favorise le recours aux approches les plus efficaces et les mieux adaptées aux besoins. Les autorités publiques doivent montrer le chemin, afin de surmonter l'inertie et l'aversion pour le risque propres à l'administration. Dans le même temps, elles doivent veiller, lorsqu'elles optent pour une solution de type incitatif comme l'autoréglementation, à maintenir la qualité de la réglementation.

L'Allemagne impose clairement aux autorités de réglementation l'obligation formelle d'envisager des solutions de remplacement et de se justifier lorsqu'elles optent pour des solutions réglementaires « traditionnelles » plutôt que pour l'autoréglementation (encadré 2.3). Cette obligation est énoncée dans les *Règles communes de procédure*. L'importance accordée ces derniers temps à la création d'un « État facilitateur » apporte un soutien politique à cette action. Dans les faits, cependant, peu d'efforts sont consentis pour concrétiser les instructions. Par exemple, les ministères se bornent presque toujours à résumer leur analyse des options de remplacement envisageables par la mention « aucune autre solution », coupant ainsi court à tout débat.

Comme dans les autres pays de l'OCDE, c'est dans le domaine de l'environnement que l'Allemagne a le plus fréquemment recours à d'autres options que la réglementation traditionnelle. Les *accords volontaires* sont très fréquents (notamment pour l'élimination des produits présentant un danger pour l'environnement). Plus de cent accords volontaires sont actuellement en vigueur. L'Allemagne a également l'un des taux les plus élevés de participation au Système de management environnemental et d'audit (EMAS) de l'UE. La majorité des accords volontaires ont atteint leurs objectifs, mais leur statut n'est pas

### Encadré 2.3. La liste de contrôle allemande pour identifier les possibilités d'alternatives réglementaires

Les *Règles communes de procédure des ministères fédéraux* stipulent que les projets de réglementation doivent être accompagnés d'un memorandum explicatif, qui doit notamment préciser :

- s'il existe des solutions possibles autres que la réglementation ;
- si l'objectif identifié peut être atteint par des parties privées ;
- les considérations qui ont conduit au rejet d'options non réglementaires.

Une annexe aux *Règles communes* contient une liste de contrôle pour identifier les opportunités d'autoréglementation :

- Quel type de dispositif réglementaire est approprié pour traiter le problème ? L'autoréglementation est-elle suffisante ? Quelles structures ou procédures l'État devrait-il mettre en place pour permettre l'autoréglementation ? L'État pourrait-il rendre l'autoréglementation obligatoire ?
- Sous réserve que la tâche puisse être exécutée par des organismes non gouvernementaux ou privés : comment garantir que les prestataires de services non gouvernementaux fourniront leurs services pour le bien commun (couverture nationale, etc.) ? Quels mesures et organismes réglementaires cela exige-t-il ? Comment assurer la rétrocession des tâches à des institutions gouvernementales en cas de mauvaise performance ?
- Le problème peut-il être résolu en coopération avec des organismes privés ? Quelles exigences faut-il imposer pour définir le cadre juridique de ces relations de coopération ? Quel est le cadre pratique approprié et nécessaire pour permettre ou appuyer ces relations de coopération en termes organisationnels ?
- Si le problème ne peut être résolu convenablement qu'en vertu d'un programme ou sur une autre base axée sur des objectifs : quel est le contenu minimum de la réglementation exigé par l'État de droit (par exemple : dispositions sur la compétence, les objectifs, les procédures, etc.) ?

Source : Gouvernement allemand (2000).

clairement défini, leurs objectifs manquent généralement d'ambition et leur efficacité peut constituer un problème.

L'Allemagne a délégué des pouvoirs de réglementation à un certain nombre d'organismes d'autorégulation, dans un cadre général défini par une loi (tableau 2.1). L'efficacité de ce type de réglementation n'est pas toujours clairement établie ; elle peut en outre avoir des conséquences restrictives sur la concurrence (par exemple, le dispositif concernant certaines professions pose problème). Un récent projet de recherche formule d'utiles suggestions relatives aux cas et aux éléments à prendre en considération pour privilégier l'autorégulation.

Tableau 2.1. **Exemples d'autorégulation en Allemagne**

Activités sectorielles/économiques	Acteurs et pouvoirs réglementaires
Artisans	Chambres des métiers et Guildes : <ul style="list-style-type: none"> <li>• adoption des textes relatifs aux examens de fin d'apprentissage ; préparation et organisation des examens (condition préalable à l'exercice d'un métier artisanal) ;</li> <li>• adoption des textes relatifs aux examens de maîtrise ;</li> <li>• surveillance des apprentissages ;</li> <li>• spécification et supervision de la formation professionnelle ;</li> <li>• co-administration des établissements d'enseignement professionnel.</li> </ul>
Avocats	Ordres des avocats (tribunaux fédéraux et locaux) : <ul style="list-style-type: none"> <li>• délivrance des diplômes d'avocat spécialisé ;</li> <li>• admission au barreau ;</li> <li>• radiation du barreau ;</li> <li>• spécification et supervision des obligations professionnelles.</li> </ul>
Experts-comptables	Ordre des experts-comptables : <ul style="list-style-type: none"> <li>• délivrance des licences d'exercice de la profession d'expert-comptable ;</li> <li>• avis obligatoires aux autorités sur l'agrément de nouveaux experts-comptables ;</li> <li>• avis sur le retrait de l'agrément ;</li> <li>• spécification et supervision des obligations professionnelles.</li> </ul>
Médecins	Ordres des médecins des <i>Länder</i> <sup>1</sup> : <ul style="list-style-type: none"> <li>• organisation de services d'urgence et de la formation continue ;</li> <li>• spécification et supervision des obligations professionnelles des médecins ;</li> <li>• spécification de la formation professionnelle des réceptionnistes ;</li> <li>• mise en place des commissions compétentes en matière de faute médicale.</li> </ul>
Pharmaciens	Ordres des Pharmaciens des <i>Länder</i> : <ul style="list-style-type: none"> <li>• organisation des services d'urgence ;</li> <li>• spécification et supervision des obligations professionnelles ;</li> <li>• spécification de la formation complémentaire.</li> </ul>

1. Conformément à la loi sur les professions de santé de Rhénanie du Nord-Westphalie.

Source : OCDE.

## Analyse d'impact de la réglementation (AIR)

### **L'AIR existe depuis longtemps, mais souffre de plusieurs faiblesses importantes**

L'AIR est peut-être l'outil le plus important dont disposent les pouvoirs publics en matière de réglementation : son objectif est en effet de garantir un choix se portant systématiquement sur les options les plus efficaces et les mieux adaptées aux besoins. Il s'agit cependant d'un processus complexe, qui a besoin de temps pour se mettre en place. L'AIR associe de bonnes pratiques de consultation et un examen rigoureux d'impact des projets de réglementation par le biais d'une évaluation claire et équilibrée de leurs coûts et avantages.

La liste bleue de 1984 a été l'une des premières initiatives dans la zone de l'OCDE pour inciter les organismes de réglementation à se pencher sur un ensemble de problèmes liés à

l'élaboration des réglementations, approche qui s'est d'ailleurs intensifiée au cours des vingt dernières années. La politique actuelle d'AIR se fonde sur la version révisée des *Règles communes* datant de 2000. Tout projet de réglementation (lois et décrets d'application) doit donner lieu à une analyse d'impact, conformément à différentes prescriptions et procédures, notamment pour les évaluations de l'impact financier concernant les budgets publics, les entreprises et les consommateurs. Toutefois, cette démarche reste peu efficace. Aucune sanction n'est officiellement prévue en cas de non-respect de la procédure. Le ministère de l'Intérieur dispose, pour veiller au respect des *Règles communes*, de faibles moyens, et les ressources consacrées au niveau fédéral à la promotion de l'AIR sont insuffisantes. Les directives et la formation proposées aux responsables de la réglementation ne sont pas adéquates ; par ailleurs, les études conceptuelles prometteuses réalisées récemment pour développer l'AIR n'ont pas encore abouti à des mesures pratiques en vue d'une application dans la gestion quotidienne des ministères. Les évaluations quantitatives, tout particulièrement, restent très limitées. Le Parlement fédéral et les Parlements des *Länder* manifestent un intérêt croissant pour l'instauration d'un système plus efficace à l'appui de leurs travaux dans le domaine législatif. Dans le même temps, un certain degré de scepticisme et de réticence demeure perceptible chez les autorités de réglementation, qui ne sont pas assez sensibilisées à l'intérêt de l'AIR et aux directives disponibles.

La liste ci-après, établie à partir des meilleures pratiques recensées par l'OCDE, définit à l'intention des autorités publiques les aspects les plus importants liés au développement du dispositif de l'analyse d'impact :

- *Maximiser l'engagement politique en faveur de l'AIR.* Le recours à l'AIR devrait être encouragé par les pouvoirs publics au plus haut niveau. L'engagement politique en faveur de l'AIR est actuellement insuffisant, et trop général, pour avoir un effet durable sur les ministères.
- *Attribuer avec soin la responsabilité des différents éléments du programme d'AIR.* La responsabilité des autorités de réglementation et les impératifs de contrôle de la qualité et de cohérence doivent être soigneusement équilibrés : il faudrait, pour ce faire, répartir les responsabilités relatives à l'AIR entre les ministères et une unité centrale de contrôle de la qualité. En Allemagne, comme dans la quasi-totalité des pays de l'OCDE, les responsabilités incombent principalement aux ministères. Le rôle des ministères ayant des responsabilités horizontales dans le domaine du contrôle de la qualité n'est pas clairement défini (voir plus haut). En outre, la responsabilité générale des initiatives visant à promouvoir l'AIR et la qualité de la réglementation n'a pas été définie ou attribuée.
- *Former les responsables de la réglementation.* Les responsables de la réglementation doivent avoir les compétences nécessaires à la réalisation d'analyses d'impact de grande qualité. Les dispositions actuelles – qui prévoient un module de deux à trois heures intégré à un programme de formation volontaire aux activités d'élaboration des lois – sont insuffisantes. Le ministère de l'Intérieur s'emploie actuellement, en coopération avec l'École fédérale d'administration, à mettre au point de nouvelles méthodes de formation.
- *Utiliser une méthode analytique cohérente, mais souple.* Pour être efficace, une AIR nécessite une analyse « coûts/avantages » reposant sur des bases solides et comprenant notamment une évaluation quantitative. Il existe des directives à cet égard, mais elles ne sont pas appliquées.
- *Mieux cibler l'action concernant l'AIR.* Les ressources disponibles pour l'AIR doivent être affectées aux projets de réglementation susceptibles d'avoir le plus d'impact et offrant

les meilleures perspectives de changement. Les directives actuelles ne contiennent aucune recommandation sur ce point.

- *Élaborer et mettre en œuvre des stratégies de collecte des données.* L'utilité des évaluations quantitatives effectuées dans le cadre des AIR dépend des données sur lesquelles elles reposent ; on sait que le manque d'informations est source de problèmes. Ici encore, il est essentiel d'élaborer des directives à l'intention des ministères.
- *Intégrer l'AIR au processus d'élaboration des politiques.* Une gestion efficace de l'AIR n'est possible que si celle-ci est intégrée, à un stade aussi précoce que possible, au processus d'élaboration des politiques, au lieu d'être simplement une étape supplémentaire une fois que les décisions ont été prises. Il importe, pour que les ministères évoluent dans cette direction, que les incitations soient plus fortes, que les décideurs soient plus fermement convaincus de l'intérêt de l'AIR, et, le cas échéant, que des sanctions soient prévues en cas de non-respect de ce principe d'intégration.
- *Communiquer les résultats et associer le public.* La consultation est un moyen essentiel de contrôle de la qualité en fournissant des informations en retour sur la faisabilité d'un projet de réglementation et son impact potentiel. Les AIR font rarement partie des documents examinés lors des consultations publiques organisées par les ministères ; en outre, les notes introductives concernant les projets de réglementation se bornent à mentionner brièvement les coûts probables pour les entreprises et les particuliers.

## Mise en place d'autorités de régulation

### **Les autorités de régulation allemandes sont généralement bien conçues, mais la transparence doit être améliorée**

Dans la plupart des pays de l'OCDE, les réformes structurelles accomplies pour favoriser la concurrence sur les marchés se sont accompagnées de la création d'autorités de régulation indépendantes. Celles-ci représentent désormais un élément essentiel pour une bonne gestion de la réglementation. La mise en place d'autorités pleinement efficaces n'est pas cependant sans problèmes. Ces institutions doivent se montrer compétentes, responsables et indépendantes, imperméables aux influences politiques à court terme et capables de ne pas tomber sous la coupe de groupes d'intérêt, tout en étant réceptives aux priorités politiques générales ; elles doivent aussi être dotées de procédures décisionnelles qui tiennent compte des spécificités du secteur réglementé, tout en garantissant la transparence et la liberté d'accès aux intéressés. La portée des fonctions et des pouvoirs assignés à ces autorités est le facteur décisif pour déterminer au mieux leur conception, laquelle dépend également du contexte institutionnel.

Aucune politique générale ne régit la création d'autorités de régulation en Allemagne ; celles-ci présentent néanmoins d'importantes caractéristiques communes. Dans la plupart des cas, elles sont établies par la loi en tant qu'autorités fédérales supérieures responsables devant le ministère compétent. Elles jouissent dans l'ensemble d'une large autonomie, tout en restant proches de leur ministère au plan politique. Les autorités de régulation sont généralement réputées pour leur professionnalisme et leur intégrité. La grande liberté qui leur est accordée en matière de consultation et de communication pour les nouvelles réglementations explique la diversité des pratiques. On pourrait accroître la transparence en optant pour une démarche plus systématique dans des domaines comme la communication des décisions et les relations avec le Parlement.

On trouvera ci-après un aperçu général des autorités de régulation qui existent actuellement pour les services ferroviaires, financiers et postaux, les télécommunications, les produits pharmaceutiques, la sécurité des produits alimentaires, les assurances sociales et la politique de la concurrence en général. Une autorité de régulation est prévue pour les secteurs du gaz et de l'électricité. Il serait utile de procéder, en vue de sa mise en place, à un examen approfondi et systématique de différents aspects liés à sa conception, en tenant compte de l'expérience d'autres pays de l'OCDE, mais aussi de celle de l'Allemagne (en particulier pour ce qui concerne l'autorité de régulation des télécommunications, la RegTP).

- **Pouvoirs** : les autorités de régulation ont essentiellement pour tâche d'assurer l'application et l'exécution de la réglementation, les aspects politiques étant du ressort des ministères.
- **Indépendance** : elles jouissent généralement d'un degré élevé d'indépendance, qui résulte à la fois de garanties légales et du choix politique des ministères.
- **Responsabilité** : d'un point de vue juridique, les autorités de régulation rendent compte au ministère dont elles relèvent. Elles sont toutefois habilitées à prendre les décisions finales à caractère individuel, qui peuvent être contestées devant les tribunaux. Leur responsabilité politique se concrétise sous la forme de rapports d'activité annuels ou semestriels.
- **Communication** : le degré de transparence est très variable : il n'existe aucune règle ou directive générale. Certaines autorités de régulation diffusent leurs décisions sur le Web ; le BKartA, le BAFin et la RegTP doivent les publier au *Journal officiel*.
- **Direction et nominations** : les autorités de régulation sont dirigées par un président et un vice-président nommés à l'issue d'un processus politique. La loi prévoit la création de conseils consultatifs pour le BAFin et la RegTP ; ils sont chargés de suivre les activités de ces autorités.
- **Ressources/financement** : La majeure partie des ressources mises à la disposition des autorités de régulation proviennent du budget fédéral et sont intégrées au budget du ministère concerné. Le financement par le biais de droits et de taxes varie de 2.92 % (BVA – autorité de régulation des assurances sociales) à 100 % (BAFin).
- **Procédures de consultation et de prise de décision** : La loi sur la procédure administrative établit un cadre général. Les *Règles communes de procédure* ne s'appliquent pas aux autorités de régulation, qui ont adopté des mécanismes décisionnels différents. Ceux-ci ne font l'objet d'aucun contrôle ni d'aucune évaluation de la part des pouvoirs publics.
- **Voies de recours** : Le recours en première instance doit généralement être exercé auprès de l'autorité de régulation elle-même (s'agissant de la RegTP, cependant, l'affaire doit être portée directement devant le tribunal compétent). La mise en œuvre de la décision de l'autorité de régulation est généralement suspendue si une action en justice est intentée.
- **Coordination**. Il n'existe pour ainsi dire pas de directive ni de cadre général. Les ministères décident au cas par cas d'inviter ou non une autorité de régulation à une consultation. Seule la RegTP, parmi les autorités sectorielles, est tenue de consulter le *Bundeskartellamt* sur les questions de concurrence. Les pouvoirs qu'exercent chacun de leur côté le BKartA et les autorités de régulation assurent, grâce aux mécanismes mis en place à cet effet, une certaine cohérence entre autorités de régulation et principes de concurrence. Il existe une large coordination horizontale entre les autorités de régulation.

## Actualisation de la réglementation

### **Une approche plus systématique serait très utile**

Depuis le milieu des années 80, le programme visant à assurer la qualité de la réglementation en Allemagne est axé principalement sur la réduction des charges administratives, à l'initiative du ministère de l'Intérieur. Une attention toute particulière est accordée aux PME, auxquelles une unité est consacrée au sein du ministère de l'Économie et du Travail. L'Initiative 2003 pour l'allègement de la bureaucratie (cf. partie I) regroupe un certain nombre d'initiatives et offre une plateforme ambitieuse ; toutefois, la manière dont les objectifs pourront être atteints n'apparaît pas encore très clairement. Certaines initiatives récentes prises au niveau fédéral afin de réduire les charges administratives sont énumérées dans l'encadré 2.4. Les mesures s'appliquent essentiellement au cas par cas et *ex post*, sans objectifs spécifiques. L'incapacité de l'autorité fédérale à promouvoir certaines politiques dans des domaines où les charges administratives sont particulièrement lourdes pose un problème. Une coopération plus étroite entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des *Länder*, ainsi que des mesures susceptibles d'inciter ces derniers à soutenir les stratégies destinées à réduire ces charges, pourraient contribuer à régler ce problème.

De nombreux pays de l'OCDE, dont l'Allemagne, sont confrontés à la difficulté de définir et d'évaluer les charges administratives imposées par les réglementations nouvelles ou par celles qui sont en vigueur. La situation manque de clarté, si bien que les gouvernements, mal informés des charges qui pèsent sur les entreprises, ne sont pas en mesure d'améliorer la situation par des choix politiques éclairés. Certains pays appliquent cependant des méthodes novatrices pour surmonter ce problème (encadré 2.5).

Comme la plupart des autres pays de l'OCDE, l'Allemagne a accumulé un volume considérable de réglementations et de formalités administratives. Elle a consacré des efforts importants au réexamen de sa législation, abrogeant à cette occasion quantité de lois et règlements (tableau 2.2). Les nouvelles réglementations abrogent souvent celles qu'elles remplacent. Certaines dispositions sont très utiles à cet égard. Les *Règles communes de procédure* donnent des orientations concernant ce réexamen (par exemple : les mémorandums explicatifs doivent indiquer si une échéance peut être appliquée à la loi concernée). Toutefois, le recours aux durées de validité limitée est rare et on ne fixe généralement pas de critères préalables de réexamen. Les obligations d'information astreignent et/ou autorisent les autorités de réglementation à mettre l'accent sur les révisions souhaitables en fonction de leur expérience. Par ailleurs, des commissions indépendantes ont souvent été sollicitées pour réviser et simplifier la réglementation, et pour remodeler les structures et les procédures administratives.

Cependant, il n'existe pas de ligne de conduite systématique pour la révision des lois ; de plus, les orientations définies dans les *Règles communes de procédure* ne sont pas rigoureusement prises en compte par les autorités de réglementation. Un soutien politique plus marqué est indispensable à cet égard.

### Encadré 2.4. Initiatives fédérales récentes de réduction des charges administratives

**Boîte à suggestions.** En 2001, le ministère de l'Économie et du Travail a publié un rapport contenant 80 mesures visant à réduire les charges administratives. Ces mesures ont fait suite à une enquête invitant en 1999 les organisations patronales et les entreprises à proposer des solutions concrètes pour alléger les charges imposées aux entreprises<sup>1</sup>. Ces mesures – dont certaines sont encore en cours de mise en place – consistent essentiellement en ajustements marginaux et pratiques des procédures administratives existantes. Aucune évaluation des économies ou autres avantages attendus de ce projet n'a été réalisée.

**La mairie numérique.** Un projet pilote, Media@Komm, lancé en 2000 dans trois communes, met en ligne un grand nombre de services proposés par les autorités locales. L'objectif est de simplifier et d'accélérer les opérations entre les administrés et les autorités locales et d'améliorer les procédures administratives internes. Les services disponibles en ligne comprennent les demandes de permis de construire, les appels d'offres publics, les dispositifs de promotion des entreprises et diverses obligations déclaratives.

**Numéro standard national d'entreprise.** Un projet pilote lancé en Bavière en 2002 introduit l'emploi de numéros standards nationaux pour les entreprises. Ce projet devrait être étendu à l'ensemble du pays le 1<sup>er</sup> janvier 2005.

**Assurance maladie : simplification de la communication et standardisation.** En 2000, les caisses d'assurance maladie ont normalisé leurs formulaires de prestations. Un système mis au point par le ministère de l'Économie et du Travail a permis la mise en place de procédures de communication électroniques et simplifiées entre les employeurs et les caisses. On ne dispose d'aucune information sur les économies réalisées ni sur les autres effets.

**Déclaration en ligne.** Depuis 2000, les entreprises allemandes peuvent utiliser l'Internet pour transmettre les informations obligatoires à l'Office fédéral des statistiques dans le cadre de certaines enquêtes. Les informations demandées par d'autres autorités sont communiquées en utilisant d'autres moyens, dont certains électroniques.

« **Carte d'emploi** ». Un projet pilote lancé en 2002 a introduit une Carte d'emploi à l'intention des salariés. Cette carte et les logiciels correspondants permettront au service public de l'emploi d'accéder par voie électronique aux informations sur les recherches d'emploi des chômeurs, sur leurs périodes d'emploi et leur niveau de rémunération, etc. Ce projet vise à accélérer et à faciliter l'acceptation des demandes d'indemnisation. On ne dispose d'aucune information sur les économies ni sur les autres résultats, escomptés ou effectifs, de ce projet.

**Lois et règlements en ligne.** Le ministère de l'Économie et du Travail prévoit de rendre disponibles sur Internet, d'ici le milieu de l'année 2003, les informations sur la réglementation et les procédures concernant la création d'une entreprise.

**BundOnline 2005.** Lancé en 2000, le programme du gouvernement allemand de mise en ligne de l'administration « BundOnline 2005 » a pour principal objectif de mettre en ligne d'ici à 2005 les quelque 400 services pour lesquels c'est possible. Ce projet devrait aussi entraîner de vastes réformes de l'administration en simplifiant considérablement les structures administratives et les procédures internes. Dirigé par le ministère de l'Intérieur, ce projet est doté d'un budget total de EUR 1.43 milliard consacré essentiellement aux applications spécialisées dans les administrations et aux projets de réorganisation<sup>2</sup>. Le gouvernement escompte que BundOnline 2005 permettra d'économiser € 400 millions par an lorsque sa mise en œuvre sera achevée. En juillet 2003, un total de 200 procédures fédérales et services administratifs fédéraux étaient disponibles via le portail fédéral [www.bund.de](http://www.bund.de).

1. Cependant, 71 % des réponses ne portaient pas sur une réglementation particulière ou ne parvenaient pas à indiquer des charges ou obstacles concrets résultant d'une réglementation identifiée (ministère de l'Économie et du Travail, 2001, 5-6). On peut aussi considérer qu'elles traduisent la difficulté pour les grandes organisations allemandes, fondées sur le consensus, de formuler des propositions spécifiques de réduction des charges administratives. La plupart des réglementations administratives présentant des avantages pour ceux de leurs membres qui ont un droit de veto, les organisations patronales ont dû parfois formuler à l'intention du gouvernement des recommandations générales sur les modalités de réduction des charges administratives.

2. Ministère de l'Intérieur, 2003.

### Encadré 2.5. **Suivi et mesure des charges administratives**

Les **États-Unis** appliquent un programme très élaboré, global et centralisé, d'analyse et de clarification des obligations de chaque organisme public en matière de collecte d'informations. La loi sur la réduction des formalités administratives vise à réduire au minimum les charges administratives que la collecte d'informations par les organismes fédéraux impose au public. Cette loi stipule que tous les organismes fédéraux doivent obtenir l'autorisation de l'*Office of Management and Budget* (OMB) pour pouvoir collecter des informations auprès du public. Il incombe à l'OMB d'évaluer la demande de collecte d'informations présentée par l'organisme en comparant l'utilité concrète de ces informations pour l'organisme et la charge qui en résulte pour le public. Les organismes doivent publier la demande de collecte d'informations projetée au *Federal Register* en laissant un délai de 60 jours au public pour formuler ses commentaires. L'organisme qui demande l'autorisation de l'OMB doit démontrer que la collecte d'informations est le moyen le plus efficace d'obtenir les renseignements nécessaires à la bonne exécution de ses fonctions, que cette collecte ne fait pas double emploi avec celles qu'il effectue par ailleurs, et qu'il utilisera concrètement les informations collectées. Il doit en outre certifier que la collecte d'informations projetée « réduit dans toute la mesure du possible » la charge imposée aux répondants, notamment les petites entreprises, les administrations locales et les autres petites entités. Depuis 1980, l'OMB a défini divers objectifs quantitatifs de réduction des charges liées à la collecte d'informations.

La méthodologie MISTRAL mise au point et appliquée aux **Pays-Bas** est un autre exemple de système avancé de mesure des charges administratives. MISTRAL comporte trois phases : premièrement, tous les « transferts de données » (par exemple : un document, un appel téléphonique, une inspection) entre une entreprise et une autorité publique sont clairement identifiés ; deuxièmement, le temps consacré à chacun de ces transferts et le niveau de compétence de la personne accomplissant la tâche sont déterminés ; troisièmement, les données servent à établir une estimation des charges administratives résultant de l'obligation d'information. Les charges sont quantifiées en temps et en argent. MISTRAL a été utilisée pour déterminer les coûts administratifs de réglementations très variées, notamment celles concernant les conditions de travail, l'environnement, les comptes annuels, la fiscalité des sociétés et les cotisations sociales. Le gouvernement néerlandais a fixé une série d'objectifs de réduction de ces charges administratives : moins 10 % en 1998 et moins 25 % en 2003 par rapport à 1994, année de référence.

La **Norvège** a elle aussi un système sophistiqué de mesure et de suivi des charges administratives imposées aux entreprises. Le Registre des obligations déclaratives des entreprises dresse l'état constamment actualisé des obligations de déclaration des entreprises auprès de l'administration centrale. La loi fait obligation aux autorités publiques de coordonner les demandes d'informations qu'elles adressent aux entreprises. Ce registre dresse également un état des autorisations nécessaires pour exercer diverses activités industrielles et renseigne sur la manière d'obtenir ces autorisations. Chaque année, le registre publie des estimations pour l'ensemble des obligations déclaratives imposées aux entreprises par l'administration centrale. Le registre est responsable de la méthodologie et de l'estimation des charges ; il incombe essentiellement aux autorités administratives, à titre individuel, de mesurer la charge effective d'une obligation déclarative. Les charges sont mesurées en temps consacré aux formulaires et au travail préparatoire lié à l'obligation déclarative. La Norvège n'a pas d'objectif quantitatif, à l'échelle de toute l'administration, de réduction des charges administratives.

Source : OCDE (2003a).

Tableau 2.2. **Lois fédérales et règlements fédéraux abrogés en Allemagne**

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002 <sup>1</sup>
Lois	29	15	48	15	12	21	34	14	12	40	20
Règlements	114	127	170	79	89	157	172	89	74	125	122
<b>Total</b>	<b>143</b>	<b>142</b>	<b>218</b>	<b>94</b>	<b>101</b>	<b>178</b>	<b>206</b>	<b>103</b>	<b>86</b>	<b>165</b>	<b>142</b>

1. Au 7 novembre 2002.

Source : Gouvernement allemand.

## Conclusion

La politique actuelle de l'Allemagne dans le domaine de la réglementation repose sur plusieurs bases solides : un cadre cohérent de règles très respecté, la recherche du consensus pour l'élaboration des réglementations et une administration reconnue pour sa fiabilité et son intégrité. Il faudrait néanmoins que ces atouts soient complétés et confortés par d'autres éléments qui n'existent pas actuellement, afin que la politique réglementaire puisse étayer, pleinement et efficacement, une prise de décision éclairée. Encore tout récemment, la politique réglementaire était axée sur la question importante, mais quelque peu limitée, de la réduction des charges administratives, en particulier celles qui pèsent sur les PME. Or, la qualité de la réglementation ne peut se ramener à cette seule dimension. Les efforts déployés ces derniers temps pour développer l'AIR – instaurée très tôt – attestent une prise de conscience croissante, de la part du gouvernement, de la nécessité d'aller plus loin. En dépit de cette volonté, l'AIR n'est toujours pas devenue un instrument utilisable pour une évaluation générale et efficace des réglementations. Le système réglementaire allemand est complexe ; il existe en outre un large fossé, du point de vue de la mise en œuvre, entre les outils disponibles et les pratiques réglementaires ; la culture administrative est empreinte d'un grand juridisme, ce qui se traduit par l'utilisation très limitée des évaluations quantitatives fondées sur des données factuelles ; enfin, des problèmes de transparence et d'accessibilité se posent pour certaines parties prenantes.

On peut distinguer aujourd'hui trois approches complémentaires susceptibles d'améliorer la gouvernance réglementaire en Allemagne. La première consisterait à promouvoir une méthode à la fois plus systématique et cohérente pour la consultation et la communication ; il s'agirait également de finaliser sans attendre les mesures prévues pour renforcer l'AIR. La deuxième viserait à améliorer le cadre des institutions et des procédures. De nombreux pays de l'OCDE ont constaté qu'une définition claire de la politique réglementaire est la meilleure garantie de succès de cette politique, mise au point et suivie par une commission permanente de hauts fonctionnaires et/ou de parties prenantes et s'appuyant sur une unité de l'administration centrale dotée des moyens et des compétences nécessaires pour orienter, surveiller et éventuellement contrôler les procédures réglementaires. L'amélioration du cadre réglementaire suppose aussi qu'on prête davantage attention à la transparence des autorités de réglementation et qu'on réexamine la structure actuelle des financements entre niveaux d'administration afin d'encourager, par des incitations économiques plus convaincantes, une meilleure maîtrise des coûts, notamment par des analyses plus approfondies du rapport coûts/avantages. La troisième approche aurait pour objet de susciter une culture administrative propice à la gestion de la qualité de la réglementation, complétant les aspects juridiques par des éléments économiques visant à rendre plus efficiente la réglementation. La réalisation de progrès sur ces trois points ouvrirait la voie à une politique réglementaire très complète et très efficace.

## Options de politique à envisager

### 1. Comblent le fossé entre la politique réglementaire et les pratiques mises en œuvre.

Le problème immédiat pour la gouvernance réglementaire en Allemagne est de combler le fossé entre la politique réglementaire et les pratiques mises en œuvre en renforçant et en améliorant le substrat politique, institutionnel et pratique d'une réglementation de haute qualité. Pour ce faire, on pourrait élargir, adapter et transformer les instruments et concepts opérationnels actuels, de façon à mettre en place des pratiques réglementaires cohérentes et systématiques. Renforcer et améliorer le socle actuel de cette action – sur le plan politique, institutionnel et pratique – tel est l'objet des recommandations ci-après.

### 2. Renforcer la politique réglementaire en définissant une politique unique pour l'ensemble des administrations.

Il faudrait que l'Allemagne ait pour priorité permanente de renforcer sa politique réglementaire, en adoptant une démarche intégrée pour l'utilisation des instruments, procédures et institutions réglementaires. Plusieurs programmes et engagements des pouvoirs publics traitent de différents aspects de la politique réglementaire en Allemagne, mais en privilégiant les projets ponctuels axés sur un examen *a posteriori* et sur la réduction des charges administratives. L'Allemagne n'a pas une politique unique, explicitée ou rendue publique, à même de promouvoir une stratégie réglementaire dans l'ensemble des administrations. Un grand nombre d'éléments de politique réglementaire sont mis en œuvre ponctuellement, en fonction du poids politique des différents ministres, sans pouvoir s'appuyer sur une structure de gestion permanente, interadministrative et institutionnalisée. Les responsables de l'élaboration des politiques et les fonctionnaires ne sont guère incités à appliquer de façon cohérente et systématique les directives de politique réglementaire déjà en place. Une politique explicite de qualité de la réglementation à l'échelle de l'ensemble des administrations, appliquée par des institutions adéquates et dotée des instruments juridiques nécessaires, ferait bien davantage fructifier les réformes en Allemagne. Il est tout aussi important de passer à l'utilisation systématique d'évaluations et de données empiriques quantitatives pour la prise de décision dans le domaine réglementaire et pour le réexamen et la révision des réglementations en vigueur.

### 3. Désigner une commission ministérielle permanente chargée de promouvoir la politique réglementaire.

Dès lors que la politique réglementaire serait adoptée au niveau le plus élevé, il faudrait créer une commission ministérielle permanente ou modifier en ce sens une commission existante pour en appuyer la mise en œuvre. Cette commission ferait en sorte que les ministères soient davantage responsables des résultats de la réforme réglementaire, grâce à une procédure systématique de contrôle par laquelle les ministres rendraient compte de leur action. Une telle commission pourrait être particulièrement utile dans le contexte de l'adoption ou du réexamen de la politique réglementaire et elle donnerait l'impulsion nécessaire à une mise en œuvre efficace de cette politique. Dans le passé, les commissions *ad hoc* de fonctionnaires chargées de certains aspects de la politique réglementaire ne sont pas parvenues à infléchir l'action politique dans le sens d'une stratégie réglementaire globale et systématiquement appliquée. Des dispositifs de ce type, visant à mobiliser les instances politiques et à les responsabiliser à l'égard de la réforme de la réglementation, ont été mis en place avec succès aux Pays-Bas et en Corée du Sud.

#### **4. Doter une unité technique de l'administration centrale des moyens nécessaires pour promouvoir la qualité de la réglementation.**

Le gouvernement allemand devrait doter une unité de l'administration centrale du mandat et des ressources nécessaires – en particulier dans le domaine de l'expertise économique – pour promouvoir, enrichir, appuyer et évaluer une politique réglementaire globale à l'échelle de l'ensemble de l'administration. Actuellement, les critères, les sanctions et les moyens en personnel disponibles pour faire respecter les obligations en matière d'AIR sont insuffisants. L'unité centrale dotée de moyens plus importants et plus crédibles superviserait le dispositif d'AIR et donnerait des avis techniques sur le fond – et non pas simplement sur la qualité technique – des mesures envisagées. Elle pourrait aussi assurer une formation et donner des conseils sur l'utilisation des instruments réglementaires. Dans le cadre de cette action, une évaluation des instruments et procédures réglementaires serait un outil essentiel d'information en retour pour l'amélioration et la révision permanentes de la politique réglementaire. Une autre solution pourrait être de confier à cette unité une fonction officielle d'analyse critique des projets de réglementation des ministres.

#### **5. Mettre en place des normes pour les procédures de consultation et améliorer l'accessibilité de la réglementation en vigueur.**

Il est possible d'améliorer les mécanismes actuels de consultation et de communication. Il faudrait accroître la transparence de la réglementation en mettant en place des normes formelles pour les procédures de consultation et en améliorant l'accessibilité de la réglementation en vigueur. La latitude laissée aux ministères et l'absence de normes minimales en ce qui concerne le calendrier, le contenu, les modalités et la portée des procédures de consultation posent des problèmes de coût, de transparence et d'accessibilité pour les parties qui en connaissent mal le fonctionnement ou qui n'interviennent pas fréquemment dans ce contexte. Le gouvernement allemand devrait instaurer des obligations claires et uniformes de consultation pour toutes les réglementations fédérales, à savoir une procédure d'« avis et commentaires » comportant des normes minimales pour le calendrier, le contenu, les modalités et la portée de cette procédure ; mettre à disposition sur l'Internet une base de données unique, facilement consultable, gratuite et consolidée pour toutes les lois fédérales et tous les règlements fédéraux ; établir une procédure d'avis et commentaires remplaçant ou complétant la procédure actuelle, qui consiste à ne consulter que certaines parties ; envisager de rendre publiques les réactions aux documents soumis à consultation ; améliorer et accroître l'information à la disposition du public sur la réglementation envisagée, par exemple en s'appuyant davantage sur les informations déjà disponibles dans le cadre des systèmes internes de planification ; limiter la prolifération des procédures administratives spécifiques à un secteur et veiller à réduire le nombre des exceptions.

#### **6. S'assurer qu'une analyse minutieuse vient appuyer le souci de promouvoir l'autoréglementation et les autres options.**

Il faudrait que l'Allemagne encourage et appuie un examen systématique de l'autoréglementation et des autres alternatives à la réglementation pour les nouveaux projets de réglementation. L'utilisation de l'autoréglementation et de solutions qui se fondent sur un droit incitatif devrait être examinée avec le même soin et dans les mêmes conditions de transparence et d'accessibilité que pour la réglementation traditionnelle. Il faudrait également élaborer des directives axées sur des cas concrets et comportant des

exemples et des critères régissant le recours à des options autres que la réglementation. Il faut davantage sensibiliser les autorités réglementaires aux avantages que peuvent offrir ces solutions et il faut aussi mieux surveiller le respect de l'obligation de les prendre en compte.

### **7. Remédier aux insuffisances décelées dans la procédure d'AIR.**

Les obligations et directives actuelles concernant l'AIR constituent une base solide pour apporter les améliorations nécessaires aux pratiques en matière d'AIR. Dans un premier temps, il faudrait que le gouvernement allemand fasse en sorte que les obligations dans ce domaine soient appliquées de façon systématique et cohérente, en dotant des ressources et des compétences qui s'imposent une unité de l'administration centrale chargée de surveiller, d'orienter et, le cas échéant, de sanctionner le non-respect de ces obligations (voir ci-dessus). Il faudrait en particulier que tout projet de réglementation soumis à une consultation publique soit obligatoirement accompagné d'une AIR. À partir de la conception actuelle de l'AIR, le gouvernement allemand devrait envisager de subdiviser la procédure d'AIR en deux ou trois phases, de façon à obtenir suffisamment tôt des réactions bien informées et adaptées aux projets de réglementation. Ainsi pourrait-on mieux cibler l'action et les moyens sur le seul impact des grandes réglementations. Il faudrait aussi revoir les directives concernant l'AIR et les regrouper, afin qu'elles soient plus opérationnelles et mieux adaptées au mécanisme réglementaire effectif, en les doublant de préférence d'une clarification des obligations des ministères lors de la procédure séquencée d'AIR. Il faudrait en outre que le gouvernement renforce la responsabilité à l'égard de l'AIR en faisant en sorte que le ministère compétent garantisse par son visa la qualité de l'analyse d'impact soumise au gouvernement et au Parlement.

### **8. Envisager la mise en place d'un cadre général de gouvernance réglementaire pour les autorités indépendantes de régulation.**

L'Allemagne devrait envisager d'établir un cadre général de responsabilité et d'assurance qualité pour les mécanismes mis en œuvre par les autorités indépendantes de régulation. Le système allemand d'autorités de régulation a été mis en place ponctuellement et il est conçu spécifiquement pour les secteurs et caractéristiques des marchés à l'égard desquels ces autorités sont compétentes. Cette solution comporte de nombreux avantages qu'il ne faut pas sacrifier. Toutefois, l'Allemagne devrait envisager de mettre en place un cadre général pour l'utilisation de l'AIR, les dispositifs de communication et de consultation et les autres mesures d'assurance de la qualité appliquées par les autorités indépendantes de régulation. Un tel cadre pourrait être très bénéfique en ce qu'il améliorerait la transparence et renforcerait la responsabilité. En ce qui concerne l'examen actuel de la conception d'une nouvelle autorité indépendante de régulation pour le gaz et l'électricité, il faudrait que l'Allemagne tire parti de l'expérience d'un grand nombre d'autres pays de l'OCDE.

### **9. Élaborer une stratégie et une méthodologie pour l'estimation et le suivi des coûts du respect de la réglementation.**

Il faudrait que l'Allemagne poursuive l'effort récemment engagé dans le cadre de l'Initiative pour l'allègement de la bureaucratie afin de fixer des objectifs aux projets de réduction des charges. Vu l'importance politique accordée à l'allègement des charges administratives, il conviendrait d'établir des mécanismes et des procédures de quantification des charges administratives et d'intégrer systématiquement cette évaluation à la procédure d'AIR. Mesurer les charges existantes peut être un outil essentiel

d'information pour mettre au point une politique d'allégement et pour évaluer les mesures qui ont été prises à cette effet. Il faudrait que le gouvernement allemand assigne autant que possible des objectifs quantitatifs aux mesures de simplification administrative actuelles ou futures. Il faudrait aussi qu'il poursuive ses efforts de définition d'une stratégie nationale d'allégement des charges administratives qui engage de façon crédible la Fédération et les Länder.

**10. Encourager, en particulier par la formation, la diffusion d'une culture administrative propice à la gestion de la qualité de la réglementation.**

Il faut poursuivre l'action menée pour ancrer les bonnes pratiques réglementaires non seulement dans les directives de procédure, mais aussi dans la culture de l'administration publique. Les mesures qui ont été prises s'appuient sur des critères de qualité marqués par un juridisme excessif. Certains services administratifs se sont rendus compte des effets bénéfiques que comporte l'intégration de l'analyse d'impact de la réglementation à un stade précoce de la prise de décision. Il faut étendre cette approche si l'on veut que la mise en place d'une réglementation de haute qualité se généralise et devienne une constante de l'action des pouvoirs publics. On pourrait favoriser cette culture administrative en faisant en sorte que la gestion de la qualité de la réglementation soit l'une des composantes de la formation des fonctionnaires de grade élevé ou intermédiaire participant à la procédure réglementaire.

PARTIE II  
*Chapitre 3*

## Politique de la concurrence\*

\* Pour plus d'informations, voir le rapport de référence sur « Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation » disponible sur le site [www.oecd.org/regreform/backgroundreports](http://www.oecd.org/regreform/backgroundreports).

## Contexte et historique

### ***La politique allemande de la concurrence trouve ses racines dans un passé industriel fortement cartellisé***

Le droit et la politique de la concurrence occupent une place centrale dans le contexte économique et politique allemand et sont profondément enracinés dans l'histoire du pays. La forte croissance économique qui a accompagné l'industrialisation et l'unification dans la deuxième partie du XIX<sup>e</sup> siècle reposait sur la conviction que le marché libre avait de nombreux mérites. Cependant, à mesure que l'économie a commencé à connaître les cycles industriels avec une alternance de périodes d'expansion et de récession, la perception de la concurrence a évolué. Il est apparu que celle-ci devait être contrôlée et, en réponse aux crises, les entreprises ont commencé à coopérer par le biais d'accords concernant la production et les capacités. En 1900, il existait 400 cartels établis, ce qui constituait apparemment une caractéristique permanente de l'économie. Ils étaient plus nombreux, plus importants et plus durables que partout ailleurs dans le monde industrialisé. Les dirigeants politiques ne s'y opposaient pas fondamentalement (les cartels contribuaient à souder le nouvel État allemand) et les théoriciens de l'économie avaient tendance à soutenir les cartels, en mettant l'accent sur l'importance de ces institutions pour maîtriser l'industrialisation, afin de réduire les effets dommageables des mécanismes du marché sur les producteurs. Dans un arrêt marquant de 1897 (*Sächsischer Holzstoffkartell*), le Tribunal d'Empire avait jugé que les cartels étaient dans l'ensemble bénéfiques en ce qu'ils protégeaient les entreprises de la ruine et permettaient de maintenir des prix suffisants. Ainsi s'établit la règle juridique fondamentale selon laquelle les ententes étaient valides et exécutoires, étant entendu néanmoins qu'une entente ayant pour objectif de créer un monopole de fait ou d'exploiter les consommateurs pouvait être démantelée.

Toutefois, on s'est préoccupé de plus en plus des effets nuisibles des cartels, notamment pour les consommateurs et les PME. Après la Première Guerre mondiale, le gouvernement allemand fut le premier en Europe à mettre en place des lois et des institutions destinées spécifiquement à garantir la concurrence et à réprimer les abus. Le règlement de 1923 contre les abus de pouvoir économique faisait partie des mesures d'urgence visant à maîtriser l'inflation en encourageant le libre jeu des mécanismes du marché ainsi que la responsabilité sociale des entreprises. Un organisme administratif (le « tribunal » des cartels) a été créé afin de statuer sur les affaires de concurrence. Bien qu'elles aient fait l'objet de controverses, ces mesures ont mis en avant pour la première fois la nécessité de garantir la concurrence dans l'intérêt des consommateurs et sont devenues un modèle pour les politiques de la concurrence en Europe.

### ***L'économie sociale de marché de l'après-guerre a fait de la politique de la concurrence une pierre angulaire du nouveau système***

Un nouveau système a été mis en place afin de répondre aux besoins spécifiques de l'Allemagne après la Deuxième Guerre mondiale ; ce système s'inspirait cependant des expériences pratiques et des réflexions politiques du passé (encadré 3.1). Le droit et la

### Encadré 3.1. **La politique de la concurrence en tant que constitution économique : le fondement ordo libéral de l'économie sociale de marché**

Dans l'Allemagne d'après-guerre, la conception de l'économie sociale de marché représente une approche originale et globale de la gestion des entreprises, des relations du travail, du bien-être social et des politiques gouvernementales, notamment en ce qui concerne la politique de la concurrence. Les entreprises doivent rendre des comptes sur le plan social tout autant qu'économique, en ce sens qu'elles sont responsables vis-à-vis des acteurs de la communauté, comme vis-à-vis des actionnaires, des salariés, des clients et des fournisseurs.

Le dynamisme intellectuel sur lequel repose ce système ainsi que le droit allemand de la concurrence de l'après-guerre, trouve son origine à Fribourg-en-Brisgau où, dans l'entre-deux-guerres, un groupe de professeurs de droit et d'économie ont refondé le libéralisme de manière à jeter un pont entre les responsabilités du secteur public et du secteur privé. L'un de ces professeurs était un ancien membre du Bureau des cartels du ministère de l'Économie ; il apportait donc à ce projet sa riche expérience. Ce groupe partait du principe qu'un système économique reposant sur la concurrence était nécessaire à la prospérité et à la liberté, en précisant cependant que, pour atteindre ces résultats, le marché devait être placé dans un cadre constitutionnel.

Les libéraux de Fribourg pensaient que la république de Weimar s'était effondrée parce que son système juridique n'avait pu empêcher les puissances économiques privées de saper les institutions politiques et sociales.\* Ils accusaient à la fois les théories économiques classiques et le positivisme juridique traditionnel, qui prêtaient une attention excessive aux questions de forme. Le formalisme économique négligeait les impacts sociaux et le formalisme juridique était devenu un instrument à la solde des intérêts en place. Ils reconnaissaient cependant que, pour être utile, l'approche « historique » de l'économie avait besoin de fondements historiques.

L'« ordo-libéralisme » acceptait la doctrine économique classique ainsi que certains principes libéraux traditionnels, notamment l'importance de la concurrence pour le succès économique, de même que le lien entre liberté économique et liberté politique. Vu la manière dont la puissance économique privée avait perverti les gouvernements, l'École de Fribourg appela à l'abolition des monopoles. Le raisonnement était que l'économie pouvait intégrer la société sur la base de principes démocratiques, mais uniquement si elle fonctionnait équitablement en offrant des chances égales de participation.

Cette conception était « constitutionnelle » en ce sens où elle énonçait des principes juridiques que les gouvernements seraient dans l'obligation de respecter. Cette constitution économique serait élaborée sur la base de décisions juridiques et politiques. En fait, l'ordo-libéralisme renversait le postulat du libéralisme traditionnel : au lieu de séparer l'économie du droit et de la politique, il supposait que le succès de l'économie dépendait de sa relation organique avec ces derniers.

L'économie définirait les conditions d'une concurrence « complète » où aucune entreprise n'aurait de pouvoir de coercition à l'égard des autres sur le marché. Ces conditions deviendraient alors les normes sur lesquelles reposeraient les décisions juridiques. Les autorités publiques ne pourraient opérer que sur cette base, sans pouvoirs discrétionnaires. Tout contrôle administratif était rejeté, car susceptible de tomber entre les mains des intérêts qui faisaient l'objet de la réglementation. Par ailleurs, il ne fallait pas non plus que les lois entrent trop dans le détail, car le principe constitutionnel et les règles générales de la concurrence établissaient un cadre suffisant.

**Encadré 3.1. La politique de la concurrence en tant que constitution économique : le fondement ordo libéral de l'économie sociale de marché (suite)**

La surveillance de l'application des règles serait confiée à un organisme rigoureusement neutre et autonome qui, tel un tribunal, serait au-dessus de la politique et extérieur à cette dernière. Comme un tribunal toujours, on imaginait qu'il appliquerait des normes de droit objectives, sans avoir la possibilité de favoriser l'une ou l'autre partie ni d'influencer les résultats. Il devrait éliminer les monopoles chaque fois que possible et obliger les entreprises à se comporter comme si elles se trouvaient confrontées à une concurrence réelle. Les entreprises seraient encouragées à concourir sur le plan des performances, mais non à prendre des mesures susceptibles de gêner leurs rivaux.

Après la Seconde Guerre mondiale, le point de vue ordo-libéral est devenu la base de la reconstruction économique allemande, à laquelle certains de ses protagonistes ont largement contribué. Un professeur adepte des idées de l'école de Fribourg, Ludwig Erhard, avait dirigé le gouvernement (sous occupation) qui avait mis fin au rationnement et au contrôle des prix en 1948 ; il a exercé ensuite les fonctions de ministre de l'Économie jusqu'en 1963, puis de Chancelier jusqu'en 1966. L'économie sociale de marché, reposant sur les principes ordo-libéraux, a été intégrée dans le programme de son parti dès 1949. Selon cette conception, la politique de la concurrence jouissait d'un statut et d'un rôle constitutionnel prépondérant, encourageant les valeurs essentielles, protégeant les droits fondamentaux et fonctionnant selon des principes juridiques.

\* Les critiques qu'ils ont formulées très tôt au sujet du régime corporatiste dans la constitution de Weimar et la préconisation d'un État fort, indépendant des groupes d'intérêts économiques, pourraient également avoir préparé le terrain pour le régime autoritaire qui a pris le pouvoir après 1933.

Source : Gerber, 1988.

politique de la concurrence sont alors devenus le pivot de l'économie politique de l'économie « sociale de marché », dont le but – qui a été atteint – consistait à établir un cadre global et cohérent pour la gestion de l'économie, de la politique et de la société.

Le fondement juridique du nouveau système était la *loi contre les restrictions à la concurrence*, entrée en vigueur en 1958, après dix années de débats difficiles qui finirent par assouplir la position des puristes ordo-libéraux, favorables à une loi interdisant expressément les ententes.

**La loi de 1958 sur la concurrence a jusqu'à présent prouvé son adaptabilité et a bien résisté au temps : ses spécificités posent de plus en plus de problèmes compte tenu de l'évolution du droit de la concurrence de l'UE**

La longue gestation de cette loi, ainsi que son enracinement dans l'expérience politique et dans la tradition académique allemandes, ont débouché sur un système qui a démontré une force durable. La loi énonçait des règles prévues concernant les effets sur la concurrence des mesures prises sur les marchés. Autre élément au moins aussi important : la création du *Bundeskartellamt* (BKartA), organe d'experts rigoureusement indépendant, de nature juridictionnelle et chargé de contrôler l'application des textes. Le climat politique et économique des années 60 a souligné à nouveau l'importance de la politique de la concurrence pour le succès économique et pour la protection des consommateurs et des travailleurs. La loi sur les restrictions à la concurrence a été modifiée en 1973 afin d'y adjoindre le contrôle des fusions, de renforcer les dispositions relatives au contrôle des abus, d'interdire les prix imposés de revente et de permettre davantage de coopération

entre les petites entreprises. Très rapidement, le contrôle des fusions est devenue la fonction la plus importante du BKartA. Une nouvelle institution, la *Commission des monopoles*, a été créée pour rendre compte des conditions de la concurrence (et des décisions du BKartA, qui n'étaient pas publiées à cette époque).

Les modifications les plus récentes de la loi sur les restrictions à la concurrence, qui datent de 1999, avaient pour objet de l'aligner davantage sur la législation européenne. Elles ont introduit un ensemble de principes relatifs aux accords restrictifs et à la position dominante, revu la procédure d'examen des fusions et conféré de nouvelles responsabilités au BKartA en matière de marchés publics. Il faut souligner – ce qui n'est pas sans importance pour la réforme réglementaire – que les nouvelles dispositions permettront d'appliquer plus facilement la loi aux monopoles dans le secteur des infrastructures. D'autres propositions de modification actuellement en cours d'examen témoignent de l'importance croissante accordée au contexte européen. L'Allemagne doit faire face à de véritables défis pour s'adapter aux principes de concurrence de l'UE ainsi qu'aux réformes engagées par cette dernière. Certaines des caractéristiques de la loi allemande vont à l'encontre de ce qui est préconisé par l'UE (voir l'encadré 3.2 pour un aperçu de la législation de l'UE). Il s'agit par exemple d'un traitement des accords horizontaux qui définit des catégories d'accords soumis à des règles moins strictes dans la législation primaire (de manière à réduire les pouvoirs de l'administration) et du recours à des règles spécifiques pour contrôler le comportement d'entreprises en position dominante, en plus d'une interdiction générale de tout abus de position dominante. Les réformes concernant l'application de la législation de l'UE, qui en confieront la responsabilité aux États membres, constituent un défi pour les institutions allemandes. L'Allemagne redoute que le moindre rôle des procédures de notification et d'autorisation ne porte atteinte à la sécurité et à la transparence juridiques, qui comptent selon elle parmi les atouts de son droit de la concurrence.

***La loi vise à promouvoir une véritable concurrence et à mettre en place les structures du marché qui y contribuent : les industries de réseau posent de nouveaux problèmes***

Le système allemand repose sur l'analyse et l'application de règles, et pas sur l'énoncé d'objectifs législatifs qui nécessiteraient d'être interprétés et réduiraient la transparence juridique. C'est ainsi que la loi sur les restrictions à la concurrence ne contient pas d'exposé formel de ses objectifs. Sa motivation n'en est pas moins claire : en premier lieu, elle visait à garantir la libre concurrence et à empêcher l'émergence d'un pouvoir économique susceptible d'en entraver l'efficacité. Une concurrence efficace était censée accroître l'efficacité économique par le biais des vertus classiques des marchés concurrentiels sur le plan de l'affectation des ressources, de la réponse aux demandes des consommateurs, de l'incitation à l'efficacité de la production et de la discipline de gestion. Autre aspect important de cette concurrence efficace : conserver un grand nombre d'entreprises concurrentes, afin d'empêcher que quelques unes d'entre elles n'acquiescent une influence sociale et politique démesurée. Cette loi constitue donc un instrument politique tout autant qu'économique.

Elle met l'accent sur la protection des structures dans le cadre desquelles les entreprises s'affrontent, plutôt que sur une évaluation de l'incidence économique de tel ou tel comportement. La loi vise ainsi à protéger les relations dont on peut attendre les résultats économiques désirés. L'un des exemples évidents est le recours à cette loi pour protéger les PME contre un comportement agressif d'entreprises plus importantes (comme en témoignent les modifications introduites depuis 1973). Les règles régissant la vente au détail et le système de qualification des artisans vont également dans ce sens. Les secteurs

### Encadré 3.2. Les instruments du droit de la concurrence de l'UE

Même si la loi allemande conserve de nombreux aspects qui lui sont propres, elle reprend dorénavant certains des éléments du droit de la concurrence mis en place dans le cadre du traité de Rome (maintenant traité d'Amsterdam).

- **Accords** : L'article 81 (ancien article 85) interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. Le terme « accord » est pris au sens large : l'interdiction s'étend aux actions concertées et autres arrangements qui ne font pas l'objet de contrats formels exécutoires. Certains accords interdits sont définis explicitement : ceux qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix ou d'autres conditions de transaction, à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le développement technique, à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, à appliquer, à l'égard des partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, à imposer des conditions, ou à subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations qui n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. Plusieurs décisions ont également explicité la portée de l'article 81. Les groupements d'achat ont été autorisés (dans certaines conditions de marché), car ils améliorent l'efficacité, mais les groupements de vente sont habituellement interdits. Toutes les formes d'accords visant la répartition des marchés et au contrôle des prix, y compris la mise en commun des bénéfices et les accords d'alignement sur le prix le plus élevé, ainsi que les « bons usages commerciaux » sont interdits. Les échanges d'informations sur les prix ne sont permis qu'après un certain délai et uniquement s'ils ne permettent pas d'identifier des entreprises déterminées. Les dispositifs visant à exclure des concurrents, comme les cartels destinés à l'obtention de rabais pour grosses quantités, ne sont pas autorisés, même lorsqu'ils laissent certaines possibilités de traiter avec les tiers.
- **Exemptions** : un accord qui aurait normalement été interdit peut néanmoins être autorisé s'il améliore la production ou la distribution de produits ou contribue à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et sans donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. Ces exemptions peuvent être accordées en réponse à des demandes formulées au cas par cas. En outre, il existe des règlements d'exemption par catégorie, qui précisent les conditions ou critères que doivent remplir les accords autorisés, et notamment les dispositions qui peuvent ou non y figurer (les « listes blanches » et les « listes noires »). Tout accord qui répond à ces conditions est autorisé, sans qu'il soit nécessaire d'en faire spécifiquement la demande.
- **Abus de position dominante** : L'article 82 (ancien article 86) interdit l'abus de position dominante et énumère à ce titre certaines pratiques, telles que : imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, et imposer des conditions qui n'ont pas de lien avec l'objet des contrats. Lorsqu'il existe une position dominante, de nombreux types de comportements qui désavantagent d'autres concurrents peuvent être considérés comme des abus. On présume souvent qu'il y a position dominante si une entreprise

### Encadré 3.2. **Les instruments du droit de la concurrence de l'UE (suite)**

détient plus de 50 % du marché, ce niveau pouvant être abaissé en fonction d'autres facteurs. L'interdiction peut viser l'abus de position dominante de la part de plusieurs entreprises agissant de façon concertée, même si aucune d'entre elles ne détient individuellement une telle part du marché.

- **Réformes de l'administration** : Les récentes réformes de la politique de la concurrence de l'UE réduisent la portée de l'interdiction des accords verticaux et élimineront la procédure de demande d'exemption pour certains accords. En effet, les critères d'exemption figureront directement dans les décisions résultant de l'application de la loi, et ces décisions incomberont de plus en plus aux autorités nationales chargées de la concurrence.

d'infrastructure libéralisés créent un nouveau type de défi structurel. En effet, leur situation monopolistique rend malaisés la mise en place et le maintien de structures concurrentielles. La confiance de l'Allemagne dans son droit de la concurrence l'a conduite à se reposer initialement sur ce droit pour promouvoir une concurrence efficace dans ces secteurs ; des adaptations sont actuellement en cours sous la forme de la mise en place de régulateurs qui coopèrent avec le BKartA.

### **La politique de la concurrence est institutionnellement séparée de l'application de la loi sur la concurrence, ce qui a des incidences quant à une réforme efficace de la réglementation**

Il existe un cloisonnement entre l'application de la loi sur la concurrence – fonction du BKartA – et la politique de la concurrence, qui relève essentiellement du ministère de l'Économie et du Travail. Cela est de nature à affaiblir le lien entre la loi sur la concurrence et la politique de la concurrence pour la réforme de la réglementation. On peut s'interroger sur le poids relatif de la politique de la concurrence en tant que principe applicable aux secteurs soumis à régulation, étant donné que le ministère de l'Économie et du Travail a récemment passé outre une décision du BKartA et autorisé une importante fusion dans le secteur du gaz et l'électricité.

## **Le droit substantiel de la concurrence**

### **Les ententes sont traitées sainement sur la base de leurs effets probables et le système de sanction fonctionne bien**

La disposition la plus fondamentale qui figure en première place dans la loi sur les restrictions à la concurrence interdit les accords horizontaux en termes généraux. Il existe deux catégories d'exception : les ententes auxquelles il n'a pas été fait objection et les ententes autorisées. Ces deux catégories doivent être notifiées au BKartA. Les ententes de la première catégorie sont valides sauf si le BKartA y fait objection ; les autres exigent l'approbation préalable du BKartA. On peut classer les ententes de la première catégorie en trois groupes : les accords concernant les conditions commerciales, les accords de spécialisation (tant qu'ils ne conduisent pas à une position dominante) et les accords entre PME. Dans ces cas, on peut s'attendre à une plus grande efficacité : par exemple, des conditions standards peuvent faciliter les transactions. Près de la moitié des 300 ententes en vigueur actuellement auxquelles il n'a pas été fait objection concernent des PME.

L'autorisation préalable du BKartA est indispensable pour les ententes de rationalisation et pour les ententes de crise structurelle ; les critères d'approbation correspondants sont décrits dans la loi. Les avantages des ententes de rationalisation doivent être importants : ils ne doivent pas créer ni renforcer une position dominante et, s'ils comportent des accords concernant les prix, les achats ou les ventes, il ne doit y avoir aucun autre moyen d'obtenir la rationalisation. Les exigences concernant les ententes de crise structurelle sont moins strictes. Les modifications de 1999 de la loi prévoient également la possibilité d'autoriser les accords qui répondent aux critères de dérogation analogues à ceux de la législation de l'UE sur la concurrence. Cependant, la loi allemande prescrit des critères plus sévères que la législation de l'UE.

Une entente peut-être autorisée – par le ministre et non le BKartA – pour des raisons ne figurant pas dans les critères d'exemption de la loi sur les restrictions à la concurrence (LRC). Le ministre ne peut pas rejeter une décision du BKartA prise dans le cadre de la loi sur la concurrence, mais il peut autoriser une entente qui ne répond pas aux critères d'exemption si cela est « nécessaire pour des raisons impérieuses concernant l'économie dans son ensemble et l'intérêt public ». L'autorisation ministérielle est également possible dans des « cas individuels particulièrement graves » lorsqu'il y a « danger immédiat pour l'existence » de la plupart des entreprises d'un secteur et que d'autres mesures ne peuvent pas être prises à temps. Ce pouvoir d'intervention n'a été utilisé que rarement.

Les règlements élaborés par des associations professionnelles et commerciales font l'objet d'une surveillance particulière, lorsqu'ils ne sont pas tout simplement interdits par la LRC.

Les règles concernant les ententes ont essentiellement été appliquées par le biais de la procédure de notification, mais les mesures contre les ententes non autorisées se sont renforcées. L'amende la plus élevée de tous les temps (€ 660 millions) a été infligée au début de 2003 à un cartel de cimenteries, à la suite de toute une série d'autres affaires. Une loi pénale contre les soumissions concertées aux appels d'offres est maintenant venue s'ajouter à la LRC ; il en est résulté plusieurs mises en examen et quelques peines d'emprisonnement. Cela devrait améliorer l'efficacité du programme de clémence bien conçu du BKartA, qui incite fortement les participants à une entente à fournir des preuves et vise à décourager d'emblée la formation d'ententes interdites.

### **À une importante exception près, les accords verticaux sont autorisés, sauf s'ils entravent sérieusement la concurrence**

À une exception près, les accords verticaux ne sont pas interdits, sauf s'ils impliquent une entreprise en position dominante et tombent, de ce fait, sous le coup de l'interdiction des abus de cet ordre prévue par la LRC. Ils font cependant l'objet de contrôles *a posteriori* afin de détecter les infractions éventuelles. On applique le critère des « effets sur la concurrence » : les accords ne peuvent être interdits que s'ils entravent sensiblement la concurrence. Même s'il paraît permissif, ce critère peut en réalité être très sévère, car il ne fait intervenir ni le pouvoir de marché, ni la part de marché. L'unique interdiction est celle des prix imposés. Il existe cependant à cet égard une dérogation importante pour les journaux, les magazines, les livres, les partitions musicales et les cartes géographiques.

***L'abus de position dominante est soumis à des règles strictes, destinées en particulier à protéger les PME, mais leur application n'est pas toujours convaincante***

La loi allemande avait pour tradition de contrôler les pratiques individuelles répréhensibles des entreprises sur la base de règles spécifiques. Il existe maintenant une interdiction globale qui tient compte de la législation de l'UE. Elle peut être appliquée à des pratiques qui ne font pas clairement l'objet de règles spécifiques. Les règles spécifiques s'appliquent aux entreprises en position de domination ou de suprématie et couvrent les comportements répréhensibles ci-après : entrave à la capacité concurrentielle d'autres firmes sans justification objective (par exemple par des prix de prédation), exploitation des consommateurs (les prix peuvent être comparés à ceux pratiqués sur un marché concurrentiel analogue, ce qui peut s'avérer malaisé), discrimination défavorable aux consommateurs, et (ajout récent) refus d'accès à un réseau ou à une infrastructure. Certaines autres pratiques (notamment les boycotts) sont également interdites par la LRC, même en l'absence de position dominante. L'intervention ministérielle n'est pas prévue à cet égard.

Il existe plusieurs définitions de la position dominante. Une entreprise qui n'a aucun concurrent ou qui n'est pas exposée à une concurrence substantielle est considérée comme dominante. Une entreprise confrontée à une certaine compétition sera néanmoins considérée comme dominante si elle occupe une « position de suprématie sur le marché », évaluée sur la base d'une gamme très large de facteurs (part de marché, puissance financière, accès aux sources d'approvisionnement et aux marchés, etc.). Plusieurs entreprises prises collectivement pourraient être considérées en position dominante dans la mesure où il n'y aurait pas de concurrence substantielle entre elles. Pour la présomption de position dominante, les seuils de part de marché sont bas, mais il est vrai que ce critère n'est pas concluant.

Une attention particulière est accordée à la protection des petites entreprises devant traiter avec une entreprise en position dominante. La LRC couvre spécifiquement la dépendance économique, en ce sens qu'elle prend en compte la discrimination et les « entraves inévitables » de la part d'entreprises en position dominante, d'associations et d'ententes. Une modification récente définit les ventes au-dessous du prix coûtant comme un abus de pouvoir de marché par rapport aux PME. Comme dans d'autres pays, la cible principale est le secteur de la distribution alimentaire et l'utilisation qu'il fait des produits d'appel. La première décision du BKartA à cet égard visait trois groupes de distribution et elle a été confirmée pour l'essentiel en appel.

Néanmoins, les sanctions contre les abus de position dominante ont jusqu'à présent été limitées et peu convaincantes. Dans les années 90, la plupart des décisions du BKartA ont été annulées par les tribunaux ou rendues inopérantes par le législateur, mais certaines décisions récentes ont connu un meilleur sort.

Même si cela ne va pas sans difficultés, la LRC est de plus en plus fréquemment appliquée aux industries de réseau (encadré 3.3).

***Il existe également un cadre juridique solide pour le contrôle des fusions, mais une intervention ministérielle est possible***

Pendant de nombreuses années, l'Allemagne s'est montrée la plus dynamique en Europe pour le contrôle des fusions. Le critère consiste à savoir si l'opération est susceptible de créer ou renforcer une position dominante (en utilisant la définition de la LRC concernant l'abus de position dominante). Le concept le plus souvent retenu pour les

fusions est celui de la « position de suprématie ». Le BKartA se demandera si une position déjà forte est susceptible de se renforcer encore. L'évaluation porte sur la position des parties en cause et la structure du marché, ainsi que sur l'évolution de la concurrence à l'avenir. On recourt à l'analyse économique pour la définition du marché et le repérage des positions dominantes. Les marchés définis tendent à être étroits, ce qui augmente la probabilité pour le BKartA d'identifier des positions dominantes. Les questions de structure des marchés et d'analyse juridique semblent dominer le processus d'examen. Le BKartA accueille difficile l'argument d'efficacité, car on peut s'attendre à ce que les consommateurs souffrent du manque de contrôle du comportement de l'entreprise en position dominante.

C'est surtout le poids des parties en cause qui déterminera si une fusion fera l'objet d'un contrôle ou non. Une fusion doit être notifiée et approuvée si le chiffre d'affaires mondial total des parties dépasse 500 millions d'euros par an et si le chiffre d'affaires national d'au moins une des parties est supérieur à 25 millions d'euros. Les règles particulières utilisées pour le calcul du chiffre d'affaires peuvent diminuer ou élargir la portée du contrôle dans différents secteurs. Les caractéristiques juridiques d'une concentration donnant lieu à contrôle sont conçues de façon à assurer un large champ de contrôle. Les fusions visées doivent être notifiées et préalablement approuvées. Le délai imparti pour l'examen est de quatre mois : si le BKartA n'a pris aucune mesure à l'issue de ce délai, la fusion est autorisée. Le BKartA est tenu d'aviser les entreprises dans un délai d'un mois s'il a engagé un « examen principal », ce qui se produit dans 10 % des cas. Dans les autres cas, il rend un avis informel d'autorisation. En cas d'examen principal, le BKartA publie une décision formelle motivée ; il peut assortir l'autorisation de conditions. Les fusions réalisées sans autorisation sont juridiquement nulles et celles exécutées en dépit de l'interdiction du BKartA peuvent être dissoutes et des pénalités (amendes) peuvent être imposées.

### Encadré 3.3. LRC, abus de position dominante et industries de réseau

La LRC est de plus en plus fréquemment appliquée dans des affaires concernant les industries de réseau. Cela s'est trouvé facilité par l'élimination des dérogations pour la plupart de ces industries et par la nouvelle règle sur le refus d'accès à des installations de réseau essentielles. De nombreux cas se sont présentés, tant dans les télécommunications que dans le secteur de l'énergie électrique concernant les conditions et les coûts d'accès aux réseaux. L'application de la loi s'est cependant avérée difficile. Le processus normal consistant à s'attaquer *ex post* à un comportement répréhensible est inadapté dans le cas des activités où l'objectif principal est de favoriser l'émergence d'une concurrence dans l'ensemble d'un secteur qui n'en avait connu aucune auparavant. Or, les méthodes habituelles d'analyse et de preuve sont difficiles à appliquer dans un tel contexte ; par exemple, il n'existe aucun marché similaire permettant une comparaison des prix. Il faut donc s'en remettre à une analyse des coûts détaillée ; une décision judiciaire a été rendue en 2002 dans ce sens, mais la détermination des coûts pertinents pour établir l'existence de prix abusifs est également malaisée. Par ailleurs, la lenteur de la justice entrave l'application de la loi en cas de refus d'accès au réseau. L'approche *ex post* pourrait être valable ; néanmoins, la rapidité est alors vitale mais l'enquête et l'établissement de la preuve prennent du temps. En outre, en cas de décision, l'appel est généralement suspensif ; toutefois, dans le secteur de l'énergie, l'appel n'a plus d'effet suspensif en cas de décision ordonnant l'accès au réseau.

Le ministre de l'Économie et du Travail peut autoriser une concentration rejetée par le BKartA si les restrictions à la concurrence sont plus que compensées par les avantages pour l'économie dans son ensemble ou si la concentration est « justifiée par un intérêt public impérieux ». Il peut être tenu compte de la compétitivité internationale des parties. Peu fréquentes, ces interventions sont néanmoins importantes. Le ministre doit d'abord obtenir un rapport de la Commission des monopoles et demander des commentaires des gouvernements des *Länder* où les entreprises sont immatriculées ; il doit par ailleurs agir avec rapidité et dans la transparence. La Commission des monopoles évalue au regard des conclusions du BKartA les arguments qui n'ont pas trait à la concurrence. Jusqu'à l'affaire *Ruhrigas* en 2002, le ministre n'avait pas pris une décision divergente depuis 1989.

Le BKartA s'est efforcé d'utiliser le contrôle des fusions pour favoriser la concurrence dans les industries de réseau. C'est ainsi que, pour le gaz, il a examiné une fusion de sociétés régionales voisines. Toutefois, l'affaire *Ruhrigas* pourrait avoir marqué la limite politique de cette approche. Le BKartA avait rejeté la fusion du plus grand opérateur de gazoducs (*Ruhrigas*) et d'une entreprise opérant à la fois dans le gaz et l'électricité (E.ON). Cette fusion a cependant été approuvée par le ministère, qui a considéré que la création d'un champion national pourrait améliorer la sécurité d'approvisionnement, conclusion contraire à la logique de restructuration visant à promouvoir la concurrence, même si l'argument de la sécurité est solide. Comme l'ont également constaté de nombreux pays de l'OCDE, concurrence et sécurité d'approvisionnement peuvent être difficiles à concilier.

### ***L'approche des questions connexes – marchés publics, aides d'État, concurrence déloyale et protection des consommateurs – est inégale***

Les modifications de 1999 de la LRC portent notamment sur la surveillance du respect de la concurrence dans la passation des *marchés publics*. Les principes, de même que les seuils de compétence, reprennent les règles de l'UE. Ces nouvelles fonctions sont conformes à la conception du BKartA en tant d'organe responsable de l'application des lois, ainsi qu'à l'objectif de la LRC visant à préserver des structures et des relations fondées sur la concurrence. Toutefois, les *aides et subventions de l'État* ne relèvent pas de la LRC (elles sont, par contre, couvertes par la législation européenne de la concurrence), car on considère qu'elles sont du ressort du ministère de l'Économie et du Travail, en dépit de risques importants de distorsion de la concurrence.

Les lois allemandes relatives à la *concurrence déloyale* ont probablement eu pour effet d'entraver la concurrence plutôt que de la promouvoir. À l'instigation de la législation de l'UE, certaines règles protectionnistes (par exemple concernant les rabais) sont actuellement éliminées ou adaptées. Deux lois qui rendaient les rabais plus difficiles ont été abrogées en 2001. Il subsiste cependant des éléments majeurs de législation protectionniste, notamment la loi sur la concurrence déloyale, que l'on peut invoquer pour empêcher la concurrence sur les prix et dont l'application sous-estime, aujourd'hui encore, la capacité des consommateurs d'agir par eux-mêmes. Cette loi est en cours de révision pour tenir compte de l'évolution au sein de l'UE et donner plus de poids aux intérêts des consommateurs ; l'Allemagne s'efforce cependant de conserver la règle interdisant la vente à perte.

La politique de la concurrence a en elle-même des effets bénéfiques pour les consommateurs, mais la *politique de protection des consommateurs* n'a pas de lien étroit avec la politique de la concurrence et il n'existe aucune autorité forte chargée de la protection des consommateurs. On s'en remet aux concurrents ou aux consommateurs pour saisir la justice afin de faire appliquer les règles sur la concurrence déloyale et sur la publicité

mensongère. À l'occasion du Livre vert de l'EU sur la protection des consommateurs, l'Allemagne s'est prononcée contre de nouvelles et plus puissantes structures de protection des consommateurs, témoignant ainsi de sa confiance dans le pouvoir du consommateur informé et dans le marché ouvert à la concurrence. Par ailleurs, elle n'est pas davantage favorable à des règles de reconnaissance mutuelle au sein de l'UE, car cela menacerait la meilleure protection que l'Allemagne est convaincue d'accorder.

## Institutions chargées de la politique de la concurrence et application de cette politique

### **Le BKartA incarne la culture institutionnelle résolument indépendante de l'Allemagne en matière de concurrence**

La structure fédérale du pays et la séparation des rôles se traduisent par un ensemble complexe d'institutions. C'est peut-être la culture institutionnelle indépendante du BKartA, principale instance de mise en œuvre, qui caractérise le mieux la politique allemande de la concurrence. Organe fédéral relevant du ministère fédéral de l'Économie et du Travail, son siège est à Bonn et se trouve donc séparé géographiquement de son ministère de tutelle. Son indépendance résulte d'un choix et d'un soutien politiques, et non de garanties légales. Le président du BKartA n'a pas un mandat de durée déterminée, mais il est politiquement inconcevable qu'il soit évincé pour divergence quant à la politique à suivre. Le personnel chargé de la mise en œuvre se répartit en onze sections couvrant chacune un secteur. Il y a aussi deux divisions à compétence juridictionnelle pour les marchés publics et une unité spéciale chargée de la lutte contre les ententes. L'indépendance du BKartA s'incarne dans sa structure décisionnelle : les affaires sont jugées par des formations composées de ses propres fonctionnaires (tous nommés à vie) et organisées comme des tribunaux. Il n'y a pas de recours devant le président du BKartA, mais devant les tribunaux (les parties, invoquant d'autres motifs politiques, pouvant saisir le ministre).

Tout cela concourt à un système stable et efficace. La transparence du BKartA est également très satisfaisante : la LRC exige la publication d'un avis pour de nombreuses mesures et les décisions sont publiées au *Journal officiel* (souvent, cependant, sous une forme résumée). D'autres informations doivent également être publiées ; c'est le cas notamment des demandes d'associations pour la reconnaissance de leurs règles de concurrence. Les principaux avis et décisions du BKartA sont repris sur son site Internet et un rapport formel doit être publié tous les deux ans.

### **Le BKartA utilise efficacement ses ressources, relativement modestes pour un grand pays, et cela dans un contexte de responsabilités croissantes**

Les ressources du BKartA sont restées stables, voire ont décliné, alors qu'il s'est vu confier des responsabilités accrues (pour les marchés publics et les problèmes posés par les entreprises d'utilité publique) et son champ géographique de compétence s'est élargi à la suite de la réunification. Son effectif, en nombre de personnes-année, était de 267 en 2002 (300 avec les agents des *Länder* à mission comparable). L'effectif du BKartA peut paraître étonnamment faible pour une économie d'une telle taille, mais sa culture institutionnelle particulière et très professionnelle peut le rendre exceptionnellement efficace. La stabilité du personnel a été mise à mal par le déménagement de Berlin à Bonn, ce qui a entraîné des transferts du ministère au BKartA et vice versa. Cela est sain, mais le processus d'apprentissage pourrait mettre à l'épreuve les ressources humaines pour le court terme. Le soutien budgétaire semble stable et adéquat.

Jusqu'à récemment, le BKartA s'est concentré presque exclusivement sur les accords horizontaux et les fusions. L'activité a progressé dans tous les secteurs en 1999 avec l'adjonction des nouvelles responsabilités et le BKartA accorde dorénavant une attention accrue aux accords verticaux et aux abus de position dominante (tableau 3.1).

Tableau 3.1. **Évolution des mesures de politique de la concurrence**

	Accords horizontaux	Accords verticaux	Abus de position dominante	Fusions	Concurrence déloyale <sup>1</sup>
<b>2000 : affaires instruites</b>	55	18	79	1 735 <sup>2</sup>	n.d.
Sanctions ou injonctions demandées	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d.
Injonctions ou sanctions prononcées	3	–	5	6 <sup>3</sup>	n.d.
Total des sanctions imposées	DEM 40 539 340	–	–	n.d.	n.d.
<b>1999 : affaires instruites</b>	67	18	101	1 687	n.d.
Sanctions ou injonctions demandées	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d.
Injonctions ou sanctions prononcées	4	1	–	7 <sup>4</sup>	n.d.
Total des sanctions imposées	DEM 287 325 100	–	–	n.d.	n.d.
<b>1998 : affaires instruites</b>	36	4	49	2 024 <sup>5</sup>	n.d.
Sanctions ou injonctions demandées	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d.
Injonctions ou sanctions prononcées	3	–	–	4 <sup>6</sup>	n.d.
Total des sanctions imposées	DEM 21 741 350	–	–	n.d.	n.d.
<b>1997 : affaires instruites</b>	26	3	19	1 736 <sup>4</sup>	n.d.
Sanctions ou injonctions demandées	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d.
Injonctions ou sanctions prononcées	2	–	1	6 <sup>5</sup>	n.d.
Total des sanctions imposées	DEM 281 817 600	–	–	n.d.	n.d.
<b>1996 : affaires instruites</b>	23	2	22	1 516 <sup>4</sup>	n.d.
Sanctions ou injonctions demandées	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d. <sup>7</sup>	n.d.
Injonctions ou sanctions prononcées	4	–	1	3 <sup>5</sup>	n.d.
Total des sanctions imposées	DEM 19 394 950	–	–	n.d.	n.d.

1. En Allemagne, la « concurrence déloyale » tombe sous le coup de la loi sur la concurrence déloyale, dont l'application ne relève pas du Bundeskartellamt.

2. Nombre de notifications de fusion (par an).

3. Deux interdictions, quatre autorisations sous conditions.

4. Deux interdictions, cinq autorisations sous réserve de certaines obligations.

5. Procédure de contrôle des fusions au titre de la loi précédente : contrôle préventif et *a posteriori* (la modification la plus récente de la LRC est entrée en vigueur en 1999).

6. Interdictions seulement ; la loi précédente ne prévoyait pas de subordonner l'autorisation à certaines obligations.

7. En Allemagne, les autorités de la concurrence sont les autorités administratives qui émettent les injonctions et fixent les amendes administratives. Il n'y a donc pas de demande d'injonction ou d'amende.

Source : BKartA 2002, point 17.

### **Les Länder jouent également un rôle important dans l'application**

L'Allemagne étant un État fédéral, un autre ensemble d'organismes de mise en œuvre existe au niveau régional (encadré 3.4).

### **Le ministère gère la politique de la concurrence**

Le ministère de l'Économie et du Travail est responsable de la politique de la concurrence. Le BKartA n'a pas de rôle régulier formel dans l'élaboration de la politique, mais il est consulté pour toute réglementation qui affecterait directement la LRC. Parmi les responsabilités du ministère, on peut citer le contrôle des effets sur la concurrence des autres propositions de loi et de règlement, ainsi que les questions européennes. Cependant, il a aussi un rôle dans l'application de la politique : il peut en effet (voir ci-dessus la section relative aux fusions)

autoriser une entente ou une fusion pour des raisons autres que celles relevant de la politique concernant la concurrence. Parmi les raisons habituellement invoquées pour justifier un recours au ministre, on peut citer la rationalisation d'un secteur, la protection de l'emploi ou la sécurité des approvisionnements.

La *Commission des monopoles*, autre organisme fédéral indépendant, a été créée en 1973 pour offrir une source politiquement neutre d'analyse et d'orientation. Ses cinq membres sont nommés par le président fédéral et ne peuvent être fonctionnaires, ni avoir de liens avec l'industrie ou les syndicats. Elle élit son propre président. Dans son rapport bi-annuel, soumis au Parlement par le gouvernement fédéral, elle évalue les conditions et les tendances probables en matière de concentration industrielle ainsi que la manière dont s'applique le contrôle des fusions ; elle fournit en outre des analyses sur d'autres questions économiques. Elle peut également présenter des rapports spéciaux.

#### Encadré 3.4. **Structure fédérale et application de la politique de la concurrence**

L'Allemagne étant un État fédéral, il existe un autre ensemble d'organismes de mise en œuvre au niveau régional. Pour les affaires (autres que les fusions) dont les effets sont limités à un seul *Land*, l'organisme de mise en œuvre compétent n'est pas le BKartA mais l'autorité désignée par la loi locale. Chacun des *Länder* dispose d'un bureau de la concurrence. Au total, ces bureaux comptent environ 80 personnes, dont 30 à 35 juristes. Le plus grand bureau est celui de la Bavière, avec un effectif de dix personnes dont une moitié environ de juristes. Le chef de ce bureau est diplômé en droit et en économie et le bureau travaille avec des experts, notamment des économistes, du ministère bavarois des affaires économiques. Certains de ces bureaux s'occupent également des marchés publics, comme le fait le BKartA lui-même. Seul le BKartA est compétent pour les fusions, mais les gouvernements des *Länder* doivent être consultés si la Commission fédérale des monopoles propose de s'y opposer ou si les parties sollicitent l'intervention du ministre.

Le BKartA et les bureaux des *Länder* appliquent tous le même droit fédéral, car il n'y a aucune législation au niveau des *Länder* concernant la concurrence. Cependant, les bureaux des *Länder* ne sont pas responsables devant le BKartA. Leurs décisions d'application de la LRC sont indépendantes et finales. Ils coopèrent fréquemment avec le BKartA et la loi dispose que ce dernier est toujours partie prenante dans leurs activités de mise en œuvre. Néanmoins les bureaux des *Länder* peuvent réagir à des priorités de politique locale. C'est ainsi que la Bavière, qui a pour tradition de soutenir les petites entreprises, a publié ses propres directives pour l'application de la LRC à ces entreprises et certaines dispositions de cette loi qui visent à protéger les PME sont d'inspiration bavaroise.

Les secteurs dont la responsabilité est locale sont généralement le commerce de détail, la construction et les matériaux de construction, ainsi que les services. Au cours de ces dernières années, plusieurs de ces bureaux se sont concentrés sur le secteur de l'électricité. Pour la seule Bavière, il existe 270 exploitants de réseau et le bureau bavarois chargé de la concurrence a déjà traité environ 25 affaires concernant les tarifs d'accès au réseau de distribution. Les taxis constituent également une source fréquente de problèmes, pouvant aller du boycott des stations de taxis et des centrales jusqu'à des plaintes pour exclusion et non-respect des règlements tarifaires locaux.

### **Les règles et les procédures de mise en œuvre sont bien conçues et comportent un régime de sanctions efficaces**

Le BKartA et les bureaux chargés de la concurrence dans les *Länder* appliquent la LRC par le biais de tâches administratives (comme l'examen des notifications) et au moyen d'enquêtes et d'injonctions ou sanctions contre les pratiques interdites. Ils peuvent agir d'office. Il n'y a pas besoin d'une plainte à cet effet. Les informations sont habituellement obtenues par la voie de demandes informelles complétées par des pouvoirs formels soumis à des règles strictes de protection des droits de la défense. Dans la pratique, une demande d'information formelle exige un soupçon initial concret de violation. L'exercice de pouvoirs d'investigation peut nécessiter une autorisation de justice. Un mandat de justice doit être obtenu pour une perquisition.

Les mesures qui peuvent être prises pour la mise en œuvre de la LRC sont l'injonction et l'amende administrative (qui peut être très lourde). L'injonction est généralement une injonction d'interdiction, visant à empêcher le renouvellement d'un comportement répréhensible. Les mesures structurelles comme la cession d'actifs ne sont pas possibles, sauf pour les fusions. Les amendes administratives peuvent généralement atteindre jusqu'à trois fois les bénéfices supplémentaires obtenus grâce à la violation, ou EUR 500 000. Ce montant ne correspond pas à une amende minimum ou obligatoire, mais vise à garantir qu'une amende suffisamment lourde puisse être imposée même lorsque les gains découlant de la violation ne sont pas importants. Cette approche est conforme aux théories économiques de la dissuasion. Les amendes peuvent être infligées aux personnes physiques ainsi qu'aux personnes morales et associations. La latitude du BKartA en matière d'amendes est suffisante pour qu'il puisse appliquer un programme de clémence visant à inciter les participants à une entente à apporter des éléments de preuve.

L'appel contre les décisions du BKartA est porté devant la Cour d'appel de Düsseldorf (compétente depuis le déménagement du BKartA à Bonn, obligeant cette juridiction doit maintenant acquérir une expertise dans le domaine de la concurrence). L'appel contre les décisions du ministre est également du ressort de la Cour d'Appel de Düsseldorf. Au niveau des *Länder*, l'appel relève de la Cour d'appel locale. Un pourvoi en cassation est ouvert devant la Cour suprême fédérale. Il existe des chambres spéciales au sein de ces tribunaux ; les affaires de la concurrence sont ainsi soumises à une petite formation de juges qui deviennent des experts de ce domaine. L'appel est normalement suspensif. Cela rend difficile l'application efficace de la loi sur la concurrence lorsqu'il s'agit d'un problème d'accès ou de refus de traiter. La réforme imminente de la loi sur l'énergie rendra exécutoires immédiatement les injonctions concernant l'accès aux réseaux (il faudra cependant voir l'application pratique).

### **Les actions en justice à titre privé constituent un autre moyen important (mais complexe) de mise en œuvre**

En dehors des poursuites publiques, l'autre possibilité est l'action privée. Son importance est réelle, même si cette voie est jalonnée d'obstacles. La plupart des arrêts de la Cour suprême se rapportent à la LRC ont été rendus en matière civile. L'action privée a pour fondement les dispositions dites « protectrices » de la LRC (interdiction des ententes horizontales et des pratiques abusives). Les parties protégées sont essentiellement les concurrents qui se trouvent exclus des marchés (les actions des consommateurs à l'encontre des ententes horizontales n'ont pas été jugées recevables par les tribunaux). Il est généralement difficile d'obtenir des dommages-intérêts pour entente horizontale, car

le code civil allemand s'est toujours montré très exigeant pour la preuve du lien de causalité et du montant du préjudice ; il semble cependant qu'un assouplissement se dessine. Les actions en injonction présentent également peu d'attrait : en effet, la règle veut que les dépens soient à la charge du perdant (le BKartA n'en est pas dispensé).

La possibilité d'agir en cas d'inaction du BKartA est limitée et, jusqu'à présent, les tribunaux ont écarté tout droit d'obliger le BKartA à exercer ses pouvoirs afin de réprimer un abus ou de contester une fusion.

## Politique de la concurrence au sein de l'UE et contexte international

### **Les réformes du droit de la concurrence de l'UE remettent en cause sur certains points l'approche allemande de la politique de la concurrence**

La prochaine modernisation des procédures de l'UE dans le domaine du droit de la concurrence renforcera les responsabilités des États membres pour l'application des dispositions du traité de l'UE : cette partie de l'activité du BKartA devrait donc se développer. Ces changements représentent un défi tout particulier pour l'Allemagne, car la conception allemande du droit de la concurrence et de son application diffère du nouveau modèle européen (encadré 3.5). Il y a un facteur supplémentaire de complexité : le BKartA peut appliquer tant la loi allemande que la législation européenne, mais les bureaux des *Länder* ne pourront appliquer que la loi allemande.

#### Encadré 3.5. **L'approche allemande et le droit de la concurrence de l'UE**

La Commission des monopoles a abondamment critiqué le projet de règlement de l'UE qui a abouti au règlement 2003/1. Une des critiques fondamentales était que la primauté des règles de l'EU ne permettrait plus aux organismes nationaux de résister à la politisation de la politique de la concurrence de l'EU et nuirait à la très nette séparation des missions du BKartA et du ministre dans le système allemand. Ces préoccupations illustrent bien les spécificités du droit allemand de la concurrence et de la tradition qui s'y attache.

La Commission des monopoles a appelé l'attention sur les différences de fond entre le droit allemand et le droit européen et a souligné que certains instruments prévus par la loi allemande étaient absents de la législation de l'EU. Ainsi :

- La classification des cartels est plus systématique dans la loi allemande que dans l'article 81 du traité de l'UE, limitant ainsi la latitude pour l'application.
- Le contrôle des abus est mieux différencié aux sections 19(2) et (3) de la loi allemande sur les restrictions à la concurrence qu'à l'article 82.
- Le pouvoir relatif de marché, élément majeur de la loi allemande, est ignoré à l'article 82.
- Dans le cadre de la loi allemande, il est plus facile d'obliger une entreprise en position dominante à autoriser l'accès à ses installations essentielles, car c'est à elle qu'il incombe de prouver qu'il est impossible de l'accorder [article 19(4)].

Même lorsque les textes paraissent semblables, les divergences doctrinales sont importantes. Par exemple, la Commission des monopoles a fait remarquer que l'UE traite les prix recommandés comme une forme d'accord, considérant en cela que les deux parties sont à égalité. Or, pour la loi allemande, il s'agit d'accords imposés unilatéralement, qu'il faut surveiller en raison du risque d'abus. La Commission des monopoles a exprimé la crainte que la compétence communautaire, indépendante de l'effet sur la concurrence internationale, puisse favoriser la tendance du droit de l'UE à dénier l'importance de la plupart des restrictions

**Encadré 3.5. L'approche allemande et le droit de la concurrence de l'UE (suite)**

verticales, position qu'elle ne partage pas. La méthode allemande, qui repose sur le contrôle des abus, peut paraître plus tolérante que celle de l'UE, fondée sur l'interdiction, mais il se pourrait qu'elle permette un meilleur contrôle des accords verticaux, selon ses modalités d'application et en fonction de la portée des dérogations à l'interdiction de l'UE.

Comme l'a fait valoir la Commission des monopoles, citant des décisions fondées sur la législation allemande qui ne seraient pas valables dans le cas de la législation UE, le nouveau règlement s'écarte d'une législation nationale ayant fait ses preuves et, en cela, s'accommode d'une moindre protection de la concurrence.

Source : Commission des monopoles, 2001.

**La coordination avec les autres autorités de la concurrence est large et, le plus souvent, informelle**

La LRC s'appuie sur le critère extensif des effets sur la concurrence et s'applique ainsi à tout comportement, en Allemagne ou à l'étranger, ayant une incidence sur la concurrence en Allemagne. L'inverse n'est cependant pas vrai (par exemple, les ententes à l'exportation ne sont pas concernées si elles n'ont de répercussions qu'à l'étranger). La coordination avec les autres autorités de la concurrence est large et, le plus souvent, informelle. Elle se présente notamment sous la forme de plusieurs conventions bilatérales d'entraide judiciaire (une est actuellement en cours de négociation avec les États-Unis). Les intérêts mutuels communs des autorités nationales de la concurrence sont de plus en plus largement reconnus. Le BKartA coopère, de façon informelle, avec la plupart des autorités de la concurrence dans les affaires de fusion. Lors d'une enquête sur une entente à laquelle participait également les États-Unis, il a coordonné ses propres investigations avec celles de ce pays.

**Les limites de la politique de la concurrence : dérogations et réglementations spéciales****Les PME sont une catégorie privilégiée bénéficiant d'une protection particulière**

L'héritage quasi-constitutionnel de la LRC pourrait se traduire par une application exceptionnellement large des principes de la concurrence. Pourtant, l'ampleur et la nature des exceptions sont similaires à ce que l'on constate dans la plupart des pays de l'OCDE. Certaines attestent le sérieux de cette mise en œuvre, la perspective d'une action de BKartA ayant en effet conduit le législateur à adopter des mesures de protection. La loi sur la concurrence cède la priorité aux autres lois en cas d'exigences incompatibles (ce qui peut se produire, par exemple, dans le cas du système de protection sociale ou des services professionnels). À quelques exceptions près, les entreprises publiques doivent se conformer à la LRC. Bon nombre d'entre elles, en particulier les services postaux et les régies municipales, ont fait l'objet de décisions du BKartA. Les PME ne sont pas à proprement parler dispensées de se conformer à la LRC, mais elles forment une catégorie privilégiée. La LRC leur donne les moyens de se protéger contre une concurrence agressive des grandes entreprises et contre la puissance de négociation de celles-ci, en leur permettant d'unir leurs efforts et de coopérer sous certaines conditions. Par exemple, certains groupements d'achat créés par des PME peuvent échapper à l'interdiction des ententes. La sollicitude de la LRC à l'égard des PME procède du même principe que d'autres politiques de soutien du *Mittelstand* (encadré 3.6), attestant l'importance et l'influence de ce dernier en Allemagne.

### Encadré 3.6. Artisanat et professions libérales

La sollicitude de la loi sur les restrictions à la concurrence (LRC) à l'égard des petites et moyennes entreprises procède du même principe que d'autres politiques visant à soutenir et protéger le *Mittelstand*. Certains dispositifs réglementaires protégeant les activités à petite échelle se sont vu reprocher de renchérir l'entrée sur les marchés, d'entraver les structures d'entreprises efficaces et de limiter le choix des consommateurs.

**Certificat de maîtrise dans les métiers de l'artisanat :** Pour 94 professions libérales et métiers artisanaux, un certificat de maîtrise est indispensable à l'exercice indépendant de l'activité concernée et à la création d'une entreprise dans ce domaine. Le système, issu en ligne directe des guildes médiévales, a survécu à plusieurs tentatives de réforme depuis le début de l'ère industrielle. Tout comme les guildes d'autrefois, les chambres de métiers et associations de professions libérales ont un certain pouvoir d'autoréglementation. Les titulaires de certificats de maîtrise sont actifs au sein des commissions qui fixent les règles et les normes relatives à leur domaine. L'obtention du certificat nécessite entre 1 000 et 1 600 heures de formation officielle, à la fois dans les disciplines techniques et en gestion d'entreprise. Les frais de formation peuvent se situer entre € 3 000 et € 7 500, suivant la discipline choisie. La préparation de l'examen de maîtrise représente approximativement une année de formation à temps plein ; dans ce cas, le candidat doit non seulement assumer le coût de cette formation, mais aussi renoncer à une année entière de revenus. Les candidats ayant opté pour une préparation à temps partiel s'y consacrent en plus de leur activité normale. En fonction du métier concerné, cette préparation peut durer de deux et deux ans et demi. Les coûts imposés par ce système découragent l'entrée. Une attestation de qualification de haut niveau peut, certes, apporter aux clients un certain nombre d'informations utiles et de garanties, du moins dans certains secteurs de services. Pour beaucoup, cependant, cette façon de limiter l'entrée sur le marché aux personnes les plus qualifiées conduit à un système très élitiste et empêche l'accès à des services acceptables, de qualité plus moyenne, pour des prix moins élevés. D'aucuns estiment que l'apprentissage associé à ce système joue un rôle essentiel dans la formation des futurs salariés de l'industrie comme dans celle des artisans. Les apprentis qui n'obtiennent pas la maîtrise – dans certains cas parce qu'ils n'en ont pas les moyens financiers – exercent souvent leur profession dans l'industrie. Une étude réalisée en 1998 par l'UE a inscrit le volet « formation » du système au nombre des « meilleures pratiques ».

Ce système de formation, de certification et de contrôle de l'entrée axé sur le certificat de maîtrise fait l'objet de nombreuses critiques. Le rapport présenté par la Commission de déréglementation en 1991 en étudiait les anomalies et recommandait des réformes, principalement en vue d'offrir de nouvelles opportunités aux personnes techniquement qualifiées qui ne disposent cependant ni du temps, ni de l'argent nécessaires à l'obtention de ce certificat. Selon la Commission de déréglementation, il faut pour cela mettre l'accent sur l'apprentissage. Les titulaires du certificat de maîtrise resteraient, certes, les seuls autorisés à engager et former des apprentis. Mais la possibilité d'exercer un métier sans posséder ce diplôme permettrait à davantage de personnes de se mettre à leur compte, améliorerait les possibilités d'exercer des fonctions d'encadrement et intensifierait la concurrence.

Depuis lors, la Commission des monopoles a réclamé des réformes à plusieurs reprises : dans son rapport périodique pour 1996-97 et dans un rapport spécial, en mai 2001. Dans ce dernier rapport, elle relevait une décision de la Cour de justice européenne aggravant dans les faits la discrimination entre les maîtres artisans allemands et leurs concurrents des autres États membres de l'UE. Selon la Commission européenne, ce résultat regrettable devrait plaider en faveur d'une réforme approfondie qui n'a déjà que trop tardé en

### Encadré 3.6. **Artisanat et professions libérales** (suite)

Allemagne. Les entreprises allemandes risqueraient sinon de céder du terrain à d'autres fournisseurs, du moins pour les activités ponctuelles, inhabituelles, ou frontalières. Pendant ce temps, les personnes qualifiées qui ne peuvent créer leur entreprise en Allemagne faute de posséder le certificat de maîtrise s'installent dans d'autres pays de l'UE, parfois même pour fournir des services en Allemagne.

La Cour constitutionnelle fédérale a jugé que le fait d'empêcher une personne dépourvue du certificat de maîtrise de créer sa propre société portait atteinte à la liberté constitutionnelle de création d'entreprise. Cette décision laisse toutefois au Parlement le soin de régler l'accès au marché.

Les **professions libérales** ont été réglementées elles aussi de manière à empêcher la concurrence et à protéger les activités locales à petite échelle. Les règles des associations professionnelles qui limitent la libre concurrence entre leurs membres échappent à la LRC parce qu'elles sont autorisées par d'autres lois fédérales. On peut citer par exemple les barèmes d'honoraires pour les avocats, les architectes, les ingénieurs et les médecins. Ces règles peuvent figurer dans les règlements professionnels autorisés par la loi. Même si elles ne tombent pas sous le coup de la LRC, elles ne peuvent échapper totalement à la politique de la concurrence, en ce sens qu'elles pourraient être concernées par le droit des ententes de l'UE si elles affectaient les échanges commerciaux entre les États membres de l'Union. Les règles restrictives peuvent en outre faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Les tribunaux allemands s'appuient sur la garantie du libre choix de la profession (article 12 de la Constitution) pour limiter les restrictions à la prestation de services professionnels. Le législateur, qui interdisait toute forme de publicité, même informative et conforme à la réalité, s'oriente vers un certain assouplissement pour plusieurs catégories professionnelles : comptables, ingénieurs, architectes ; cela n'est cependant pas le cas pour les médecins. Depuis 1994, une nouvelle structure permet une coopération interprofessionnelle auparavant impossible ; en outre, les avocats ont depuis 1998 le droit de constituer une société à responsabilité limitée.

### **Les industries de réseau : défi à une utilisation efficace de la LRC**

La conception très large du rôle de la LRC et du BKartA souligne le caractère global de la politique de la concurrence, peu favorable aux règlements spéciaux et à la mise en place d'organismes de régulation chargés de veiller au respect de la concurrence dans certains secteurs. Par ailleurs, autorités locales et initiative privée ont généralement la préférence. L'Allemagne a donc toujours privilégié l'autorégulation, sous réserve d'un contrôle exercé par les autorités de la concurrence. Les exclusions sectorielles de la loi sur la concurrence visent le plus souvent à éviter que les interdictions de la LRC ne s'appliquent à des comportements qui n'auraient probablement rien d'anticoncurrentiel. On peut toutefois percevoir une évolution de l'attitude à l'égard des dispositifs sectoriels, en partie sous l'influence de la législation européenne. En particulier, l'Allemagne a mis en place une autorité de régulation pour les télécommunications et les services postaux ; elle a en outre annoncé la création d'une autorité de régulation dans le secteur de l'énergie. La Commission des monopoles, en tout cas, s'est ralliée à l'opinion selon laquelle les monopoles naturels doivent être contrôlés dans le cadre d'un processus de régulation.

Dans le *secteur de l'énergie* (voir le chapitre 5), cette annonce a suscité un certain flottement. Avec la libéralisation, certaines dérogations aux interdictions de la LRC ont été

supprimées. Le contrôle du pouvoir de marché s'effectue principalement dans le cadre de la LRC, via le BKartA et les bureaux de la concurrence des *Länder*. Au cours de l'été 2001, le BKartA a mis en place une unité chargée des problèmes relatifs au réseau d'électricité, et de nombreux dossiers ont été traités, dont la plupart concernaient l'application de tarifs excessifs pour l'accès au réseau. Les conditions de cet accès ont été fixées à l'issue de négociations au sein du secteur (« accords d'association ») plutôt que par des règlements (on parle d'accès négocié plutôt que d'accès réglementé). Le BKartA a exprimé sa crainte de voir ces accords faciliter des ententes sur les prix. Le secteur a été invité à élaborer un ensemble d'accords plus satisfaisants d'ici la fin de 2003, et le ministère a présenté en septembre 2003 un rapport sur les résultats obtenus avec le système d'accès négocié au réseau.

Pour résumer, il s'avère difficile d'intensifier la concurrence dans les secteurs de réseau au moyen de la LRC. Aucune des actions engagées au titre de cette loi n'a encore abouti à une décision finale. La Commission des monopoles constate qu'avec le système d'accès négocié les interconnexions ne sont pas nombreuses. La structure du marché fait partie intégrante du problème. Plusieurs fusions intervenues ces dernières années (et presque toujours avec l'approbation du BKartA) ont réduit le nombre des producteurs d'énergie indépendants et intensifié l'intégration verticale. Dans le secteur du gaz – où l'accès au réseau se fait également par la négociation – la concurrence se développe plus lentement encore.

En ce qui concerne le secteur des télécommunications (voir le chapitre 6), l'approche a été différente. La RegTP, autorité de régulation mise en place pour les télécommunications et les services postaux par la loi de 1996 sur les télécommunications, est principalement chargée de réglementer les activités de *Deutsche Telekom AG* (DTAG), qui a remplacé le monopole d'État et qui se trouve actuellement en position dominante sur le marché. Dans une certaine mesure, la loi sur les télécommunications prime sur la LRC. Le BKartA est néanmoins compétent pour le contrôle des fusions, même si la RegTP dispose également de certains pouvoirs en la matière. Il existe à la fois des liens de fond et de procédure entre la réglementation sectorielle et la LRC. Par exemple, pour que s'appliquent les dispositions de la loi sur les télécommunications concernant la transparence financière, l'approbation des tarifs, le contrôle de l'interconnexion et l'accès au réseau, il faut qu'un abus de position dominante ait été constaté dans le cadre de la LRC. La Commission des monopoles doit établir tous les deux ans un rapport sur l'évolution de la situation dans les secteurs des télécommunications et des services postaux.

Malgré l'existence d'un dispositif spécifique pour l'accès réglementé (censé être plus rapide), un certain nombre de problèmes se posent. Les nombreuses contestations dont font l'objet les décisions de la RegTP entraînent des retards, et ce en dépit de procédures accélérées et du principe selon lequel les décisions de la RegTP prennent immédiatement effet. DTAG a contesté devant les tribunaux, avec un certain succès, les contrôles que la RegTP souhaitait lui imposer, et a refusé de dévoiler ses coûts de revient.

Les services postaux restent un monopole autorisé par la loi sur la poste, qui laisse peu de place à l'application de la LRC. Les droits exclusifs de *Deutsche Post AG* (DP) ont récemment été prorogés jusqu'en 2007, même s'ils sont de plus en plus limités. La réglementation découlant de la loi sur la poste – qui porte notamment sur l'attribution des licences et sur le contrôle des prix – a des répercussions importantes sur les conditions de la concurrence. La DP bénéficie de certains avantages financiers sur ses concurrents ; par ailleurs, la Commission européenne a jugé répréhensible l'utilisation de subventions fédérales pour soutenir les activités de DP sur les marchés concurrentiels.

La loi sur la concurrence montre certaines limites en ce qui concerne le *transport de voyageurs*. La réglementation applicable à ce secteur entérine les accords entre associations de fournisseurs régionaux et locaux de services de transport (bus et train), afin de permettre les correspondances et les billets combinés. La concurrence est entravée au premier chef par la réglementation fixant les tarifs et les conditions de service dans le secteur public, qui prime sur la LRC, ainsi que par la lenteur et la frilosité des restructurations. Deutsche Bahn AG a été restructurée afin de séparer le réseau ferroviaire du service de transport. Cependant, la séparation comptable n'a pas encore été menée à son terme et DB reste le seul propriétaire, ce qui sape tout effort visant à définir des conditions adéquates pour l'accès au réseau ferroviaire. L'Autorité fédérale des chemins de fer supervise les accès et les horaires afin d'empêcher toute discrimination ; le BKartA a également le pouvoir d'intervenir en cas d'abus. La part de marché des autres opérateurs n'est que de 7 % pour le transport des personnes, essentiellement au niveau local, mais on s'attend à une progression de ce chiffre. Les opérateurs autres que DB sont mieux placés pour le fret, bien que l'accès au réseau pose un problème. Le BKartA a constaté que le système tarifaire de DB, discriminatoire, manquait de transparence. DB y a introduit certains changements, mais les difficultés liées à l'accès, notamment, subsistent.

Il conviendrait de traiter les questions d'accès en instaurant au minimum une séparation rigoureuse au niveau de la gestion et la comptabilité. Or, en matière de gestion, la loi allemande sur les sociétés rend impossible une séparation stricte, car les dirigeants de filiales sont tenus d'agir dans l'intérêt de l'ensemble du groupe. Il se pourrait donc que la seule solution qui soit à la fois raisonnable et conforme à la loi consiste à séparer la propriété. La Commission des monopoles a recommandé des mesures plus énergiques que celles actuellement en vigueur.

La distribution d'eau, essentiellement assurée par des régies municipales, n'est pas soumise à la LRC pour des raisons de santé publique et de lutte contre la pollution. Les tarifs sont plus élevés que dans d'autres pays de l'UE, mais la qualité de l'eau est également très bonne. On pourrait encourager des améliorations en recourant davantage à l'étalonnage concurrentiel, en élargissant le territoire couvert par certaines sociétés de distribution d'eau et en attribuant les contrats d'approvisionnement en eau par des appels d'offres.

### ***D'autres secteurs bénéficient, sans que cela soit toujours pleinement justifié, de dérogations et de traitements particuliers***

Plusieurs autres secteurs bénéficient de dispositions spéciales et de dérogations. C'est ainsi que les interdictions de la LRC ne s'appliquent pas aux accords concernant le *secteur agricole*, pour autant que ces derniers ne fixent aucun prix ou n'excluent pas la concurrence. La raison de cette dérogation est la prise en compte de certains facteurs, comme les conditions météorologiques, qui limitent les possibilités de réaction aux conditions du marché. Autre exemption : celle qui autorise les accords entre *sociétés de crédits et entre sociétés d'assurance* concernant le regroupement des risques et des prêts. Dans la pratique, la LRC ne s'applique pas aux *caisses d'assurance maladie obligatoire*, que l'on ne considère pas comme des entreprises (qui seraient, elles, sujettes à la LRC). Certains aspects de la législation de l'UE peuvent en outre s'appliquer. Les *sociétés de droits d'auteur* échappent à l'interdiction fondamentale des accords horizontaux et verticaux (mais restent soumises à contrôle et peuvent être sanctionnées en cas d'abus) pour pouvoir faire respecter efficacement les droits individuels. Les *retransmissions sportives* bénéficient de dérogations pour encourager certains objectifs étrangers à la concurrence, comme le sport

et la formation des jeunes. Une autre exemption concerne les médias, en l'occurrence les domaines faisant l'objet de conventions, y compris de « conventions » entre *Länder*, qui ont trait à la *télévision commerciale* et à la répartition des droits entre stations de TV.

S'agissant des *médias*, c'est généralement aux *Länder* qu'il appartient d'accorder les licences aux opérateurs privés de radio et de télévision et d'attribuer les fréquences, responsabilité qui s'explique par leur compétence législative dans le domaine culturel. Le pluralisme et la concentration des médias dans les stations privées nationales sont soumis au contrôle de la Commission chargée de la concentration dans le secteur de l'audiovisuel (KEK).

L'important secteur des *publications* bénéficie, lui aussi, d'un régime particulier. La LRC comporte une dérogation pour les prix imposés, mais semble autoriser un traitement résultant de la « règle de raison » (la pratique concernée peut être annulée dans certaines conditions). Le BKartA a analysé en 1970 les effets de cette exemption sur les marchés et constaté que les prix étaient de deux à trois fois plus élevés en Allemagne qu'en France pour une catégorie de produits faisant l'objet d'un traitement différent dans les deux pays. Les arguments avancés pour les prix de revente imposés sont la promotion des valeurs culturelles, les subventions croisées en faveur des produits peu demandés pour encourager l'innovation et la pluralité des points de vue, ainsi que la protection d'une structure de PME dans l'ensemble du pays. Une nouvelle loi entrée en vigueur en 2002 – afin de remédier à un constat de l'UE selon lequel les anciennes dispositions contrevenaient à la législation européenne – renforce encore cette protection en instaurant un régime de prix de détail imposés pour les livres, les partitions musicales et les cartes géographiques.

## Action des instances chargées de la concurrence en faveur des réformes

### **Le rôle du BKartA pour la formulation des politiques et la promotion de la concurrence est limité : pourrait-il faire davantage ?**

La Commission des monopoles est devenue la source principale d'analyse et de sensibilisation concernant la réglementation et la concurrence : via ses rapports bisannuels, elle examine les questions d'actualité ainsi que les différents aspects de la concentration industrielle et du contrôle des fusions. En outre, elle présente désormais régulièrement des rapports sur l'état de la concurrence dans les services postaux et les télécommunications. Elle émet aussi de temps à autre des avis spécifiques, soit de sa propre initiative, soit à la demande du gouvernement fédéral. Ses travaux ont notamment permis de mettre le doigt sur les problèmes qui se posent dans le domaine de l'artisanat et de l'accès aux réseaux.

En ce qui concerne l'élaboration des politiques et l'action en faveur de la concurrence, le rôle du BKartA est limité, alors que, dans le passé, il avait plus fréquemment formulé des commentaires : au début des années 90 (dans le contexte de projets de loi), il était intervenu à propos de toute une gamme de problèmes importants, allant de la loi sur les médias à la politique dans les télécommunications et à la concurrence entre fournisseurs de services privés et publics. Or, actuellement, il se concentre sur les problèmes d'infrastructure et sur son rôle d'organe de surveillance. À première vue, on pourrait trouver surprenant que le BKartA reste à l'écart du débat général sur la politique de la concurrence, étant donné l'importance primordiale qui s'attache traditionnellement au processus de concurrence dans l'économie sociale de marché. Cette même tradition met cependant aussi l'accent sur l'indépendance dans l'application de la loi sur la concurrence. Un sens aigu de l'impartialité permet de donner du poids et de l'autorité aux observations émanant d'un organisme

indépendant. Mais ce capital constitue une ressource précieuse qu'il faut éviter de dépenser avec trop de prodigalité dans des débats politiques controversés, afin de ne pas mettre en péril la crédibilité de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

## Conclusion

La loi allemande sur la concurrence représente un héritage important. Elle a été adoptée comme fondement de la politique économique de l'après-guerre et on peut donc lui attribuer en partie au moins les succès remportés. En particulier, la structure institutionnelle mise en place dans le contexte de la loi a donné des résultats remarquables. Le BKartA inspire un grand respect ; il a manifesté dès le début un sens aigu de sa mission, conforté par la conviction que la loi qu'il applique est en symbiose avec le principe même de l'ordre économique allemand. La perturbation institutionnelle ayant accompagné son récent transfert à Bonn peut éprouver sa confiance et ses capacités ; son avenir dépend de son aptitude à préserver l'esprit traditionnel. Les méthodes ont tendance à se caractériser par un formalisme juridique (n'est-on pas en Allemagne ?), mais les présomptions sous-jacentes à la réglementation encouragent l'efficacité et sont en phase avec les objectifs de la politique économique. Les dispositions de fond sont un exemple d'équilibre et peuvent se targuer de près de 50 années d'expérience et de jurisprudence. Les règles concernant les ententes horizontales en disent long sur l'importance accordée à la concurrence, tout en autorisant une coopération efficace.

Les idées à la base de la loi sont cependant devenues diffuses et à certains égards ont été avec le temps affaiblies par des ajustements de la réglementation, sans parler des modifications introduites pour tenir compte de certains intérêts particuliers. L'objectif clef de la loi (protéger les relations sur les marchés et les structures de ces derniers) pose également problème. Il faudrait confronter à cet aspect les performances des marchés et la promotion de l'innovation, afin de s'assurer que la poursuite de cet objectif n'encourage pas, en fait, l'immobilisme, voire décourage la compétition. Le risque existe de toute évidence, comme en témoignent (malgré l'abrogation des lois qui rendaient les rabais difficiles) les règles concernant la concurrence déloyale qui découragent les rabais et n'accordent au consommateur que trop peu de crédit quant à sa capacité de se défendre.

Le lien entre le droit et la politique de la concurrence est limité du fait de leur séparation institutionnelle. Il y a de bonnes raisons à cela : le BKartA se trouve ainsi protégé contre les pressions politiques et son indépendance en est confortée, ce qui constitue un atout considérable. Le BKartA se concentre sur l'application de la loi et la politique est l'affaire du ministère. Les rapports de la Commission des monopoles fournissent également une base au débat politique. La Commission des monopoles ne peut cependant pas parler avec la même autorité que le BKartA ; quant au ministère, comme l'a montré l'action récente lors de la fusion concernant le gaz et l'électricité, son aptitude à promouvoir une réforme efficace reposant sur la concurrence peut se trouver compromise par les autres missions qui lui incombent. Les recours au ministre ont été peu fréquents, on en a compté deux durant la seule année écoulée pour d'importantes fusions. Or, il n'avait pas été prévu que de tels recours puissent être monnaie courante et, si les parties déçues en font usage trop souvent, il pourra s'avérer indispensable de les assortir de critères plus stricts afin de décourager ce qui pourrait apparaître comme une remise en cause de la décision du BKartA.

Les difficultés que suscite l'évolution de la loi européenne sur la concurrence et ses modalités d'application ne sont pas minces ; peut-être même s'agit-il du défi majeur auquel la loi allemande sur la concurrence se trouve aujourd'hui confrontée. Le BKartA s'appuie sur un système bien particulier qui pourrait, à terme, faire figure d'anomalie en Europe. Il est probable qu'un long processus d'expérimentation et de co-évaluation s'engagera. En dépit de certaines avancées dans le sens d'un alignement sur les pratiques de l'UE, les grands principes qui sous-tendent les deux systèmes restent fondamentalement incompatibles : c'est le cas, par exemple, de l'importance que l'UE accorde aux pouvoirs de l'administration et aux critères généraux d'exemption, tandis que l'Allemagne procède davantage par notification systématique en s'appuyant sur des règles clairement définies.

La réforme réglementaire a du mal à trouver sa place dans le droit et la politique de la concurrence en Allemagne. Le système en vigueur est loin de favoriser un changement réel dans les secteurs en cours de libéralisation. Par ailleurs, le fait que la mise en œuvre de la loi sur la concurrence et la politique de la concurrence soient déconnectées ne facilite pas la réforme. La loi elle-même n'est guère adaptée à l'application des principes de concurrence dans les secteurs d'infrastructures où les structures concurrentielles n'ont pas encore pris racine. Les méthodes habituelles d'analyse et de preuve se révèlent difficiles à appliquer. La tentative de coordination autodirigée d'un secteur soumise exclusivement aux contrôles nécessaires dans le cadre de la lutte contre les ententes cède peu à peu la place à une solution réglementaire. Cette approche progressive de la réforme a le mérite certain d'ouvrir la voie à d'autres mesures lorsqu'une expérience échoue.

## Options de politique à envisager

### **1. Donner plus de pouvoir aux consommateurs en encourageant les nouvelles entrées sur le marché et la concurrence dans le secteur des professions libérales et artisanales.**

Le coût élevé que représente l'obtention de qualifications ainsi que les limites imposées aux services offerts opposent un obstacle financier à l'entrée sur le marché et freinent l'innovation. Ils sapent également les objectifs de la politique de la concurrence en réduisant les possibilités offertes aux fournisseurs et en refusant aux consommateurs le choix entre différentes combinaisons prix-qualité. Il existe à l'évidence dans certains de ces domaines – mais dans certains seulement – des asymétries d'information qui vont dans le sens du maintien de normes, en particulier pour protéger les consommateurs mal informés ou vulnérables. L'expérience d'autres pays montre pourtant qu'une réglementation moins envahissante peut assurer une protection suffisante tout en améliorant les performances commerciales. La nouvelle loi sur le secteur de l'artisanat dont le ministère élabore actuellement le projet devrait répondre à certaines des critiques formulées à l'encontre du dispositif en place, en limitant l'exigence du certificat de maîtrise aux services susceptibles de comporter des risques pour la santé ou la vie, et en permettant à d'autres fournisseurs suffisamment expérimentés d'offrir leurs services dans ce secteur.

### **2. Réformer les règles commerciales protectionnistes pour offrir une économie moderne à des consommateurs informés.**

Les réglementations tendent à protéger les producteurs et les fournisseurs en place contre les innovations commerciales, mais n'accordent que trop peu de crédit à l'aptitude des consommateurs à se protéger eux-mêmes. On constate cependant un début

d'évolution pour certaines de ces contraintes : la loi sur les rabais de 1933 et le règlement sur les primes de 1932 ont été abrogés en 2001. La direction semble donc être la bonne, mais les progrès sont lents. L'adoption de nouveaux horaires d'ouverture des commerces n'a pas bouleversé la famille dans son rythme de vie de tous les jours ; la plupart du temps, les consommateurs continuent de faire leurs courses pendant les mêmes tranches horaires qu'auparavant. La crainte de voir le changement déchirer le tissu social était donc sans fondement. Il est très probable qu'un assouplissement des contraintes relatives aux rabais et aux soldes – censé intervenir lors de la réforme prochaine de la loi sur la concurrence déloyale – susciterait une réaction tout aussi feutrée. Cette réforme devrait aller plus loin et éliminer l'interdiction formaliste des ventes à perte lorsqu'il n'y a aucun risque de prédation ou de monopole. Cette interdiction, qui a vraisemblablement pour effet de maintenir des niveaux de prix plus élevés tout au long de la chaîne de distribution, ignore la réalité du commerce moderne en exigeant que les offres soient décomposées en différents articles. Les consommateurs qui réagissent aux offres de rabais et fréquentent les grandes surfaces s'apercevront peut-être qu'ils préfèrent le commerce de proximité. Mais ils pourront aussi décider qu'il n'en est rien ; dans ce cas, ce sera parce qu'ils auront jugé l'autre option plus intéressante pour eux.

### **3. Mettre un terme au traitement spécial anormal en faveur du secteur de l'édition.**

Il est malaisé de justifier l'obligation d'adopter un comportement qui serait *ipso facto* interdit dans tout autre secteur de l'économie. Certes, le secteur de l'édition est atypique et se caractérise notamment par des coûts marginaux très bas, assortis de perspectives de succès extrêmement aléatoires : dans la plupart des cas, on perd, mais on peut aussi gagner gros, et bien malin celui qui pourrait prédire le succès ou l'échec. Il faut bien trouver un moyen de répartir les risques et de profiter des aubaines. Toutefois, le faire par le biais d'une dérogation explicite est contraire à la logique de la loi sur la concurrence. Qui plus est, les objectifs recherchés, notamment l'expérimentation et la diversité d'expression, peuvent être atteints par des moyens moins perturbateurs. Dans les anciens systèmes de distribution, la solution pouvait être la vente en consignation ou une politique généreuse de retour à l'éditeur, celui-ci en supportant le risque. Dans les contextes de distribution moderne, il pourrait s'agir d'une gestion des stocks très élaborée, de la livraison J + 1 et de la production en flux tendus des articles à rotation lente. Dans chacun de ces contextes, la fixation d'un prix de détail recommandé, qui serait autorisé dans le cadre de la LRC, permettrait d'atteindre la totalité des objectifs légitimes d'une dérogation pure et simple. Même dans les marchés de langues à faible diffusion comme la Suède, l'expérience a montré qu'en laissant jouer la concurrence pour les prix de détail on ne réduisait pas nécessairement le choix des consommateurs, même si cela pouvait entraîner des systèmes de distribution différents.

### **4. Confier à un seul organisme de régulation les différends relatifs à l'accès dans les industries de réseau.**

Conscient des difficultés rencontrées lorsqu'on veut encourager les réformes par le biais du droit de la concurrence, le gouvernement a annoncé son intention de confier ces fonctions dès 2004 à un organisme de régulation. Les modalités de ce transfert restent à élaborer. L'une des questions importantes aura trait à la forme institutionnelle et au rattachement de cet organisme, à savoir s'il sera relié au BKartA ou à l'organisme actuel de régulation des télécommunications.

### **5. Accorder plus de poids à la promotion de la concurrence et à l'analyse des politiques.**

Cette fonction a été confiée à la Commission des monopoles, sauf pour les questions directement liées à l'application de la loi sur la concurrence. Cet organisme a les compétences voulues et bénéficie par ailleurs de la stature professionnelle et de l'indépendance politique requises. Ses ressources ne sont cependant pas abondantes. Actuellement, il en gaspille une partie en respectant son obligation légale de produire des rapports sans grande portée sur la concentration industrielle, ce qui n'est pas utile pour la mise en œuvre de la loi et n'est guère pertinent pour l'élaboration des politiques. Cette fonction est une séquelle de l'humeur politique de l'époque où l'on a ajouté le contrôle des fusions à la loi, afin de contrer le capital monopolistique. Y mettre fin dégagerait du temps et des ressources pour traiter les problèmes actuels. Par ailleurs le BKartA devrait s'engager davantage dans l'analyse des politiques et dans la sensibilisation à la concurrence, et ne pas se limiter à la teneur et à l'application de la LRC. La Commission des monopoles est maintenant une institution bien établie, mais son rôle purement consultatif permet facilement de ne pas tenir compte de ses préconisations. Certes, si l'organisme de mise en œuvre s'implique dans des controverses de doctrine, son capital politique s'en ressentira et il s'exposera à certains risques ; ces dommages potentiels justifient que le BKartA choisisse bien ses opportunités de sensibilisation, en s'attachant éventuellement surtout aux pratiques qui, si le dispositif réglementaire en cause n'existait pas ou restait à l'état de projet, tomberaient dans le champ d'application de la LRC. Si cela devait faciliter une mission élargie de sensibilisation de la part du BKartA, il faudrait envisager une habilitation formelle plus précise.

### **6. Envisager d'accroître l'effectif du BKartA.**

L'effectif du BKartA est sensiblement le même qu'il y a dix ans, les seuls suppléments récents étant intervenus à l'occasion des nouvelles responsabilités concernant les marchés publics. Il est malaisé de procéder à des comparaisons avec d'autres autorités de la concurrence, en raison des différences en matière de compétences, de pouvoirs et de procédures. Néanmoins, le BKartA semble étonnamment petit si on le compare à celui d'autres autorités de nombreux autres pays : il n'est guère plus important que celui de son homologue britannique (OFT) et, même en ajoutant les effectifs des petits bureaux des différents *Länder*, il reste nettement inférieur à celui des organismes correspondants en France, au Canada et aux Pays-Bas. Grâce à son professionnalisme et à son expérience, le BKartA peut obtenir des résultats impressionnants avec des moyens modestes. La pression sera un peu moindre lorsque les dossiers liés à l'électricité seront transférés à un organisme de régulation des réseaux. Pourtant, une adaptation de l'effectif sera sans doute indispensable pour faire face au supplément de travail qu'entraîneront probablement des activités telles que la mise en œuvre de la modernisation de l'UE.

### **7. Améliorer les instruments pour les relations et les décisions concernant les industries de réseau.**

Les tentatives visant à appliquer la LRC aux problèmes d'accès aux réseaux ont mis à jour certains problèmes potentiels touchant aux méthodes de collecte d'informations et aux règles appliquées pour les relations verticales. L'urgence à résoudre ces problèmes dépendra de la date à laquelle ces affaires seront transférées à un organisme de régulation des réseaux. Entre-temps, il serait bon de leur accorder quelque attention. Pour la collecte

d'informations, les problèmes sont essentiellement nés de controverses sur la nature des données jugées pertinentes. La Cour d'appel ayant maintenant spécifié que, pour l'application de la LRC, les coûts pouvaient être pris en considération tout autant que les comparaisons tarifaires, on ne pourra plus désormais invoquer, au moins aussi largement, l'absence de pertinence des informations sur les coûts pour résister à des demandes d'informations. Il est probable que des controverses surgiront encore sur des questions de détail. Il ne sera probablement ni possible ni nécessaire de modifier la procédure d'obtention des informations, ou d'alourdir les sanctions pour non-respect d'une demande d'informations. Le niveau de la sanction importe peu car, dans les faits, les tribunaux ne l'infligent pas. Et il ne serait pas acceptable d'exposer une partie à des sanctions sans qu'elle puisse être entendue par un tribunal. L'obtention d'informations semble poser un problème de plus en plus aigu pour les administrations allemandes. La RegTP a éprouvé des difficultés à obtenir de DTAG des données fondamentales sur les coûts. Le BKartA ne s'est pas plaint que ses moyens d'investigation soient insuffisants, mais à mesure qu'il devra traiter avec des entreprises étrangères qui n'ont pas l'habitude de coopérer avec lui, il pourrait cependant constater que des mesures plus coercitives lui seraient nécessaires.

PARTIE II  
*Chapitre 4*

## Ouverture des marchés\*

\* Pour plus d'informations, voir le rapport de référence « Améliorer de l'ouverture des marchés grâce à la réforme de la réglementation » disponible sur le site [www.oecd.org/regreform/backgroundreports](http://www.oecd.org/regreform/backgroundreports).

## Contexte et historique

### **La vaste économie allemande est fortement axée sur l'exportation et les politiques commerciales du pays favorisent l'ouverture des marchés**

Dans le contexte européen, l'Allemagne se caractérise avant tout par sa taille. Troisième économie mondiale après les États-Unis et le Japon, deuxième exportateur de marchandises, l'Allemagne est aussi le plus vaste marché de l'UE avec une population de 82.3 millions d'habitants et un PIB de € 2 269.2 milliards en 2001.

L'Allemagne reste confrontée à la nécessité d'ajuster son économie au processus d'unification. En ce qui concerne l'intégration des nouveaux *Länder*, l'objectif était de parvenir à des niveaux de vie uniformes dans l'ensemble du pays, ce qui s'est avéré coûteux. Les transferts budgétaires au profit des nouveaux *Länder* continuent à grever lourdement les finances publiques et ont contribué au déficit du budget de l'État, qui a atteint € 25.7 milliards en 2001. Ces coûts se sont répercutés également sur l'évolution de la balance commerciale. Le solde des échanges de marchandises a fortement baissé après la réunification – les marchandises étaient alors orientées sur les régions de l'Est aux fins de reconstruction – pour ne retrouver que récemment les niveaux d'avant la réunification. En 2001, les échanges de marchandises ont dégagé un excédent d'environ € 87 milliards (soit approximativement 4.5 % du PIB). Le commerce de marchandises se concentre largement sur les produits chimiques, les produits manufacturés, les machines et le matériel de transport : ces trois secteurs ont représenté en 2001 près de 80 % des exportations de marchandises du pays et ont été à l'origine de l'excédent de sa balance commerciale (tableau 4.1). S'agissant des services, les échanges sont depuis longtemps déficitaires. En 2001, les principaux secteurs d'importation ont été les voyages, les services aux entreprises et les transports (tableau 4.2).

Tableau 4.1. **Ventilation sectorielle du commerce de marchandises, 2001**

	Importations		Exportations		Solde (€ million)
	(€ million.)	%	(€ million)	%	
Denrées alimentaires et animaux vivants	29 916	5.4	21 313	3.3	-8 603
Boissons et tabac	4 976	0.9	4 133	0.6	-843
Matières premières non comestibles, sauf les combustibles	16 968	3.1	8 939	1.4	-8 029
Combustibles minéraux, lubrifiants et produits connexes	46 869	8.5	8 896	1.4	-37 973
Huiles végétales et animales, graisses et cires	1 139	0.2	1 241	0.2	102
Produits chimiques et connexes n.c.a.	54 963	10.0	80 815	12.7	25 852
Produits manufacturés classés principalement par matériau	69 064	12.6	86 077	13.5	17 013
Machines et équipement de transport	206 202	37.5	331 166	52.0	124 964
Articles manufacturés divers	66 884	12.2	59 482	9.3	-7 402
Autres matières premières et transactions	53 293	9.7	35 269	5.5	-18 024
<b>Total</b>	<b>550 273</b>	<b>100.0</b>	<b>637 333</b>	<b>100.0</b>	<b>87 060</b>

Source : Statistisches Bundesamt, 2002.

Tableau 4.2. **Ventilation sectorielle du commerce des services, 2001**

	Débit		Crédit		Solde
	(€ million)	%	(€ million)	%	(€ million)
Transports	28 126	18.2	22 952	23.5	-5 174
Voyages	51 607	33.4	19 232	19.7	-32 375
Services de communication	3 494	2.3	1 804	1.8	-1 691
Services de bâtiment et travaux publics	5 273	3.4	3 981	4.1	-1 293
Services d'assurance	1 257	0.8	1 779	1.8	522
Services financiers	4 127	2.7	4 566	4.7	439
Ordinateurs et services informatiques	7 124	4.6	5 199	5.3	-1 925
Redevances et droits de licence	5 850	3.8	3 515	3.6	-2 336
Autres services aux entreprises	42 689	27.6	29 626	30.3	-13 062
Services personnels, culturels et récréatifs	3 718	2.4	374	0.4	-3 344
Services des administrations publiques	1 476	1.0	4 777	4.9	3 301
<b>Total</b>	<b>154 742</b>	<b>100.0</b>	<b>97 804</b>	<b>100.0</b>	<b>-56 939</b>

Source : OCDE, 2003b.

Des politiques économiques axées sur les exportations sont l'une des caractéristiques essentielles de l'économie sociale de marché qui s'est développée après la Deuxième Guerre afin de remettre l'Allemagne sur pied. La concurrence – à l'étranger comme à l'intérieur du pays – a été fortement encouragée. L'Allemagne s'est en outre employée à promouvoir l'intégration des marchés, tant en Europe qu'à l'échelle internationale. La politique commerciale du pays est étroitement liée à l'Union européenne. Au sein de l'UE, l'Allemagne s'est également attachée à promouvoir une politique commune ouverte en matière de commerce extérieur, tandis que l'instauration du marché unique conduisait à une réduction des obstacles réglementaires au commerce entre les pays européens. Les relations commerciales sont solidement ancrées dans le cadre de l'UE (tableau 4.3). L'Allemagne effectue la moitié de ses échanges avec les autres membres de l'Union.

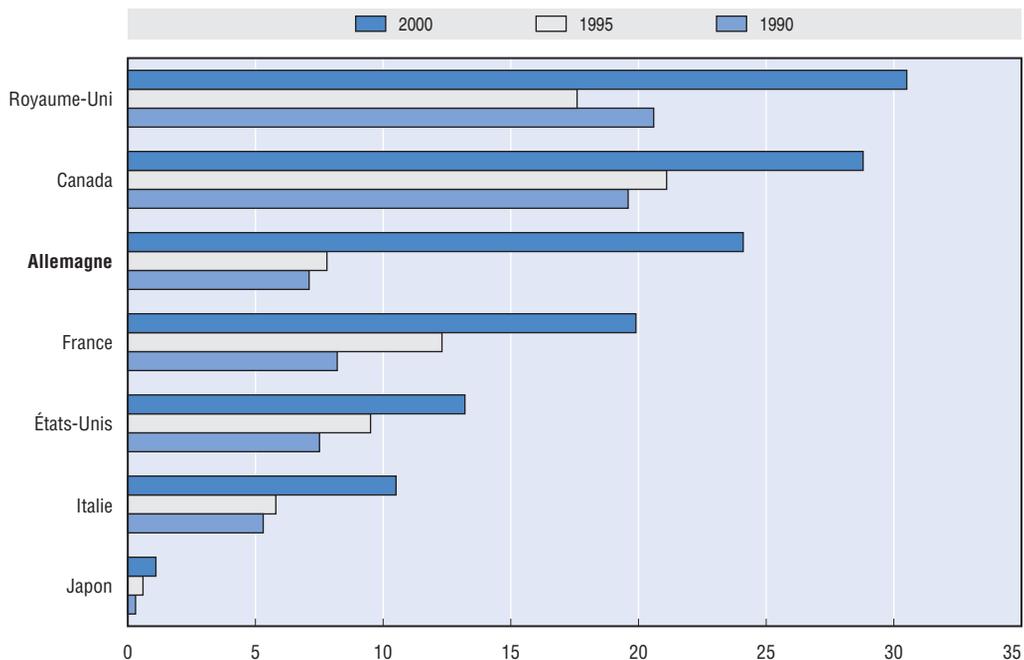
Tableau 4.3. **Ventilation géographique du commerce de marchandises, 2001**

	Importations		Exportations		Solde
	(€ million)	%	(€ million)	%	(€ million)
<b>OCDE</b>	<b>432 381</b>	<b>78.6</b>	<b>522 020</b>	<b>81.9</b>	<b>89 639</b>
UE15	274 374	49.9	342 720	53.8	68 346
Europe hors UE	78 339	14.2	81 100	12.7	2 761
ALENA	49 946	9.1	76 895	12.1	26 949
Asie-Pacifique	29 721	5.4	21 304	3.3	-8 417
<b>Non-OCDE</b>	<b>96 959</b>	<b>17.6</b>	<b>99 044</b>	<b>15.5</b>	<b>2 085</b>
Europe	19 378	4.0	26 880	4.2	4 745
Afrique	11 192	2.0	11 812	1.9	620
Amérique	8 689	1.6	11 144	1.7	2 456
Proche et Moyen-Orient	5 081	0.9	13 646	2.1	8 565
Asie-Pacifique	50 069	9.1	35 561	5.6	-14 508
<b>Divers</b>	<b>20 934</b>	<b>3.8</b>	<b>16 269</b>	<b>2.6</b>	<b>-4 664</b>
<b>Monde</b>	<b>550 273</b>	<b>100.0</b>	<b>637 333</b>	<b>100.0</b>	<b>87 060</b>

Source : OCDE, 2003a.

Dans le domaine des investissements, les flux sont également à dominante européenne. La moitié des investissements allemands à l'étranger se font dans les pays de l'UE et la part des autres membres de l'UE dans le total de l'investissement étranger en Allemagne est de plus de 60 %. Les entrées d'investissements directs étrangers (IDE), relativement faibles jusque vers le milieu des années 90, sont en augmentation. L'IDE rapporté au PIB reste inférieur à celui enregistré au Royaume-Uni et au Canada, mais dépasse celui d'autres grands pays de l'OCDE (graphique 4.1). Plus récemment, le volume de l'IDE a bénéficié de grandes opérations (comme la reprise de Mannesmann par Vodafone Airtouch). Les trois activités de base du secteur manufacturier, à savoir les produits chimiques, les produits manufacturés, les machines et le matériel de transport, représentent également les deux tiers des entrées et sorties d'IDE pour ce secteur. Toutefois, l'essentiel de l'IDE (plus de 80 % des entrées et plus de 70 % des sorties en 1999) est réalisé dans le secteur des services. En stock, les sorties d'IDE dépassent de près de 40 % les entrées.

Graphique 4.1. **Montants d'IDE entrants en proportion du produit intérieur brut dans un certain nombre de pays de l'OCDE**



Source : OCDE.

### **Un processus décisionnel fondé sur le consensus et une réglementation complexe définissent un environnement très exigeant pour les entreprises étrangères**

Le système de gouvernance de l'Allemagne se caractérise par une recherche permanente du consensus dans la prise de décision et, plus particulièrement, par des consultations intensives avec les syndicats et les associations d'entreprises. Ces éléments, associés à une réglementation de large portée, compliquent parfois la tâche des étrangers désireux de comprendre le cadre réglementaire allemand : il faut parfois beaucoup de temps et de moyens pour venir à bout de ces difficultés. Le gouvernement a lancé en 1999 le programme « État moderne-administration moderne », destiné à rendre plus efficient le système de gouvernance. Le programme de réforme « Agenda 2010 » découle d'une initiative

plus ambitieuse et plus complète ; visant à promouvoir la réforme structurelle et la réforme réglementaire, il offre des possibilités considérables en matière d'ouverture des marchés.

## Le cadre de l'ouverture des marchés : les six principes d'efficacité réglementaire

Les obstacles tarifaires au commerce ayant disparu, l'impact de la réglementation intérieure sur les échanges et les investissements internationaux a pris plus d'importance. Dans une économie mondialisée, la réglementation doit être orientée par le marché et propice aux échanges et aux investissements. Le *Rapport de 1997 de l'OCDE sur la réforme de la réglementation* a défini six principes d'efficacité réglementaire, afin que ces éléments favorables à l'ouverture des marchés puissent être intégrés dans la réglementation. Ces principes sont passés en revue dans les paragraphes suivants.

### **1. Transparence : la nature même du système de gouvernance de l'Allemagne suscite quelques difficultés, notamment pour les marchés publics.**

L'ouverture des marchés exige que tous les participants aient pleinement connaissance des impératifs réglementaires, de sorte que leurs décisions d'investissement, de production et de commerce puissent s'appuyer sur une évaluation précise des coûts, des risques et des avantages envisageables. Cet aspect est particulièrement important pour les entreprises étrangères, confrontées à un environnement différent, tant en ce qui concerne la langue que les pratiques commerciales. La transparence nécessite l'accès à l'information sur la réglementation et l'ouverture du processus d'élaboration des règlements, grâce à la consultation. La gestion des marchés publics est un volet essentiel de la transparence.

En dépit d'efforts soutenus en faveur de la transparence, le volume et la complexité des réglementations en Allemagne, la structure fédérale du pays et l'approche consensuelle de l'élaboration des règles restent autant de défis pour les étrangers. En particulier, de très nombreux mécanismes de consultation reposent sur la recherche du consensus, et la législation fiscale est extrêmement complexe.

*Accès à l'information.* Le contexte joue un rôle déterminant sur ce point. La plupart des fonctionnaires et des représentants des associations professionnelles et de consommateurs ont une formation juridique ; par ailleurs, une ample réglementation va de pair avec la conception allemande de la gouvernance. Dans le même temps, l'Allemagne a mis en place un dispositif qui rend les textes de loi accessibles à tous. Tout texte juridiquement contraignant doit être publié au *Journal officiel fédéral*, qui peut également être consulté sur l'Internet. La loi doit être publiée avant son entrée en vigueur, mais la publication des textes à l'état de projet n'est nullement obligatoire. Par conséquent, les informations relatives aux textes de loi ne sont mises à la disposition du public qu'après que la commission concernée soit parvenue à un consensus ou a pris une décision à la suite d'un vote, ce qui revient à désavantager systématiquement les non-participants aux mécanismes de consultation. Le programme « Agenda 2010 » et le Plan directeur prévoient de modifier le volume de la réglementation, en envisageant explicitement l'abrogation des dispositions inutiles et le recours plus fréquent à des solutions autres que la réglementation.

*Mécanismes de consultation.* L'élaboration des réglementations se caractérise par une coordination intensive et par la recherche du consensus, le plus souvent avec la participation de groupes établis : syndicats, associations d'entreprises, ONG, associations de consommateurs. Le consensus est par ailleurs indispensable avec la majorité des *Länder* si les intérêts de ces derniers sont concernés. C'est au ministère compétent qu'il incombe de décider quelles seront les parties prenantes impliquées dans la consultation, ce qui

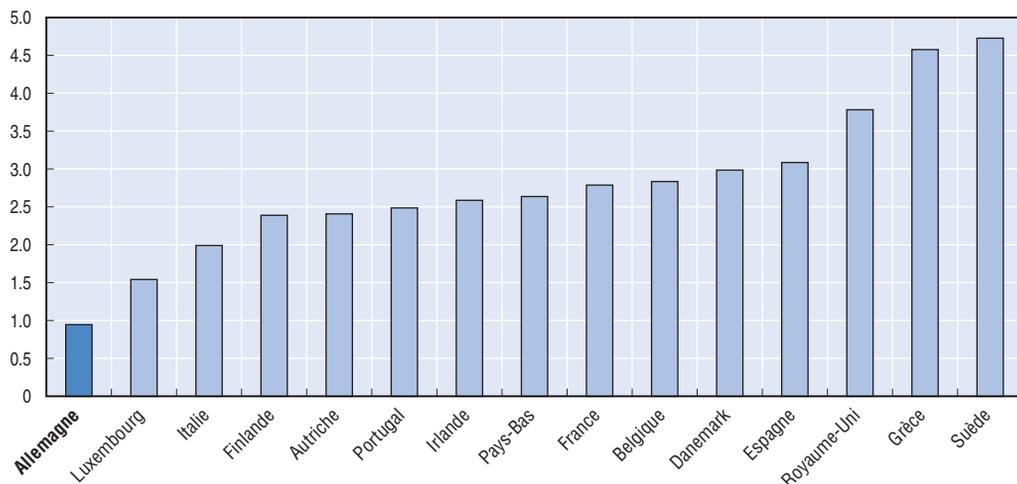
explique la diversité des méthodes. Une telle approche contraste avec la procédure d'« avis et commentaires » appliquée dans la plupart des pays de l'OCDE. Un manuel fédéral de rédaction législative et d'analyse d'impact de la réglementation définit la marche à suivre dans ces domaines. Les intérêts des parties prenantes étrangères s'expriment généralement par le biais d'associations professionnelles, comme l'Association fédérale de l'industrie allemande (BDI). Les étrangers peuvent donc, en principe, faire part de leurs commentaires au même titre que les autres intéressés et ne font pas l'objet de dispositions particulières. En réalité, toutefois, la nécessité d'appartenir à ces associations peut les exclure *de facto* du processus de consultation.

*Ouverture des procédures de recours.* Il n'y a pas de distinction entre intérêts étrangers et nationaux. Les règles garantissent un recours en justice sans restriction à l'encontre des actes de l'État (principe inscrit dans la loi fondamentale).

*Transparence des réglementations et des normes techniques.* Association technique non gouvernementale, l'Institut allemand de normalisation (DIN) est chargé de l'adoption des normes techniques volontaires. Les normes, comme les comités qui les élaborent, sont très nombreux (en 2002, on recensait 83 comités et 4 100 groupes de travail). Le DIN se conforme aux directives en vigueur pour l'élaboration des normes – les décisions doivent donc être prises par consensus – et identifie les parties prenantes concernées. Les décisions sont rendues publiques après consensus, ce qui prend parfois plusieurs années. Le public peut les consulter, entre autres, sur le site Internet du DIN. L'ampleur et la durée du processus d'élaboration des normes peuvent avoir un effet décourageant sur les PME. Par ailleurs, le DIN subventionne le Centre allemand d'information pour les règles techniques (DIETR) et des recueils de normes sont accessibles au public dans toutes les grandes villes allemandes. Le DIN s'efforce en outre de publier ses documents dans d'autres langues que l'allemand afin de faciliter la tâche des étrangers.

*Marchés publics.* De tous les pays membres de l'UE, c'est l'Allemagne qui publie le moins d'appels d'offres pour des marchés publics à l'échelle européenne ; ces publications représentent en effet un peu moins de 1 % du PIB, contre un peu plus de 17 % pour la valeur totale estimée des marchés (graphique 4.2).

Graphique 4.2. **Marchés publics ouverts faisant l'objet d'une publication au Journal officiel de l'UE, 2001**



Source : OCDE.

Cela s'explique en partie par le fait qu'une forte proportion de marchés se situent en deçà du seuil établi par l'UE pour que la publication soit obligatoire ; les marchés sont délibérément fractionnés afin que les PME puissent plus facilement soumissionner, mais l'absence de publication de ces appels d'offres à l'échelle européenne empêche les entreprises étrangères d'en avoir connaissance (il faut souligner cependant que la publication a lieu au niveau national). À cette difficulté vient s'ajouter, pour les étrangers, l'extrême complexité du dispositif législatif qui régit l'attribution des marchés publics en Allemagne. Comme dans la plupart des autres pays de l'UE, les directives européennes sont mises en œuvre de telle façon que le droit européen et le droit national coexistent : à partir d'une certaine valeur, le droit européen s'applique ; en deçà, c'est le droit national qui prime, lequel peut varier entre les seize *Länder* que compte le pays. Le seuil fixé par l'UE dépend du type de marché. De plus, la législation européenne a été intégrée dans un ensemble de réglementations allemandes – loi sur la concurrence, règlement sur les marchés publics, codes des marchés publics. Conformément à la législation européenne, il n'est pas obligatoire de lancer un appel d'offres si une entreprise publique est en mesure de fournir le produit ou le service demandé. Cette règle ne contribue pas à promouvoir la concurrence internationale. L'encadré 4.1 présente les règles de l'UE en matière de marchés publics. La protection juridique accordée aux soumissionnaires varie en fonction de la valeur du marché. Au-delà du seuil fixé par l'UE, tout soumissionnaire national ou étranger peut exercer un recours auprès des tribunaux compétents pour les marchés publics. La législation européenne est parfois appliquée par renvoi au droit national en vigueur. Une telle situation, unique dans le système juridique allemand, a pour conséquence un manque de transparence.

#### Encadré 4.1. **Réglementation de l'UE concernant les marchés publics**

Au sein de l'Union européenne, les marchés publics représentaient, en 1996, 11 % du PIB de l'Union. Avant l'adoption de directives communes au niveau européen, au maximum 2 % des appels d'offres étaient attribués à des entreprises étrangères. Dans les pays de l'OCDE, ces marchés représentaient, en 1998, 20 % du PIB (OCDE, 2001).

En raison de leur importance économique, ces marchés ont été considérés comme l'une des pierres angulaires du marché unique, ce qui a conduit à l'adoption d'une série de règles visant à encourager l'ouverture et l'équité et à garantir une concurrence accrue pour les marchés de travaux publics, de fournitures et de services. Un cadre spécial est appliqué aux services d'utilité publique (énergie, eau, télécommunications et transports). Les principales exigences des règles de l'UE en matière de marchés publics sont notamment les suivantes :

- **Information** : Les pouvoirs adjudicateurs doivent établir un avis indicatif annuel des marchés totaux par catégorie de produits qu'ils envisagent d'attribuer au cours des 12 mois suivants. La liste indicative annuelle et tout marché dont la valeur estimée excède les seuils spécifiés doivent être publiés au *Journal officiel* des Communautés européennes. Les appels d'offres doivent indiquer la procédure d'attribution choisie parmi celles autorisées (ouverte, restreinte ou négociée) et préciser les critères objectifs de sélection et d'attribution. Les pouvoirs adjudicateurs doivent également faire connaître le résultat de la procédure d'appel d'offres par la publication d'un avis au *Journal officiel* des Communautés européennes. Les dispositions établissant des délais minimums pour la procédure d'appel d'offres assurent aux parties intéressées la possibilité effective d'y participer.

#### Encadré 4.1. **Réglementation de l'UE concernant les marchés publics** (suite)

- **Recours** : Les États membres doivent offrir des procédures appropriées de recours judiciaire contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs. Ils doivent, en particulier, prévoir la possibilité de mesures provisoires, notamment la suspension de la procédure de passation des marchés publics, l'annulation des décisions illégales et l'attribution de dommages-intérêts aux parties lésées par une violation. Les directives de l'UE exigent l'application effective et rapide de ces procédures. Mais étant donné la diversité des systèmes judiciaires des États membres de l'UE, il peut être difficile dans la pratique d'apprécier l'efficacité et la rapidité des procédures.
- **Non-discrimination** : Ce principe, applicable entre les États membres de l'UE, est établi par le traité de Rome qui interdit, dans l'attribution des marchés, toute discrimination ou restriction fondée sur la nationalité et l'utilisation de restrictions quantitatives à l'importation ou toute mesure d'effet équivalent.
- **Utilisation de normes internationales** : Les règles de l'UE imposent l'utilisation de normes techniques reconnues dans la définition des spécifications, les normes européennes primant sur les normes nationales.

En mai 2000, la Commission européenne a introduit des propositions visant à consolider et à moderniser le cadre de réglementation des marchés publics. Ces propositions se caractérisent principalement par le regroupement dans un texte unique des directives sur les travaux, les fournitures et les services, par des incitations à utiliser plus largement les technologies de l'information dans les marchés publics, et par un dialogue amélioré et plus transparent entre les pouvoirs adjudicateurs et les soumissionnaires lors de la détermination des conditions du marché. Elles concernent également la transparence, la diffusion de l'information et l'accessibilité des voies de recours. Les appels d'offres pour les marchés publics sont publiés au *Journal officiel* mais sont également accessibles par la voie électronique. Les initiatives électroniques les plus connues sont SIMAP (Système d'Information pour les Marchés Publics) et TED (Tenders Electronically Daily). Pour une meilleure compréhension mutuelle, la Commission européenne a mis au point un vocabulaire commun pour les marchés publics, qui est disponible dans toutes les langues de l'Union européenne. La Commission a également élaboré des guides du droit communautaire dans ce domaine. Le but de ces publications est de sensibiliser les entreprises aux possibilités qu'offrent les marchés publics.

Source : Commission européenne.

Il existe une autre difficulté liée aux procédures. Les codes des marchés publics sont établis par des comités. Ceux-ci, qui s'inscrivent dans une tradition d'autoréglementation et de consensus, se composent de représentants des autorités fédérales et des *Länder*, ainsi que de membres d'associations professionnelles représentant les clients nationaux importants. Une telle structure ne permet pas la prise en compte des intérêts d'éventuelles parties prenantes étrangères, ni des tiers quels qu'ils soient. Les procédures d'appel d'offres peuvent se dérouler de six façons différentes, conformément aux codes des marchés publics. Contrairement à la procédure publique ou ouverte, les autres procédures concernent un groupe restreint de soumissionnaires préalablement sélectionnés à l'issue d'un concours. L'encadré 4.2 expose les principes généraux relatifs aux marchés publics en Allemagne.

## Encadré 4.2. **Principes généraux relatifs aux marchés publics en Allemagne**

### **Principe du droit privé**

Dans ses achats, l'État agit comme une entreprise privée et prend par conséquent le statut juridique d'une personne physique dans le contexte des marchés publics.

### **Principe de concurrence et de transparence**

L'État identifie les fournisseurs par le biais d'un appel à la concurrence internationale. Les marchés de services doivent être attribués par appel à la concurrence pour garantir la participation du plus grand nombre de soumissionnaires. Ceci a des conséquences pour les procédures d'appel d'offres. Dans la mesure où il existe un grand nombre de possibilités différentes pour conduire une procédure, une hiérarchie a été établie. On donne la préférence à la procédure ouverte par rapport à la procédure restreinte, qui prévalent sur la procédure négociée et le marché de gré à gré. Dès lors qu'une règle de procédure a été choisie, elle ne peut être modifiée, sauf si l'appel d'offres est annulé. Un appel d'offres dont le montant est supérieur au seuil établi par l'UE doit être publié au *Journal officiel* de l'UE avant de faire l'objet d'une publication nationale. Désormais, l'appel d'offres ne peut être déclenché que par la publication d'un avis au *Journal officiel* de l'UE.

### **Principe de l'efficacité et de l'efficacité économique à long terme**

Le choix de l'attributaire ne doit pas se faire uniquement sur la base du prix, mais sur la base du rapport qualité/prix. Selon la législation de l'UE, les aspects sociaux et environnementaux peuvent être pris en compte.

### **Principe des achats décentralisés**

En évitant la centralisation des approvisionnements, la concurrence entre les acheteurs peut être maintenue et les structures clientélistes évitées. Toute discrimination arbitraire à l'encontre des soumissionnaires est interdite. Pour offrir aux PME la possibilité d'une participation adéquate à la passation des marchés, les marchés de travaux et de services sont censés être fractionnés. Ce principe de l'adjudication par lots s'applique uniquement au cahier des charges pour les marchés de construction (VOB) et au cahier des charges pour les marchés de fournitures et de services (VOL). Afin d'éviter toute concurrence déloyale, aucun soumissionnaire n'est autorisé à améliorer son offre *a posteriori* pour obtenir un marché.

### **Principe du consensus**

Depuis les années 20, les règles sur les marchés publics sont élaborées par des comités composés d'autorités adjudicatrices et d'entrepreneurs. En principe, les décisions doivent être prises par consensus excepté pour les marchés dans le secteur de la construction où une majorité des trois-quarts est généralement suffisante. Suite à la modification, en 1998, de la loi sur les marchés publics (VgRÄG), les offres d'un montant supérieur au seuil fixé par l'UE échappent à la compétence desdits comités qui ne peuvent, en conséquence, pas rédiger de règlements dans ce domaine.

### **Principe de la loi budgétaire**

Les décisions prises à l'unanimité au sein des comités composés d'autorités adjudicatrices et d'entrepreneurs pour les marchés d'une valeur inférieure au seuil de l'UE sont incorporées à la loi budgétaire de l'État fédéral et des *Länder*. Les comités sont ainsi tenus de prendre des décisions qui reflètent le cadre général de la loi budgétaire et de la comptabilité budgétaire. Les décisions des comités ont le caractère juridique de directives internes. En conséquence, les soumissionnaires n'ont ni le droit ni la protection légale requise pour exiger le respect des règles en matière de marchés publics.

Source : *Journal officiel fédéral* 1994 II, p. 1724 ets., Marx/Jasper (2001).

**2. Non-discrimination : l'Allemagne s'efforce de la promouvoir depuis longtemps ; sa politique actuelle en la matière est étroitement liée à son appartenance à l'UE et l'OMC.**

L'application du principe de non-discrimination dans le domaine de la réglementation, par le biais de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) – aux termes de laquelle les mêmes chances sont offertes à toutes les entreprises – et du traitement national – signifiant que les entreprises étrangères bénéficient du même traitement que les entreprises nationales – vise à assurer des conditions identiques de mise en concurrence, quelle que soit l'origine des produits et des services et, ce faisant, à développer au maximum une concurrence effective sur le marché.

La politique de l'Allemagne dans ce contexte est étroitement liée à son appartenance à l'UE et à l'OMC. Le pays a donc l'obligation de veiller à ce que ses réglementations nationales soient conformes aux principes du traitement national et de la nation la plus favorisée ; il s'enorgueillit en outre de s'être engagé dans l'application de ces principes dès le début du XX<sup>e</sup> siècle. On relève une seule exception spécifique à l'Allemagne, concernant les équipages de navires, dans l'application de la règle de la nation la plus favorisée. Par ailleurs, en tant que membre de l'UE, l'Allemagne adhère à la liste des exemptions de la clause NPF prévue par l'AGCS pour l'ensemble de l'Union, aux listes d'engagements d'accès au marché et au traitement national.

Les accords préférentiels octroient un traitement plus favorable à certains pays et, partant, s'écartent du principe NPF. La politique de l'Allemagne fait partie intégrante de la politique de l'UE, qui a notamment instauré le marché unique européen. Bien que ce dernier ait fait l'objet de critiques de la part de partenaires commerciaux extérieurs à l'UE, on a veillé à ce que le processus reste ouvert à ces pays et on s'est efforcé d'appliquer les politiques régionales en tenant compte de la clause NPF. L'UE a conclu plusieurs accords préférentiels : avec les pays de l'AELE, avec les pays d'Europe centrale et orientale et les pays méditerranéens, et aussi avec des pays en développement. Un certain nombre de garanties sont prévues pour les tiers, dont l'examen, par le Conseil des ministres de l'UE, de la compatibilité des accords avec les règles pertinentes de l'OMC et avec le mécanisme de l'OMC pour le règlement des différends.

**3. Éviter les restrictions inutiles aux échanges : les responsables ont une conscience aiguë de cette nécessité et prennent des mesures importantes à cet effet.**

Lorsque cela est possible, les autorités réglementaires doivent favoriser les mesures qui entraînent le moins de restrictions aux échanges. C'est ainsi, par exemple, que l'on peut recourir à l'impôt au lieu d'une réglementation pour atteindre le même objectif. Il convient de mettre en place les mécanismes qui permettront d'appliquer ce principe : évaluation *ex ante* d'impact des réglementations envisagées sur les échanges et sur l'investissement, réexamen après un certain temps, simplification des procédures, consultation effective des intérêts étrangers, accès à une procédure de règlement des litiges. En bref, c'est un environnement propice au commerce qu'il faut instaurer, tenant compte à la fois des intérêts étrangers et nationaux.

*Impact des réglementations sur le commerce.* Les travaux d'évaluation d'impact des réglementations n'abordent pas explicitement les questions liées aux échanges et à l'investissement (impact de la réglementation intérieure sur le commerce et impact des réglementations commerciales sur les échanges). La nécessité d'un consensus pour l'élaboration des réglementations présente certains avantages dans ce contexte ; elle

devrait en effet contribuer à prédire un grand nombre des conséquences que ces nouvelles règles sont susceptibles d'entraîner (mais pas nécessairement celles qui concernent les parties extérieures au processus). L'évaluation *ex post* d'impact est également importante. Le chapitre 2 fournit davantage de précisions sur ces aspects.

*Charges administratives imposées aux entreprises.* Les entreprises étrangères sont en principe confrontées aux mêmes problèmes et aux mêmes difficultés potentielles que les entreprises nationales dans leurs relations avec l'administration allemande. Dans la pratique, cependant, le parcours peut leur sembler plus ardu : elles doivent faire face à la rigueur particulière de l'approche allemande, à la multiplicité des réglementations, ainsi qu'à la complexité de l'architecture législative et à la division des responsabilités dans un pays à structure fédérale. Or, la prévisibilité juridique offre un avantage manifeste. Le gouvernement fédéral reconnaît la nécessité d'une amélioration du système. Son programme « État moderne-administration moderne », tout comme l'« Agenda 2010 », donnent la priorité à la réduction des charges administratives. La réforme comprend notamment la création, au ministère fédéral de l'Économie et du Travail, d'une division chargée de lutter contre la bureaucratie, une plus grande utilisation des formalités électroniques, ainsi que la mise en place de guichets uniques afin d'améliorer l'interface entre les entreprises et les autorités locales. Les organismes spécialisés dans l'investissement direct étranger (IDE), dont l'objectif est précisément d'encourager ce type d'investissement, offrent leur concours aux investisseurs étrangers. Ces organismes sont nombreux – on en recense près de 1 000 au total, à l'échelle de la Fédération, des *Länder* et des communes – mais ils ont tendance à fonctionner de manière très indépendante, ce qui peut conduire à une multiplication inutile de leurs efforts pour promouvoir l'IDE.

*Procédures douanières.* Cette question suscite un intérêt grandissant puisque les barrières douanières sont désormais très limitées, voire inexistantes, dans les pays de l'OCDE. Ces procédures peuvent représenter un coût important pour les entreprises. L'Allemagne a pris des mesures dans ce domaine. La gestion des risques peut contribuer à accélérer les échanges tout en protégeant les intérêts d'un pays ; l'institution centralisée d'analyse des risques (ZORA) fournit une aide aux services douaniers dans ce domaine. L'Allemagne appuie le code des douanes de l'UE, qui vise à simplifier les formalités douanières, et prévoit de ratifier, de concert avec l'UE, une nouvelle convention de simplification dans le cadre de l'Organisation mondiale des douanes. Par ailleurs, l'Allemagne s'emploie à concrétiser une importante initiative d'information, la procédure automatisée de dédouanement ATLAS, qui remplacera les systèmes isolés existants et devrait, à terme, aboutir à des procédures entièrement informatisées. Il sera ainsi possible d'effectuer les déclarations en douane directement depuis l'entreprise. En outre, les autorités douanières allemandes rencontrent régulièrement les associations professionnelles afin de promouvoir le dialogue, ce qui constitue l'une des mesures de facilitation du commerce.

#### **4. Utilisation de mesures harmonisées au niveau international : le poids du commerce international dans l'économie allemande se traduit notamment par une participation active à l'élaboration des normes internationales.**

La nécessité de se conformer à des réglementations et à des normes nationales différentes peut alourdir considérablement, voire rendre prohibitifs, les coûts auxquels sont confrontées les entreprises présentes sur différents marchés : il s'agit là d'un problème crucial pour les milieux d'affaires internationaux. L'adoption de normes harmonisées au

plan international offre une solution, qui a d'ailleurs gagné en importance avec l'entrée en vigueur de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) de l'OMC, lequel encourage les pays à fonder leurs exigences techniques sur des normes internationales lorsqu'elles existent. La réduction des obstacles liés aux normes à l'intérieur du marché unique a été également une grande priorité. Cet objectif se reflète dans la « nouvelle approche » de l'harmonisation technique, selon laquelle la réglementation doit se limiter à la définition d'exigences fondamentales, sans entrer dans le détail des spécifications techniques. Dans la pratique, il en résulte que l'élaboration des normes incombe aux organismes européens de normalisation ; leur application n'est pas obligatoire, mais permet tout de même aux produits de bénéficier d'une présomption de conformité.

La normalisation internationale fournit désormais un cadre de référence majeur pour l'élaboration des normes nationales. Ainsi, les normes européennes et allemandes sont de plus en plus souvent des transpositions de normes internationales établies par des organismes internationaux de normalisation tels que l'ISO, la CEI et l'UIT. Par ailleurs, la Commission européenne mandate des travaux de normalisation dans ce contexte. La mise en place du marché unique européen a encouragé l'élaboration de normes européennes, conformément à la « nouvelle approche ». L'Allemagne élabore ses normes en coopération étroite avec les organismes de normalisation internationaux – et en particulier européens – ainsi qu'avec les représentants de l'industrie et des consommateurs. 75 % des normes publiées en Allemagne sont élaborées au niveau international et le nombre des normes strictement nationales ne cesse de diminuer.

Pierre angulaire de la normalisation en Allemagne, l'institut DIN joue un rôle clé dans la promotion du commerce international. Il est membre de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et agit en faveur de l'adoption de normes harmonisées aux niveaux européen et international. L'adhésion à cet institut privé est volontaire, et ses membres contribuent en général financièrement à son fonctionnement. Les normes DIN sont vendues, ce qui représente la principale source de financement de cet organisme. Lorsque le DIN adopte des normes européennes ou internationales, il retire toutes les normes nationales incompatibles avec celles-ci. Il peut également décider de ne pas adopter une norme européenne s'il ne voit pas la nécessité de cette norme en Allemagne. Les normes nationales portent sur des domaines dans lesquelles il n'existe pas encore de normes internationales (notamment : matériaux de construction, services, méthodes d'essai spéciales pour produits alimentaires et types particuliers de prises). Le DIN est en outre engagé dans une coopération technique (par exemple en matière de formation) avec les pays en développement, qui ont ainsi la possibilité d'améliorer leur capacité d'exportation vers le marché allemand.

Les normes internationales et les normes DIN sont à la disposition du public, y compris sous forme électronique. Dans les appels d'offres pour les marchés publics, les normes européennes doivent être prescrites s'il en existe.

### **5. Reconnaissance de l'équivalence des mesures réglementaires adoptées par d'autres pays : une approche qui s'inscrit dans le cadre de l'UE.**

Lorsqu'il n'existe pas de normes internationales, les partenaires commerciaux peuvent décider, d'un commun accord, de considérer que leurs normes respectives sont équivalentes. L'existence de normes nationales différentes et la nécessité d'appliquer des procédures nationales différentes pour évaluer la conformité d'un produit augmentent les coûts pour les fabricants désireux de vendre sur plusieurs marchés. Les accords de

reconnaissance mutuelle (ARM), qui peuvent porter sur les normes proprement dites ou sur les procédures d'évaluation de la conformité, sont un moyen de limiter ces coûts. Les travaux qui ont trait à la reconnaissance mutuelle sont fréquemment confiés au secteur privé, afin de mieux répondre aux besoins de marchés en constante évolution.

Là encore, les travaux menés par l'Allemagne sont étroitement imbriqués avec ceux de l'UE, dans le contexte du développement du marché unique. En ce qui concerne les ARM, la Commission européenne estime qu'ils fonctionnent bien lorsque les produits ne posent aucun problème de sécurité (par exemple les bicyclettes). Cependant, la situation pourrait être améliorée pour les produits plus complexes d'un point de vue technique, et pour ceux qui présentent un danger potentiel pour la santé ou l'environnement. L'UE encourage également les ARM avec les pays tiers ayant un niveau comparable de développement technique, ainsi qu'une approche analogue de l'évaluation de la conformité. À ce jour, des accords de reconnaissance mutuelle ont été conclus avec l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Canada, Israël, le Japon et les États-Unis (tableau 4.4).

L'UE a créé une catégorie particulière d'ARM (PECA) pour les dix pays qui devraient devenir membres de l'Union en 2004. Ces accords contribueront à l'intégration de ces pays.

La reconnaissance mutuelle est très largement tributaire de l'existence de méthodes conventionnelles strictes d'accréditation (procédure par laquelle un tiers reconnaît officiellement qu'un organisme est compétent pour procéder à une évaluation de conformité). En Allemagne, ces organismes d'accréditation appartiennent tous au Conseil d'accréditation allemand (DAR), groupe de travail composé de représentants du gouvernement fédéral, des *Länder* et des entreprises. Le DAR coordonne les travaux de ces organismes et les représente au niveau international.

### **6. Application des principes de la concurrence dans une perspective internationale : une loi et une autorité de la concurrence rigoureuses et ouvertes sur l'extérieur représentent un atout pour les étrangers.**

Les avantages de l'accès au marché peuvent être restreints si aucune mesure n'est prise pour lutter contre les comportements anticoncurrentiels. Vus sous l'angle international, les aspects importants sont l'engagement en faveur des principes de la concurrence dans le cadre de la loi et de la politique en vigueur, et l'existence de procédures ouvertes et efficaces d'instruction et de jugement des plaintes relatives à l'accès au marché.

L'Allemagne s'appuie, en premier lieu, sur un principe général qui va de pair avec l'adhésion du pays à une économie sociale de marché : il s'agit pour elle de concilier équité et efficacité, en faisant de la concurrence (intérieure et extérieure) un élément moteur de l'économie. Le chapitre 3 traite de façon plus détaillée du cadre du droit de la concurrence. En résumé, la loi allemande sur la concurrence comporte des règles strictes contre les pratiques anticoncurrentielles, notamment l'abus de position dominante et les ententes ; elle s'appuie en outre sur une autorité de la concurrence puissante et respectée (le BKartA), ainsi que des autorités en place au niveau des *Länder*. Les modalités d'exécution et les voies de recours sont bien conçues. Le droit de la concurrence de l'UE joue également un grand rôle. Au niveau sectoriel, un organisme de régulation des services des postes et télécommunications contrôle les abus des anciens monopoles et apporte son aide aux entreprises qui veulent entrer sur le marché. Le Bureau fédéral des chemins de fer est chargé de la réglementation des chemins de fer ; par ailleurs, une nouvelle autorité de régulation sera établie dans les secteurs du gaz et de l'électricité. La loi allemande sur la concurrence contient un large critère d'évaluation des « effets » du comportement des

Tableau 4.4. Accords de reconnaissance mutuelle conclus par l'UE ou en cours de négociation

	Accords de reconnaissance mutuelle						PECA <sup>4</sup>									
	Australie	Nouvelle-Zélande	États-Unis	Canada	Israël	Japon	Suisse	République tchèque	Hongrie	Estonie	Lettonie	Lituanie	République slovaque	Slovénie	Malte	Pologne
Équipement et matériel de construction								N		N	✓					
Produits chimiques BPL <sup>1</sup>						✓		N								
Produits pharmaceutiques BPF <sup>2</sup>	✓	✓	✓	✓		✓	✓	N		N	N					
Produits pharmaceutiques BPL <sup>1</sup>			N		✓		✓			N	N					
Dispositifs médicaux	✓	✓	✓	✓			✓	✓	✓							
Produits de médecine vétérinaire								N								
Matériel électrique BT	✓	✓					✓	N	N	✓	N					N
Compatibilité électromagnétique	✓	✓	✓	✓			✓	✓	✓	N	N	✓	N	N	N	N
Équipements terminaux de télécommunications	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓		N					N	N
Équipements à pression	✓	✓ <sup>N3</sup>					✓	✓	N	N	N					N
Équipements et systèmes utilisés en atmosphère explosive							✓	N								
Fixations																
Appareils et chaudières à gaz							✓	✓	✓	N				N		N
Machines	✓	✓					✓	✓	N	N	N	✓	N	N	N	N
Instruments de mesure																
Avions								N								
Tracteurs agricoles et forestiers							✓									
Véhicules à moteur	✓	N					✓									
Équipements de protection individuels							✓	✓	N	N		✓	N		N	N
Bateaux de plaisance			✓	✓												
Jouets							✓		N		✓					N
Produits alimentaires										N	N					

✓ Conclue.

N En cours de négociation.

1. Bonnes pratiques de laboratoire.

2. Bonnes pratiques de fabrication.

3. L'accord couvre les récipients à pression simples. L'extension à d'autres équipements à pression est à l'étude.

4. Protocole à l'accord européen sur l'évaluation de la conformité. Des modifications de ces accords sont à l'étude au fur et à mesure de l'avancement des négociations sur l'adhésion à l'Union. En 2002, la Roumanie et la Bulgarie ont adressé à la Commission européenne une demande formelle pour lui signifier leur intention d'ouvrir des négociations sur les PECA.

Source : Commission européenne, DG Commerce.

entreprises sur la concurrence. Si une entreprise opérant à l'étranger est à l'origine d'un comportement anticoncurrentiel sur le marché allemand, les autorités allemandes de la concurrence peuvent intervenir. (Toutefois, si le comportement d'une entreprise opérant en Allemagne a des effets à l'étranger, ces effets sont considérés comme ne relevant pas de la compétence des autorités allemandes.)

Ces dispositions sont utiles aux entreprises internationales comme aux sociétés nationales. Le BKartA veille tout particulièrement à ce que ses procédures soient transparentes et accessibles aux non-germanophones. Il coopère en outre avec d'autres autorités de la concurrence (par exemple, en cas de fusion, il travaille en collaboration avec les organismes compétents au Royaume-Uni et aux États-Unis) et s'est entendu avec les membres des autorités européennes de la concurrence pour la communication d'informations non confidentielles. L'autorité de régulation des services des postes et télécommunications se montre également favorable à la coopération et à l'échange d'informations. Enfin, des accords bilatéraux (avec l'Autriche, la Yougoslavie, l'Allemagne et la France) et multilatéraux viennent compléter cette action.

### Ouverture et réglementation des marchés dans certains secteurs

L'examen des principales réglementations sectorielles en vigueur au plan national est également un moyen d'évaluer l'ouverture des marchés internationaux et l'application des six principes d'efficacité réglementaire. Le cadre réglementaire de l'UE revêt une importance croissante pour de nombreux secteurs ; il constitue désormais, dans certains cas, la principale référence, si bien que la qualité d'une réglementation doit être évaluée au niveau de l'UE. Les règles sont cependant conçues dans le cadre d'un dispositif auquel participent les États membres de l'Union, également responsables (lorsqu'il s'agit de directives) de leur transposition en droit national. La diffusion des informations concernant les réglementations et leur application relèvent également des États membres. Les règles de l'UE jouent un très grand rôle dans les quatre secteurs examinés ci-après.

#### ***Le secteur de l'automobile s'ouvre de plus en plus grâce à l'harmonisation des réglementations et aux nouvelles règles européennes relatives à la concurrence sur ce marché***

Le secteur de l'automobile a toujours été la source de très vives tensions commerciales à l'échelle mondiale, en raison de son dynamisme et des politiques interventionnistes de certains gouvernements. L'automobile reste l'un des produits les plus réglementés au monde (sécurité, économies d'énergie et protection de l'environnement principalement), et les approches nationales en la matière divergent.

Très importante en Allemagne, l'industrie automobile représentait en 2001 quelque 17 % du chiffre d'affaires total du secteur manufacturier. Ce secteur est largement tourné vers l'exportation, qui a représenté près de 70 % de la production en 2001. L'industrie automobile allemande est également bien établie à l'étranger par le biais de ses filiales, dont la production a représenté en 2001 environ les trois quarts de la production nationale. Bien que plusieurs grandes entreprises étrangères, dont Ford et General Motors, conservent d'importants sites de production en Allemagne, les sorties d'IDE dans le secteur de l'automobile sont près de quatre fois supérieures aux entrées.

C'est le cadre réglementaire de l'UE qui prédomine : quelque 165 directives européennes définissent dans le détail les exigences techniques auxquelles doivent satisfaire les véhicules à moteur. Les procédures nationales d'homologation des voitures

de tourisme et des motos ont été remplacées, à la fin des années 90, par un système d'homologation obligatoire à l'échelle de l'UE faisant intervenir des centres d'essais nationaux homologués.

En dépit de ces avancées, le marché européen de l'automobile est loin d'être ouvert. Les différences de prix restent sensibles d'un pays à l'autre. À plusieurs reprises, la Commission européenne a infligé des amendes à des constructeurs allemands pour pratique de prix discriminatoires sur différents marchés nationaux. En 1998, Volkswagen a dû verser 102 millions d'euros pour avoir refusé de vendre des voitures à des clients étrangers en Italie. En 2001, c'est Daimler-Chrysler qui a dû déboursier près de 72 millions d'euros pour infraction aux règles communautaires sur la concurrence dans le domaine de la distribution automobile, le constructeur ayant empêché le commerce parallèle et limité la concurrence pour le leasing et la vente. Une nouvelle réglementation européenne, adoptée en 2002 et concernant les accords verticaux et les pratiques concertées dans le secteur des véhicules à moteur, vise à régler ces problèmes, notamment en encourageant la concurrence entre les concessionnaires. En cas de pratiques anticoncurrentielles, les entreprises nationales et étrangères peuvent saisir le système judiciaire allemand.

La Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU) joue un rôle majeur, au plan international, dans le processus d'harmonisation des réglementations relatives au secteur automobile. Le groupe de travail compétent est devenu *de facto* l'instance mondiale chargée de l'harmonisation des normes techniques pour les véhicules à moteur. L'Allemagne participe à ces travaux par l'intermédiaire de l'UE.

### **Le cadre réglementaire européen concernant la libéralisation du marché des équipements de télécommunications connaît un développement satisfaisant**

Le commerce allemand d'équipements de télécommunication a été pratiquement équilibré en 2001, importations et exportations avoisinant respectivement € 21 milliards. Dans ce domaine également, la réglementation repose largement sur les directives de l'UE. Le cadre principal, qui comporte actuellement deux directives sur la « nouvelle approche », devrait être remplacé à compter de juillet 2003 par un cadre plus complet (on trouvera davantage de précisions sur ce point au chapitre 6). L'Allemagne participe aux travaux de l'Institut européen des normes de télécommunication (ETSI) et d'autres organismes internationaux de normalisation, par le biais du Comité allemand pour les technologies électrotechniques, électroniques et informatiques (DKE).

### **La libéralisation des services de télécommunication – secteur dans lequel l'Allemagne accuse un déficit commercial – est en cours également**

L'Allemagne est importatrice nette de services de télécommunications et son déficit commercial s'est creusé avec le temps. Le marché a été entièrement ouvert à la concurrence en 1998, conformément aux règles européennes ; toutefois, l'ex-monopole reste puissant, et les efforts doivent se poursuivre en faveur d'une concurrence effective (voir le chapitre 6 pour plus de détails). Aucune restriction formelle n'est imposée aux activités des entreprises étrangères, qui peuvent, en cas de litige, saisir les tribunaux allemands au même titre que les entreprises nationales.

### **La réglementation actuelle des marchés de l'électricité en Allemagne pose des problèmes aux entreprises étrangères comme aux entreprises nationales**

Le chapitre 5 examine plus en détail le marché allemand de l'électricité et les aspects réglementaires qui s'y rapportent. L'Allemagne a procédé à une libéralisation totale dans ce secteur, et deux des quatre principaux groupes présents sur le marché sont sous le contrôle de sociétés étrangères. L'Allemagne a des échanges commerciaux pour l'électricité avec la quasi-totalité des pays ayant une frontière commune avec elle, et ces échanges représentent environ 10 % de la consommation nationale d'électricité. Toutefois, les conditions d'accès au réseau ont suscité des plaintes. Les tiers – et notamment les sociétés étrangères – n'ayant pas participé à l'élaboration des accords d'association mis au point sous la conduite de l'industrie peuvent se trouver désavantagés. Dans ce contexte, le projet de création d'un organisme de régulation indépendant présenterait l'avantage de renforcer la transparence et l'obligation de rendre des comptes, et d'éviter ainsi toute discrimination entre les fournisseurs en place et les nouveaux arrivants sur le marché.

## **Conclusion**

L'Allemagne dispose d'un cadre de gouvernance solide et rigoureux, qui s'est développé dans le contexte de l'économie sociale de marché mise en place après la guerre. Ce cadre associe unité et diversité, par le biais des relations Fédération-Länder, mais aussi coopération et concurrence. La recherche du consensus au moyen de consultations approfondies constitue la pierre angulaire du processus décisionnel ; par ailleurs, la réglementation – scrupuleusement appliquée – influe sur tous les secteurs. L'Allemagne est en outre un grand pays exportateur, attaché depuis longtemps à promouvoir un environnement commercial ouvert.

Certains de ces éléments sont très propices à l'ouverture des marchés, d'autres moins. La loi sur la concurrence, bien conçue, ainsi qu'une autorité de la concurrence efficace, contribuent à offrir un environnement commercial favorable aux entreprises étrangères et nationales. Le cadre juridique et ses modalités de mise en œuvre sont hautement prévisibles. Le principe de non-discrimination est inscrit dans la Constitution. Des efforts considérables sont déployés afin de faciliter les échanges internationaux ; on citera notamment la simplification des procédures douanières et les travaux de l'organisme de normalisation (DIN) visant à promouvoir, dans les instances internationales, l'adoption de normes internationales ou d'autres mesures destinées à faciliter le commerce. Au plan interne, les réformes axées sur la réduction des charges administratives, sur l'amélioration des outils réglementaires tels que l'AIR et sur une meilleure gestion des relations Fédération-Länder, ainsi que l'action menée pour définir le cadre réglementaire adéquat concernant la concurrence dans les activités de réseau, sont autant d'initiatives qui faciliteront la tâche des entreprises extérieures au système.

En dépit de la détermination allemande à promouvoir l'équité et à éviter les pratiques discriminatoires, le système réglementaire, de par sa nature même, peut paraître fermé et difficilement compréhensible pour une entreprise extérieure, même s'il ne s'agit pas là d'un choix délibéré. Le processus décisionnel qui précède l'adoption des nouvelles réglementations, souvent très long parce que fondé sur le consensus, fait généralement participer les acteurs en place. En ce qui concerne les marchés publics, le gouvernement allemand reconnaît la nécessité d'apporter des améliorations à un système particulièrement fermé. Le volume de la réglementation, la minutie qui préside à son application et sa complexité figurent également au nombre des difficultés que les entreprises extérieures doivent surmonter. Les réformes en cours pourraient se révéler d'une très grande utilité pour l'ouverture des marchés.

## Options de politique à envisager

### 1. Gérer activement les programmes de réforme actuels.

Les programmes de réforme actuels devraient être axés sur la mise en œuvre des principaux aspects ; il importe de maintenir le rythme des réformes, de suivre les résultats et d'informer le public afin de conserver un large soutien.

### 2. Améliorer la transparence du cadre réglementaire.

Pour les milieux du commerce international et les investisseurs, la transparence des règles peut poser problème en raison du nombre et de la complexité des textes de loi. L'amélioration de la transparence devrait passer par :

- le réexamen des textes de loi et le retrait de ceux qui sont dépassés ;
- la simplification du langage juridique ;
- la mise à disposition des étrangers d'une aide juridique, d'explications et d'informations sur les réglementations allemandes et sur la répartition des compétences entre les différentes autorités.

### 3. Promouvoir un processus décisionnel ouvert.

Il conviendrait de réexaminer la pratique actuelle, qui consiste à ne publier les textes de loi qu'après leur entrée en vigueur et à laisser toute latitude aux autorités concernées pour inviter ou non d'éventuelles parties prenantes à participer à une consultation. Aucune information n'étant rendue publique sur les textes lorsqu'ils sont à l'état de projet, les intéressés qui ne sont pas conviés à ces consultations n'ont donc aucun moyen de se faire entendre. Plusieurs mesures devraient être envisagées :

- Publier les projets de réglementation à un stade précoce de manière à permettre aux acteurs potentiels de prendre connaissance des débats en cours ; cela pourrait se faire par le biais d'une plate-forme Internet ou d'un forum de discussion, deux moyens économiques et efficaces d'améliorer l'accès à l'information.
- Permettre aux parties prenantes potentielles de participer aux consultations non seulement lorsqu'elles y sont invitées, mais aussi de leur propre initiative, et signaler à l'avance, à cette fin, les consultations prévues.
- Faire davantage d'efforts pour prendre en compte les points de vue des participants étrangers, en particulier sur les questions touchant au commerce et à l'investissement.

### 4. Promouvoir l'ouverture des marchés publics.

Malgré le poids de son économie et les mesures qu'elle a prise pour promouvoir un environnement commercial ouvert, l'Allemagne n'est pas en pointe au niveau de l'UE pour favoriser une ouverture plus grande encore. C'est même dans ce pays que les appels d'offres publiés à l'échelle de l'UE sont les moins nombreux. Il conviendrait d'envisager les mesures suivantes, qui placeraient l'Allemagne parmi les pays de l'OCDE les plus actifs pour la réforme :

- Accroître le pourcentage d'appels d'offres publiés à l'échelle de l'UE.
- Définir plus clairement le cadre réglementaire et abolir les réglementations contradictoires.
- Simplifier les procédures de passation des marchés publics, en réduisant, par exemple, le nombre d'options possibles.

- Réexaminer le rôle des comités composés de représentant des autorités adjudicatrices et des entreprises en accordant aux nouveaux arrivants et aux étrangers le plein accès direct à ces organismes et en renforçant le contrôle exercé sur eux par les autorités de la concurrence.
- Offrir une protection juridique adéquate au-dessous du seuil de l'UE.

### **5. Accélérer les efforts en vue d'éliminer les contraintes inutiles pour les entreprises.**

Des initiatives sont déjà en cours dans ce domaine. Des mesures pourraient être prises afin d'encourager la coopération entre les nombreux organismes chargés de l'IDE en définissant des domaines de collaboration. Il importe par ailleurs de rester très attentif au rythme et à l'impact des réformes en cours. Enfin, le gouvernement devrait continuer à consulter l'ensemble des parties prenantes pour identifier les principaux domaines nécessitant des améliorations.

### **6. Renforcer la capacité de l'administration à faire appliquer les réformes.**

La dimension humaine est essentielle pour la réforme des institutions publiques dans l'ensemble des pays de l'OCDE. Le personnel des institutions publiques doit avoir un comportement axé sur la notion de service, l'objectif étant de fournir une aide aux entreprises. La connaissance de langues étrangères représente une valeur ajoutée considérable d'un point de vue international. Par ailleurs, l'Allemagne devrait réfléchir aux moyens d'attirer des candidats ayant des formations diversifiées. La majorité des fonctionnaires actuellement en poste dans l'administration allemande ont une formation juridique, ce qui ne favorise guère une approche économique des problèmes ou une optique d'ouverture des marchés. Les mesures suivantes pourraient être envisagées :

- Renforcer une culture axée sur le client parmi les fonctionnaires de première ligne.
- Proposer au personnel des programmes de formation en communication, en langues étrangères, et en gestion axée sur les résultats.
- Promouvoir les évaluations reposant sur la performance.
- Mettre l'accent sur la diversité pour le recrutement et la fidélisation du personnel.

### **7. Introduire une approche cohérente de l'analyse d'impact de la réglementation (AIR).**

La prise en compte des questions liées au commerce et à l'investissement dans les AIR marquerait un grand pas vers une plus grande ouverture des marchés. L'Allemagne devrait envisager les mesures suivantes :

- Développer l'évaluation systématique d'impact des projets de réglementation sur le commerce et l'investissement.
- Accorder un plus grand rôle aux experts en commerce et en investissement dans les contrôles de qualité.
- Mettre à profit les enseignements tirés de l'expérience d'autres pays pour progresser sensiblement sur ces questions.

PARTIE II  
*Chapitre 5*

**Questions de réglementation  
et de concurrence  
dans les secteurs clés :  
électricité, gaz et pharmacies\***

\* Pour plus d'informations, voir le rapport de référence « Questions de réglementation et de concurrence dans les secteurs clés : électricité, gaz et pharmacies » disponible sur le site [www.oecd.org/regreform/backgroundreports](http://www.oecd.org/regreform/backgroundreports).

## A. ÉLECTRICITÉ ET GAZ

### Contexte et historique

#### ***Les objectifs de la politique énergétique de l'Allemagne et l'histoire de son secteur de l'énergie confèrent au contexte de la réforme ses caractéristiques particulières et difficiles***

Il faut replacer la réforme des secteurs de l'électricité et du gaz en Allemagne dans le contexte des grands objectifs de la politique énergétique de ce pays, de l'évolution structurelle particulière de ces secteurs et du cadre administratif allemand, tel qu'il s'est construit avec l'économie sociale de marché de l'après-guerre.

La politique énergétique de l'Allemagne vise à assurer la sécurité des approvisionnements, l'efficacité économique et la protection de l'environnement, un poids égal étant attribué à ces trois objectifs. Aussi, la stratégie mise en œuvre implique-t-elle parfois certaines contradictions. C'est ainsi qu'un programme de libéralisation rapide, qui va bien au-delà des exigences des directives actuelles de l'UE visant à créer un marché unique, a été mis en œuvre pour améliorer l'efficacité. Sur le front de l'environnement, l'Allemagne cherche à réduire les émissions de gaz à effet de serre, notamment en adoptant des mesures vigoureuses pour promouvoir le développement de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables. Elle a aussi adopté un programme ambitieux d'élimination progressive de l'énergie nucléaire d'ici 2025. La volonté de garantir les approvisionnements en énergie, dans un pays qui ne dispose que de ressources propres limitées, se traduit concrètement par des subventions au charbon national et au maintien d'une importante production d'électricité à partir du charbon, ainsi que par la promotion récente d'un champion national gaz-électricité avec la décision des pouvoirs publics d'autoriser la reprise de Ruhrgas par E.ON.

Les objectifs de sécurité et de protection de l'environnement sont particulièrement importants et compliquent la situation, mais la présente étude porte principalement sur la question de l'efficacité économique et de l'instauration d'une concurrence effective et durable comme moyen d'atteindre ces objectifs.

Historiquement, les secteurs allemands du gaz et de l'électricité étaient fortement fragmentés et constitués de milliers d'entreprises (en 1936, il y avait près de 16 000 fournisseurs d'électricité). La plupart étaient des sociétés municipales qui ne desservaient que leur marché local. Le premier changement important pour l'électricité est intervenu dans les années 20, sous la poussée de la technologie (production à grande échelle moins coûteuse et transport longue distance plus efficace). Ces nouvelles conditions ont permis le développement de sociétés régionales, suivi de l'attribution de secteurs géographiques exclusifs. Le secteur du gaz traitait initialement le gaz de ville, mais l'arrivée du gaz naturel (rendue possible par le progrès technologique, les gazoducs devenant rentables) a renforcé la position de Ruhrgas qui est devenu le principal importateur et distributeur de gaz néerlandais. C'est à cette époque aussi que la vente de gaz s'est faite par le biais de contrats à long terme, pour permettre de récupérer les investissements en infrastructures et les investissements de conversion. Les années 70 virent le légendaire

contrat « gaz/gazoducs » conclu entre Ruhrgas et ce qui était alors l'Union soviétique, suivi d'un accord d'importation conclu avec la Norvège. Les conditions étaient en place pour les importations de gaz telles qu'on les connaît aujourd'hui.

### ***Jusqu'à une époque très récente, l'environnement réglementaire a fortement contribué à décourager la concurrence***

Jusqu'à une époque très récente, l'environnement réglementaire était extrêmement peu contraignant et a activement contribué à décourager la concurrence. Jusqu'en 1998, les accords en vigueur dans les secteurs de l'électricité et du gaz échappaient à l'interdiction des ententes résultant de la loi sur la concurrence. De ce fait, de nombreuses clauses faisant obstacle à la concurrence étaient autorisées – ententes pour se répartir le marché géographiquement, concessions à long terme entre les communes et les sociétés de service public, ententes sur les prix de détail et accords restrictifs d'interconnexion – même si elles étaient soumises au contrôle des autorités chargées de la concurrence. De même, la loi sur l'énergie de 1935 visait à éviter toute difficulté économique découlant de la concurrence, et encourageait une coopération entre les services publics d'électricité. Les prix pratiqués pour les petits consommateurs étaient réglementés par le biais d'un plafonnement des prix décidé par les *Länder* ; il n'y avait aucun autre encadrement des prix. Les autorités locales jouaient un rôle réel. L'attribution des permissions de voirie leur conférait un grand pouvoir de négociation vis-à-vis des services publics de l'électricité. Elles pouvaient décider de fournir elles-mêmes l'électricité ou accorder une concession à long terme à un fournisseur privé (souvent, en échange de fortes redevances qui, d'après les estimations actuelles, rapportent actuellement plus de 3 milliards d'euros de recettes, contribuant ainsi à financer les services municipaux).

L'autre caractéristique particulière de l'environnement réglementaire est la tradition des accords privés entre acteurs du marché pilotés par les pouvoirs publics, allant dans le sens des objectifs politiques (avec menace de réglementation si ceux-ci ne pouvaient être atteints). À cet égard, on peut citer deux exemples : l'accord pour la réduction des gaz à effet de serre conformément au Protocole de Kyoto et la suppression progressive de l'énergie nucléaire. Cela se situe dans la ligne d'une tradition politique active qui cherche délibérément à éviter d'en arriver à des dispositions plus formelles.

L'environnement réglementaire a posé de sérieux problèmes il y a une dizaine d'années. La Commission de la déréglementation était une commission indépendante d'experts mandatés par le gouvernement fédéral pour examiner la réglementation des activités économiques et pour formuler des recommandations visant à réduire les réglementations qui nuisent aux forces du marché. La Commission a rendu son rapport en 1991. Outre des recommandations générales, elle a fait quelques recommandations sectorielles spécifiques concernant notamment la réforme de l'électricité. Elle signalait que « pour parvenir à assurer des approvisionnements fiables en électricité, et en même temps à un prix raisonnable, il fallait d'abord et avant tout instaurer les conditions favorables à l'ouverture à la concurrence. Il fallait donc à la fois supprimer les réglementations qui limitent la concurrence – déréglementation – et réformer l'intervention de l'État – re-réglementation. Cette dernière est indispensable lorsque la concurrence ne peut à elle seule assurer un fonctionnement satisfaisant du marché, lorsque les approvisionnements ne peuvent être garantis de façon fiable sans mesures complémentaires ou lorsque la protection contre un éventuel abus de position dominante resterait insuffisante, mais lorsqu'il est possible de trouver une forme de réglementation qui soit conforme à la concurrence ».

**La libéralisation voulue par l'UE à partir du milieu des années 90 a été suivie d'une restructuration qui a abouti à une très forte concentration du marché**

Les directives de l'UE sur l'électricité (1996) et le gaz (1998) ont fixé des normes minimales pour un marché intérieur concurrentiel dans ces secteurs et ont suscité d'importants changements dans la législation allemande afin de promouvoir la concurrence. En particulier, les accords anticoncurrentiels n'échappaient plus au droit de la concurrence et il était mis fin aux monopoles légaux pour la fourniture d'électricité et de gaz. Tous les consommateurs (pas seulement les plus gros consommateurs comme l'exigeaient les directives) avaient la possibilité de choisir leur fournisseur. Cependant, le contexte institutionnel n'a pas rompu avec la tradition. L'accès des tiers aux réseaux de l'électricité et du gaz se fait sur une base négociée et non de façon réglementée, les pouvoirs publics encourageant les accords d'association entre les acteurs du marché. Le contrôle de cette autoréglementation incombait à l'autorité de la concurrence – le Bundeskartellamt (BKartA) – et s'opérait par les dispositions sur l'abus de position dominante de la loi sur la concurrence.

Ces évolutions ont déclenché une restructuration en profondeur du secteur, les entreprises cherchant à s'adapter au nouvel environnement et au futur marché intérieur de l'UE en renforçant leur efficacité. Ce processus s'est accompagné notamment d'une vague de fusions (plus de 400, y compris les accords de coopération). Lorsque l'effervescence s'est calmée, le nombre des entreprises d'électricité verticalement intégrées était ramené à quatre : E.ON, RWE, une troisième entité à l'est, actuellement propriété du Suédois Vattenfall, et Energie Baden-Württemberg AG (EnBW), actuellement détenue en partie par EDF. La concentration horizontale a accompagné l'acquisition, par ces sociétés propriétaires du réseau, de participations dans les services publics municipaux (Stadtwerke) de leur région d'implantation traditionnelle. Le secteur de l'électricité s'est fortement concentré au niveau de la production, tandis que les entreprises de distribution locales et régionales réussissaient à maintenir leurs positions acquises et continuaient généralement d'occuper une position dominante dans leur zone, notamment dans le segment des ménages.

Le secteur du gaz a effectué sa propre concentration : verticale et entre énergies. Ruhrgas, E.ON et RWE ont sensiblement accru leurs participations dans les sociétés de gaz municipales et régionales. On a pu observer d'importants mouvements d'intégration en amont avec des sociétés de production de gaz et des gazoducs (Gazprom).

**Les changements les plus récents visent à favoriser une véritable concurrence en pratique : il est apparu que la libéralisation à elle seule ne suffit pas**

L'expérience des premières années d'effervescence de la concurrence et les nouvelles pressions de l'UE en faveur de la libéralisation ont entraîné de nouveaux changements dans la législation allemande. Ces changements traduisent une meilleure compréhension des conditions indispensables à une concurrence efficace. Un accord s'est dégagé sur deux nouvelles directives concernant l'électricité et le gaz (encadré 5.1). Ces directives – qui seront transposées dans la législation allemande, comme dans les autres pays de l'UE – adoptent une position beaucoup plus ferme que les textes précédents sur des questions importantes telles que le démantèlement des monopoles dans le cas des activités susceptibles d'être ouvertes à la concurrence.

En conséquence, la législation allemande a été modifiée et clarifiée en réponse aux difficultés d'ouverture à la concurrence qui sont apparues. Les décisions de BKartA concernant l'accès au réseau de l'énergie (dont l'application était généralement suspendue en cas d'appel) sont désormais immédiatement exécutoires. Par ailleurs, la nouvelle loi sur

### Encadré 5.1. **Les nouvelles directives sur l'électricité et le gaz**

Les nouvelles directives de l'UE sur l'électricité et le gaz sont entrées en vigueur le 8 août 2003. Elles marquent un nouveau pas en avant vers la libération du marché de l'électricité et du gaz en Europe. Elles comportent des règles générales relatives aux obligations de service public, au service universel, à la protection des consommateurs et au suivi de la sécurité des approvisionnements, et fixe des délais pour l'ouverture de la libéralisation à tous les consommateurs (1<sup>er</sup> juillet 2004 pour les entreprises et 1<sup>er</sup> juillet 2007 pour les particuliers). Les dispositions les plus intéressantes concernent le renforcement des règles relatives au démantèlement des monopoles, les autorités de régulation et l'accès à des tiers.

La séparation des opérateurs est renforcée et des comptes séparés doivent être établis pour les activités de fourniture. Les opérateurs dans le transport et la distribution (aussi bien pour l'électricité que pour le gaz) doivent être indépendants dans leur forme juridique, dans leur organisation et dans leur prise de décision pour les activités qui n'ont pas trait au transport ou à la distribution. (Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer cette disposition aux systèmes de distribution comptant moins de 100 000 clients.) La précédente directive relative au gaz était muette sur ce point et celle relative à l'électricité faisait uniquement mention d'une « gestion indépendante ». Aux termes des nouvelles règles, des comptes séparés doivent désormais être tenus concernant la fourniture aux clients « éligibles » (libres de choisir) et aux clients inéligibles, pour les activités concernant l'électricité et le gaz ainsi que le gaz naturel liquéfié. Cette disposition vient s'ajouter à celles des précédentes directives qui exigeaient la tenue de comptes séparés pour la production, le transport et la distribution d'électricité, ainsi que pour le transport, la distribution et le stockage du gaz.

- Les nouvelles règles exigent qu'une ou plusieurs autorités de régulation, répondant à certaines exigences minimums, soient mises en place dans chaque État membre.
- Elles doivent être totalement indépendantes des intérêts des secteurs de l'électricité ou du gaz.
- Elles doivent être au moins chargées d'assurer l'absence de discrimination, une concurrence efficace et le bon fonctionnement du marché.
- Elles doivent au moins superviser : les règles et les attributions concernant l'interconnexion et la congestion du réseau, les délais de réponse aux demandes d'accès et de réparation, la publication d'informations, la tenue effective de comptes séparés afin de veiller à ce qu'il n'y ait pas de subventions croisées, et les conditions d'accès aux activités qu'elles ne réglementent pas, par exemple les nouveaux raccordements au réseau et le stockage du gaz.
- Elles doivent avoir compétence pour fixer ou approuver les tarifs ou, au moins, les méthodes utilisées pour le calcul des tarifs avant que ceux-ci n'entrent en vigueur pour le transport et la distribution d'électricité et de gaz, ainsi que pour l'accès aux installations de gaz naturel liquéfié (GNL). (Les États membres peuvent aussi exiger des autorités de régulation qu'elles soumettent les tarifs ou les modes de calcul des tarifs, la décision formelle incombant à l'organe compétent dans l'État membre.)
- Elles doivent avoir le pouvoir d'ordonner, s'il y a lieu, aux entreprises, de modifier leurs conditions d'accès de sorte que ces conditions soient proportionnées et appliquées d'une manière non discriminatoire.

### Encadré 5.1. **Les nouvelles directives sur l'électricité et le gaz (suite)**

Ces dispositions diffèrent de celles des précédentes directives qui exigeaient des États membres qu'ils instaurent « des mécanismes appropriés et efficaces de réglementation, de contrôle et de transparence de façon à éviter tout abus de position dominante, en particulier au détriment des consommateurs, ainsi que tout comportement prédateur ». Lorsque l'accès était seulement négocié (Allemagne) « une gamme de prix indicatifs pour les systèmes de transport et de distribution » devait être publiée pour l'électricité, et « les principales conditions commerciales pour l'utilisation du système » devaient être publiées pour le gaz.

Avec les nouvelles règles, l'accès des tiers change fondamentalement. Du fait de ses responsabilités et du pouvoir qu'elle peut exercer sur les tarifs d'accès, l'autorité (ou les autorités) ne peut approuver des tarifs qui, par exemple, subventionnent les opérateurs historiques ou entravent l'entrée, puisque dans le premier cas il s'agirait d'une discrimination et que, dans le second, il s'agirait d'un obstacle à une libre concurrence et au bon fonctionnement du marché. L'idée même de négociation ne disparaît pas nécessairement, et cela pour deux raisons. Premièrement, les données prises en compte dans le calcul des tarifs avec les méthodes approuvées pourraient en principe être négociées. Deuxièmement, les méthodes approuvées pour le calcul des tarifs ne donnent pas nécessairement une seule et unique valeur.

le secteur de l'énergie prévoit une « légalisation » des accords d'association, la loi présumant que si les accords sont respectés, on peut considérer que des conditions de bonnes pratiques sont remplies. La nouvelle loi confirme que la loi sur la concurrence reste pleinement applicable aux conditions d'accès malgré cette présomption, mais en même temps, dans ses dernières décisions « Stadtwerke Mainz » et « HEAG », la Cour d'appel de Düsseldorf interprète la nouvelle loi de sorte que la présomption de bonnes pratiques en faveur des accords d'association empêche presque complètement la mise en application des dispositions de la loi sur la concurrence relatives au contrôle de l'abus de position dominante. La « légalisation » des accords risque donc d'être une étape incertaine vers l'ouverture à la concurrence. Suite aux toutes dernières directives de l'UE, d'autres changements sont en cours. À la fin d'août 2003, le ministère fédéral de l'Économie et du Travail a adressé un rapport au Parlement dans lequel il annonçait la mise en place d'un nouveau cadre réglementaire et la désignation de RegTP comme instance de régulation pour l'électricité et le gaz pour juillet 2004.

### **La sécurité des approvisionnements est un facteur de complication dans la libéralisation du secteur de l'énergie**

La sécurité des approvisionnements, l'un des principaux objectifs de la politique énergétique nationale de l'Allemagne (comme dans beaucoup d'autres pays) est un facteur de complication dans la libéralisation de l'énergie, en particulier du secteur du gaz (encadré 5.2). Ces problèmes sortent du cadre de la présente étude, mais du point de vue de l'efficacité et de la concurrence, les politiques et mesures actuelles visant à promouvoir la sécurité des approvisionnements ralentissent le développement des marchés concurrentiels.

### Encadré 5.2. **Sécurité des approvisionnements : qu'est ce que cela signifie ?**

La sécurité des approvisionnements est un objectif des politiques énergétiques de nombreux pays, mais qu'est-ce que cela signifie ? D'après l'Agence internationale de l'énergie, « par sécurité des approvisionnements, on entend la probabilité que l'énergie sera fournie sans interruption. On remarque que des variables économiques telles que les niveaux et la volatilité des prix sont exclus de la définition ». AIE (2002).

Pour l'électricité, la sécurité des approvisionnements dépend d'investissements suffisants pour assurer :

- une capacité de production suffisante pour répondre à la demande ;
- un portefeuille approprié de technologies pour faire face aux variations dans la disponibilité des combustibles ;
- des réseaux appropriés de transport et de distribution pour acheminer l'électricité.

La sécurité des approvisionnements en énergie exige un investissement en infrastructures suffisant et réalisé en temps voulu. Les prix de l'électricité sont des éléments clés de cette activité d'investissement. Le débat n'est pas clos sur le point de savoir si les signaux de prix du marché vont bien stimuler en temps voulu des investissements suffisants en capacité de production, en particulier pour les périodes de pointe. (La gestion axée sur la demande, qui consiste par exemple à augmenter le pourcentage d'utilisateurs soumis aux prix en temps réel, peut contribuer à réduire les pointes de demande.) La sécurité des approvisionnements en énergie exige aussi des approvisionnements diversifiés et la régulation des composantes de l'infrastructure qui continuent de relever d'un monopole. Il est très difficile aux instances de régulation d'assurer des investissements suffisants en infrastructures de transport, en raison des problèmes de site et d'autorisation ; en outre, les opérateurs historiques sont probablement peu incités à investir, puisqu'une augmentation de la capacité de transport risque de favoriser une intensification de la concurrence dans les zones qu'ils contrôlent. La capacité d'interconnexion existante est insuffisante dans l'Union européenne, comme dans beaucoup d'autres régions du monde. Le développement de marchés efficaces de l'électricité exige un effort soutenu de la part des pouvoirs publics pour surveiller la fiabilité, adapter les mesures et les réglementations aux besoins d'un marché ouvert de l'électricité et, en fin de compte, assurer la sécurité des approvisionnements en énergie.

Pour la Commission européenne, qui a examiné la sécurité des approvisionnements en énergie pour toutes les sources d'énergie utilisées dans l'économie, ce qui importe surtout, c'est la disponibilité physique ininterrompue à des prix qui soient abordables pour les consommateurs, entreprises et particuliers. Ses préoccupations ont trait en particulier à l'énergie importée et à la diversification des sources d'approvisionnement par produit et par région géographique. Dans un document traitant de ce sujet, la CE caractérise les approvisionnements en pétrole, gaz et charbon en fonction de leur couverture géographique et géopolitique et du degré de concurrence. De ces trois produits, le charbon se distingue pour sa couverture géographique et géopolitique et son « absence de tension sur les prix ». En ce qui concerne le pétrole et le gaz, la concentration géographique des sources est plus forte ; par ailleurs, alors que les prix du pétrole sont fixés par un cartel mondial, les prix du gaz sont déterminés par « un oligopole régional cartellisé par pétrole interposé ».

Dans son examen de la politique énergétique de l'Allemagne en 2002, l'Agence internationale de l'énergie indiquait que « les pouvoirs publics cherchent à diversifier les sources d'énergie, y compris en recourant à des importations, en particulier pour le gaz, parce qu'une dépendance excessive à l'égard d'une seule source ou d'un petit nombre de sources peut accroître les risques en matière de prix et en matière d'approvisionnement ». Plus loin, à propos du charbon, l'AIE précisait qu'il n'est pas indispensable pour des raisons de sécurité des approvisionnements en énergie de subventionner le marché pour maintenir la production nationale de charbon, et suggérait au contraire de développer diverses sources d'énergie primaire par le biais d'échanges, afin de maintenir une diversité des combustibles et d'encourager activement le développement d'un marché européen de l'électricité et du gaz.

### ***La promotion des énergies renouvelables est un autre objectif politique clé et un autre facteur de complication***

Le secteur de l'énergie exerce un large impact sur l'environnement. La réforme et l'ouverture à la concurrence suscitent à la fois des difficultés et des espoirs. La promotion des énergies renouvelables est un volet clé de la politique énergétique de l'Allemagne. L'objectif consistant à doubler la part des énergies renouvelables dans la production totale d'électricité d'ici 2010 est ambitieux. Pour y parvenir, il faut une aide spécifique de la part des pouvoirs publics, qui d'ailleurs sont prêts à l'apporter. Il faut une aide financière pour la R-D, des incitations à l'investissement et un prix garanti pour l'énergie produite à partir d'énergies renouvelables qui est fournie au réseau. Les pouvoirs publics savent que les énergies renouvelables doivent devenir compétitives à terme. D'ici là, il y a lieu d'étudier les moyens les plus efficaces de soutenir le développement des énergies renouvelables.

## **Aperçu des secteurs de l'électricité et du gaz**

### **1. ÉLECTRICITÉ**

#### ***La production est concentrée et l'entrée sur le marché est difficile***

L'énergie nucléaire, le lignite et la houille sont les principaux combustibles utilisés pour la production d'électricité. Les producteurs historiques suppriment de la capacité plus vite qu'ils n'en créent, dans un contexte de réduction continue des surcapacités accumulées avant la libéralisation. Cette partie de la chaîne d'approvisionnement est fortement concentrée. En 2002, deux entreprises, E.ON et RWE, ont produit plus de 60 % de la production totale, et les quatre plus grands producteurs en ont produit 80 %. La régionalisation est aussi très marquée : les zones de distribution sont généralement bien délimitées. Cependant – et c'est une remarque générale qui n'est pas propre à l'Allemagne – le pouvoir de marché dans le secteur de l'électricité ne se limite pas à une question de concentration géographique. La dimension temporelle est aussi très importante, parce que l'électricité est difficilement stockable et qu'un pouvoir de marché peut s'exercer en particulier en période de pointe de la demande (des pointes se produisent régulièrement dans le cycle de la demande d'électricité). Ce type de situation apparaît lorsque la majeure partie de la production est épuisée, ce qui laisse le champ libre à quelques entreprises restantes, éventuellement dominantes, qui fixent les prix à leur gré. Il n'est pas certain que ce soit un problème en Allemagne, où quatre grandes entreprises assurent surtout la production de base, un certain nombre de plus petites entreprises exploitant des centrales de pointe, mais la situation doit être maintenue sous surveillance (comme dans la plupart des autres pays de l'OCDE).

Même si en principe elle est libéralisée depuis 1998, l'entrée sur le marché reste un problème : à ce jour, il n'y a pas eu de nouvel entrant de taille respectable. Deux raisons expliquent cette situation. Premièrement, le marché était en forte surcapacité, ce qui n'était guère de nature à inciter de nouveaux entrants à mettre en place de nouvelles capacités. Deuxièmement, les pouvoirs publics se sont attachés à promouvoir les énergies renouvelables, ce qui a encore moins incité à construire d'autres types d'équipements de production. Dans ce contexte, il pourrait être utile de revoir les possibilités d'encourager la production d'électricité par des centrales au gaz. Dans certains autres pays où la libéralisation a eu lieu, l'entrée sur le marché est généralement le fait de sociétés indépendantes qui construisent des centrales à gaz à cycle combiné, qui n'exigent qu'un investissement relativement peu élevé et fonctionnent au gaz naturel. Deux nouveaux entrants potentiels sur le marché allemand de la production d'électricité se sont retirés en 2001, en invoquant les problèmes rencontrés avec les contrats

d'approvisionnement en gaz et les prix élevés du gaz. Deux nouveaux projets de centrale à gaz à cycle combiné en sont actuellement au stade de la planification.

**Les quatre plus grandes sociétés sont responsables du transport et de l'exploitation du réseau : il est évident que des problèmes de pouvoir de marché se posent**

Les quatre plus grands producteurs d'électricité sont propriétaires de parties géographiquement distinctes du réseau de transport, et sont les opérateurs du système de transport (OST) pour la région qu'ils couvrent. Les OST achètent des services (par exemple, des services d'équilibrage) puisqu'il leur incombe de garantir des approvisionnements fiables et de coordonner le développement du réseau. Le réseau de transport n'est pas surchargé en Allemagne, même en période de pointe, bien qu'il y ait congestion à certaines frontières. L'absence de congestion à l'intérieur du pays témoigne d'une bonne gestion (conformément aux obligations légales). Avec l'intensification de la concurrence, la situation pourrait changer ; dans les pays où la concurrence s'est bien installée, la capacité de transport qui jusque là semblait suffisante commence souvent à saturer.

En Allemagne, il n'y a pas un seul opérateur pour l'ensemble du pays qui soit chargé de coordonner la distribution d'électricité sur le réseau. Il existe une association qui coordonne la distribution de l'électricité produite par les grands OST. La discrimination dans l'ordre d'appel des groupes est un problème important qui risque de se poser en cas de libéralisation et qui peut être difficile à détecter. Il y a donc lieu de réduire toute incitation à une discrimination : élargir les régions couvertes par les OST de sorte qu'elles soient plus vastes que la partie du réseau de transport appartenant à l'OST faciliterait les choses.

Une autre question qui se pose est celle du prix de l'électricité nécessaire à l'ajustement, c'est-à-dire l'électricité qui sert à compenser la différence entre la demande prévue et la demande effective (parce que l'électricité n'est pas facile à stocker et que le réseau doit être alimenté en permanence pour éviter son effondrement). On estime que dans leurs zones respectives de réglage RWE et E.ON fournissent en général entre 70 % et 100 % de la puissance nécessaire à l'ajustement. BKartA a obligé les quatre grands producteurs d'électricité à mettre en place un système d'appel d'offres pour la fourniture de l'énergie nécessaire à l'ajustement. Cependant, les grandes entreprises sont généralement les seules soumissionnaires, et le plus souvent s'abstiennent de soumissionner en dehors de leurs zones de desserte traditionnelle. Les prix de l'ajustement ont dans certains cas doublé en 2002 dans la zone de RWE. Le BKartA a intenté une action pour abus, encore en instance.

**Une bourse nationale de l'électricité est en place depuis 2000 : elle s'est développée, mais ce sont les échanges bilatéraux qui prédominent**

L'Allemagne est dotée d'une bourse de l'électricité avec un marché physique, la veille pour le lendemain, et un marché à terme, l'European Energy Exchange (EEX). Située à Leipzig, elle a été créée en 2000. En 2003, environ 10 % de la consommation d'électricité allemande s'est négociée sur le marché de la veille au lendemain, soit sept fois plus que sur le marché à terme. Le volume total des transactions a sensiblement augmenté ces deux dernières années, au point de représenter en 2003 environ 75 % de la production totale (marché de la veille au lendemain et marché des contrats à terme combinés). Rien n'indique qu'il y ait des pratiques anticoncurrentielles sur le marché pour les transactions en bourse. Outre ces transactions, on constate d'importants échanges bilatéraux entre les quatre grands producteurs, qui dominent de beaucoup les transactions en bourse. En 2001, par exemple, E.ON a acheté 57 % de l'électricité qu'elle a vendue.

**La distribution et la fourniture restent le fait de sociétés locales et régionales traditionnelles, et l'intégration verticale limite les opérations qui se font dans des conditions concurrentielles**

La distribution et la fourniture d'électricité sont aux mains de nombreuses entreprises d'utilité publique locales et régionales qui sont généralement en position de fournisseur dominant dans la partie du réseau qu'elles desservent. On compte près de 840 sociétés locales (Stadtwerke) et une cinquantaine de sociétés régionales. Beaucoup d'entre elles sont la propriété (en tout ou partie) des grandes entreprises allemandes d'électricité, ou de sociétés étrangères.

Outre la baisse des prix, ce qui témoigne d'une libéralisation effective, c'est le degré auquel les consommateurs peuvent changer de fournisseur. Selon les estimations d'associations professionnelles, 35 % des clients industriels ont changé de fournisseur et les 65 % restants ont renégocié leur contrat avec leur fournisseur habituel. En ce qui concerne les ménages, les estimations indiquent qu'à peine plus de 4 % d'entre eux avaient changé de fournisseur à l'automne 2002, et que 28 % avaient renégocié leur contrat avec leur fournisseur habituel pour obtenir de meilleures conditions. Ce faible taux de changement pour les ménages est peut-être dû aux coûts fixes élevés (y compris les coûts élevés d'accès au réseau), de sorte que la marge de manoeuvre est faible pour faire jouer la concurrence entre les différents fournisseurs (sur les coûts variables). L'électricité peut aussi être considérée comme un produit présentant un « faible intérêt » (en tout cas tant que les consommateurs ne se sont pas faits à l'idée de la concurrence). Pourtant, des mesures ont été prises pour abaisser le coût d'un changement de fournisseur pour les petits consommateurs avec, par exemple, la suspension de la « redevance de transfert » en cas de changement de fournisseur et la mise en place d'un nouveau groupe de travail au ministère (aujourd'hui dissous) pour régler les différends et traiter les problèmes impliquant des petits consommateurs.

La forte intégration verticale limite la concurrence dans les transactions entre les sociétés d'utilité publique locales et leurs sources d'approvisionnement (encadré 5.3).

**Encadré 5.3. Sociétés locales et achats d'énergie**

L'intégration verticale très répandue dans les secteurs de l'électricité et du gaz limite la concurrence dans les transactions entre les sociétés d'utilité publique locales et leurs sources d'approvisionnement en électricité ou en gaz. Les consommateurs, en particulier les ménages, résilient rarement leur contrat avec leur fournisseur habituel. En conséquence, c'est le choix d'approvisionnement effectué par le service public municipal qui détermine en grande partie quel est le producteur qui fournira les ménages résidant sur le territoire de la commune.

- Le fait qu'une entreprise en amont soit propriétaire en tout ou partie de la société locale réduit sensiblement l'incitation à s'approvisionner auprès d'une entreprise différente et concurrente de l'entreprise en amont.
- ❖ Si l'entreprise en amont exerce un contrôle, la tentation est alors forte « d'acheter ses propres produits » même si ce n'est pas l'offre la moins chère pour la société locale de service public. La tentation est d'autant plus forte que les avantages financiers pour l'entreprise en amont proviennent à la fois des activités en amont et des activités en aval, alors que si la société locale de service public s'approvisionnait auprès d'une entreprise différente et concurrente de l'entreprise en amont, elle ne tirerait des avantages financiers que des activités en aval.

### Encadré 5.3. **Sociétés locales et achats d'énergie** (suite)

- ❖ Si l'entreprise en amont n'exerce pas de contrôle, les incitations restent similaires. Cependant, dans ce cas, elle doit proposer un prix qui corresponde au moins à l'offre de tout concurrent. L'entreprise en amont bénéficie alors d'un avantage informationnel par rapport à ses concurrents, en particulier si l'un des membres de son conseil d'administration détient des informations sur les caractéristiques de la société locale de service public qui influent sur les coûts, les méthodes d'évaluation des offres ou les offres concurrentes.
- Le fait qu'une entreprise en amont soit propriétaire en tout ou partie de la société locale réduit l'incitation à se manifester comme concurrent pour fournir les petits et moyens clients.
- ❖ Dans la mesure où l'entreprise en amont exerce un contrôle sur au moins plusieurs sociétés locales, la concurrence est moindre avec les autres sociétés locales dans lesquelles elle a des intérêts, qu'elle exerce ou non le contrôle. Cette incitation tient à ce qu'une moindre concurrence en aval est plus rentable pour les sociétés locales, ce qui rend d'autant plus intéressant la propriété de ces sociétés.

## 2. GAZ

### **L'Allemagne est le plus gros consommateur de gaz d'Europe continentale et est aussi très dépendante des importations**

Il faut replacer la réforme du secteur du gaz en Allemagne dans le contexte de la production et de l'offre en amont, qui est concentrée et n'est généralement pas gérée dans des conditions concurrentielles. L'Allemagne est le plus gros consommateur de gaz d'Europe continentale, mais elle dépend aussi fortement des importations (qui représentent plus de 80 % de la consommation). C'est donc le pays le plus concerné par le cadre actuel des approvisionnements en Europe continentale, et le problème de la sécurité des approvisionnements joue un rôle clé dans l'orientation de la réforme.

Les principales sources d'approvisionnement de l'Europe continentale sont les Pays-Bas et, en dehors de l'UE, la Russie, la Norvège et l'Algérie. La production de gaz dans tous ces pays est fortement concentrée. Les fournisseurs appliquent la même méthode de fixation des prix, en indexant le prix du gaz sur celui du pétrole, d'autant plus qu'il n'existe pas (encore) de marché concurrentiel du gaz en Europe continentale pour fixer les prix. Le gaz naturel liquéfié (GNL), qui pourrait contribuer à faire naître de nouvelles sources d'approvisionnement et, donc, la concurrence, ne connaît pas encore un développement lui permettant de s'imposer comme une solution compétitive, du fait de l'avantage de prix relatif dont bénéficie le gaz acheminé par gazoduc.

Un certain nombre de difficultés font obstacle au développement de la concurrence gaz contre gaz en Europe continentale, notamment les très lourds coûts d'investissement pour la mise en place d'une nouvelle infrastructure de production et de transport du gaz, les faibles perspectives de croissance du marché allemand (les prévisions font état d'une augmentation d'à peine 1 % par an) et l'existence de contrats d'approvisionnement à long terme (90 % de la demande européenne prévisionnelle sont ainsi couverts jusqu'en 2010). La Commission européenne a également dénoncé un certain nombre d'obstacles tels que l'interdiction contractuelle de revendre le gaz, contre lesquels elle a décidé d'agir. Néanmoins, on observe quelques ouvertures à la concurrence du marché : un hub gazier est en cours de création en Allemagne (un hub favorise la concurrence entre les différents types de gaz et permet aux acteurs de connaître les prix du gaz pratiqués par la

concurrence). Toutefois, sa liquidité – et donc son développement – se trouve entravée par les fournisseurs historiques qui continuent de dominer le marché, par les difficultés d'accès aux gazoducs et aux installations de stockage, et par les contrats à long terme.

**La structure du secteur du gaz en Allemagne conserve ses caractéristiques classiques, et jusqu'à présent peu d'éléments nouveaux sont apparus qui soient susceptibles de favoriser une ouverture à la concurrence**

La structure du secteur du gaz en Allemagne comporte trois niveaux. Le niveau supérieur se compose des six entreprises suprarégionales qui importent le gaz, le transportent dans des gazoducs de grande capacité et le fournissent au niveau suivant. Le niveau intermédiaire se compose des distributeurs/fournisseurs régionaux de gaz qui approvisionnent les gros clients industriels ainsi que le troisième niveau. Ce dernier se compose de plus de 800 distributeurs/fournisseurs de gaz locaux et municipaux qui fournissent les petits consommateurs industriels et les ménages. La plupart de ces entreprises locales fournissent aussi d'autres services publics ou de réseau tels que la production et la distribution d'électricité, la fourniture de chaleur et d'eau et les transports publics. Des monopoles géographiques *de facto* dans la chaîne de fourniture aux consommateurs permettent de réunir les conditions nécessaires pour réaliser de gros profits. La tendance est à l'intégration verticale de ces trois niveaux (la tendance est en partie la même dans la chaîne de fourniture d'électricité).

Le tableau 5.1 illustre le premier niveau.

Le groupe dominant est Ruhrgas, qui importe 60 % de la consommation de gaz et contrôle une grande partie des gazoducs haute pression à l'intérieur de l'Allemagne et près d'un quart

**Tableau 5.1. Principales sociétés d'importation et de transport du gaz**

Raison sociale	Filiales	Gaz fourni (milliards de m <sup>3</sup> )	Transport (km haute pression)	Stockage (milliards de m <sup>3</sup> )
Ruhrgas AG	E.ON	50.6	10 750	< 5
BEB Erdgas und Erdöl	Exxon (50 %) Shell (50 %)	16.4	3 439	> 2.7
Verbundnetz Gas AG <sup>1</sup> (VNG)	E.ON (5.26 % directement et 36.84 % par l'intermédiaire de Ruhrgas) BASF (par l'intermédiaire de Wintershall Erdgas Beteiligungs GmbH 15.79 %) ExxonMobil and Shell (par l'intermédiaire de BEB Erdgas und Erdöl 10.53 %) Statoil (5.26 %) ZGG-Zarubezhgas-Erdgashandel-Gesellschaft mbH (5.26 %) Gaz de France par l'intermédiaire de EEG-Erdgas Transport GmbH (5.26 %) Huit municipalités d'Allemagne orientale (15.79 %)	15.8	7 300	> 2
Wingas GmbH	BASF (65 %) Gazprom (35 %)	11.8	1 836	4.2
Thyssengas GmbH	RWE AG (100 %)	6.7	2 500	> 0.3
EWE	Municipalités et districts administratifs de la région Weser-Ems (59.4 %) Municipalités et districts administratifs de la région Weser-Elbe (13.2 %) E.ON (27.4 %)	4	3 870	> 1.1

1. E.ON doit céder ses participations directes et indirectes dans VNG et EWE, conformément aux conditions imposées pour obtenir l'autorisation ministérielle de réaliser la fusion E.ON/Ruhrgas.

Source : OCDE.

de l'ensemble des installations de stockage. Il détient aussi des intérêts importants en aval, en particulier après son intégration dans les activités de distribution de E.ON. En amont, il détient une participation dans le nouveau hub gazier et 6.5 % dans Gazprom. Son principal concurrent est Wíngas (entreprise conjointe, propriété de BASF et Gazprom) qui a mis en place un gazoduc concurrent en Allemagne et est propriétaire d'importantes installations de stockage. Toutefois, la concurrence qu'elle peut faire à Ruhrgas risque à l'heure actuelle d'être plutôt éteinte par différents facteurs tels que la nécessité d'investir encore pour accroître sa capacité et surtout l'existence d'un nouveau contrat Ruhrgas/Gazprom dont les conditions limitent sensiblement la rentabilité d'une éventuelle expansion de Wíngas pour Gazprom. La concurrence avec les autres grands acteurs est aussi affaiblie par divers paramètres tels que les coûts communs résultant de l'achat en commun du gaz importé et le dispositif qui fait qu'il n'est pas rentable d'encourager les consommateurs à changer de fournisseur. La Commission européenne considère qu'il existe une position dominante oligopolistique entre au moins Ruhrgas et deux autres grandes sociétés (BEB et Thyssengas). Jusqu'à présent, la libéralisation ne s'est soldée que par très peu de changements de fournisseur, principalement par de grandes entreprises industrielles, et pratiquement aucun changement de fournisseur de la part des ménages.

Le stockage joue un rôle clé dans la gestion de la chaîne des approvisionnements en gaz, et l'accès à des installations de stockage à des conditions raisonnables est un élément essentiel d'un cadre concurrentiel efficace.

## Prix de l'électricité et du gaz

### 1. ÉLECTRICITÉ

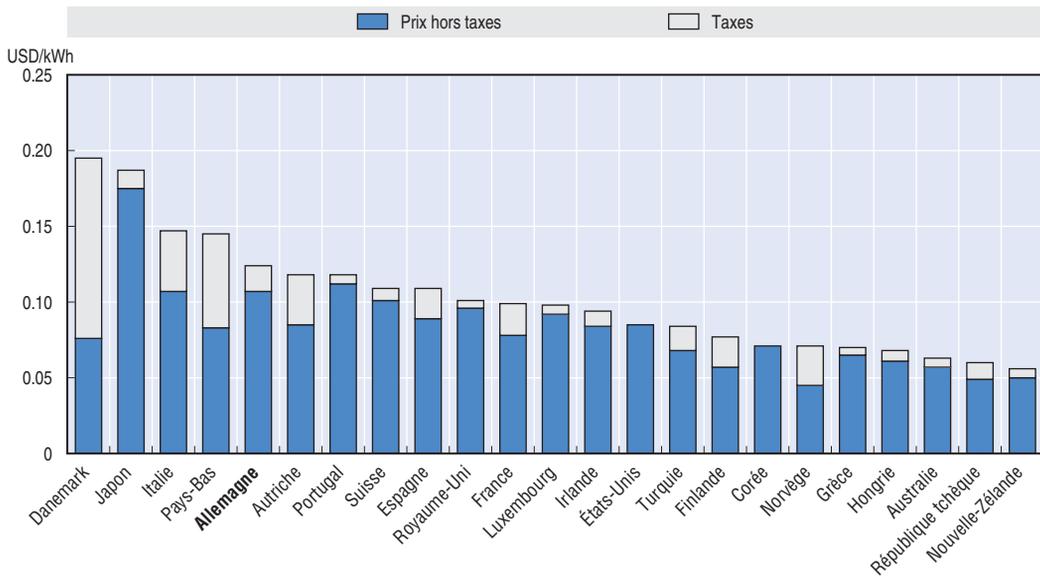
#### **Les prix de l'électricité ont baissé après la libéralisation, mais aujourd'hui ils recommencent à monter**

Les prix de l'électricité ont baissé après la libéralisation, même si cette baisse a été en partie compensée par de nouvelles taxes et par les lois en faveur des énergies renouvelables. Les grandes entreprises industrielles en ont été les principales bénéficiaires, avec des baisses de prix atteignant parfois 50 %. Les petits consommateurs en ont bénéficié plus tard et dans une moindre mesure. Les raisons qui expliquent cette différence tiennent au fait que peu de petits consommateurs ont changé de fournisseur. Certains observateurs ont souligné que la baisse des prix n'est peut-être pas entièrement due à la libéralisation : de fait, les coûts de la production d'électricité ont également baissé. Depuis 2000, les prix de l'électricité ont commencé à monter. Les raisons de cette hausse ne sont pas claires, mais il est probable qu'une plus lourde fiscalité et d'autres charges telles que la promotion des énergies renouvelables en sont en grande partie responsables, ainsi que la diminution de la capacité de production et les stratégies de fixation des prix mises en œuvre par les fournisseurs soucieux de s'assurer une rentabilité suffisante.

Par rapport aux autres pays de l'OCDE, les tarifs industriels se situent autour de la moyenne, mais les tarifs pratiqués pour les petits consommateurs sont élevés (graphiques 5.1 et 5.2).

Il faut interpréter prudemment les prix de l'électricité (et du gaz), parce que la fixation des prix n'est pas simple. L'électricité est vendue dans le cadre de contrats complexes qui intègrent différents risques, y compris des coûts d'investissement élevés et de faibles coûts variables, et la demande dépend notamment de la météorologie et de la croissance économique. L'électricité peut simultanément changer de mains à des prix différents. Une composante importante est constituée par la redevance d'accès au réseau : elle est généralement élevée en Allemagne par rapport à l'ensemble de l'UE pour le transport moyenne et basse tension, mais son montant peut varier beaucoup d'une région à l'autre.

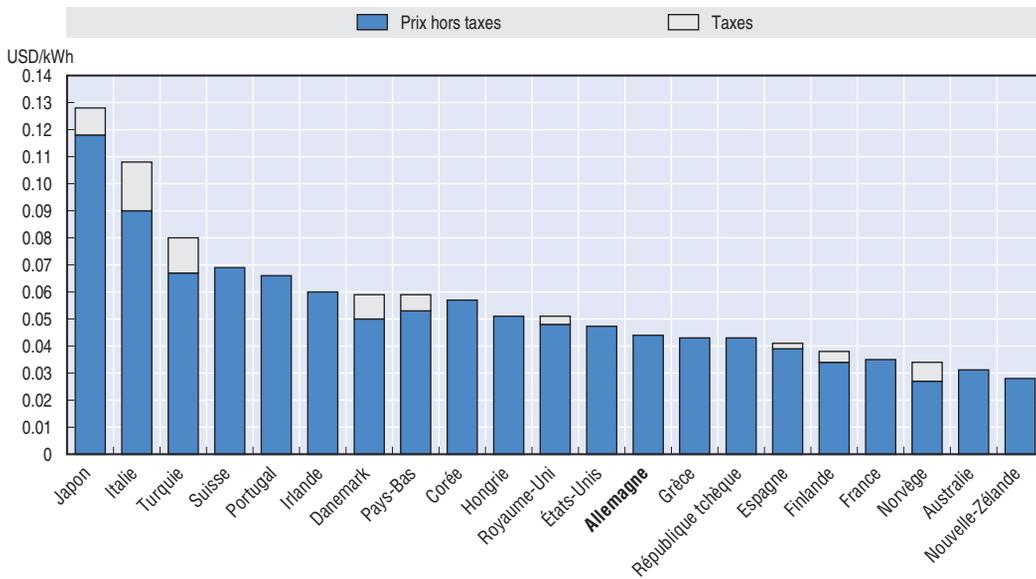
Graphique 5.1. **Électricité vendue aux ménages, hors taxes et taxes comprises**<sup>1</sup>



1. Les données concernant l'Allemagne après 2001 sont à l'heure actuelle incomplètes.

Source : AIE.

Graphique 5.2. **Électricité vendue à l'industrie, hors taxes et taxes comprises**<sup>1</sup>



1. Les données concernant l'Allemagne après 2001 sont à l'heure actuelle incomplètes.

Source : AIE.

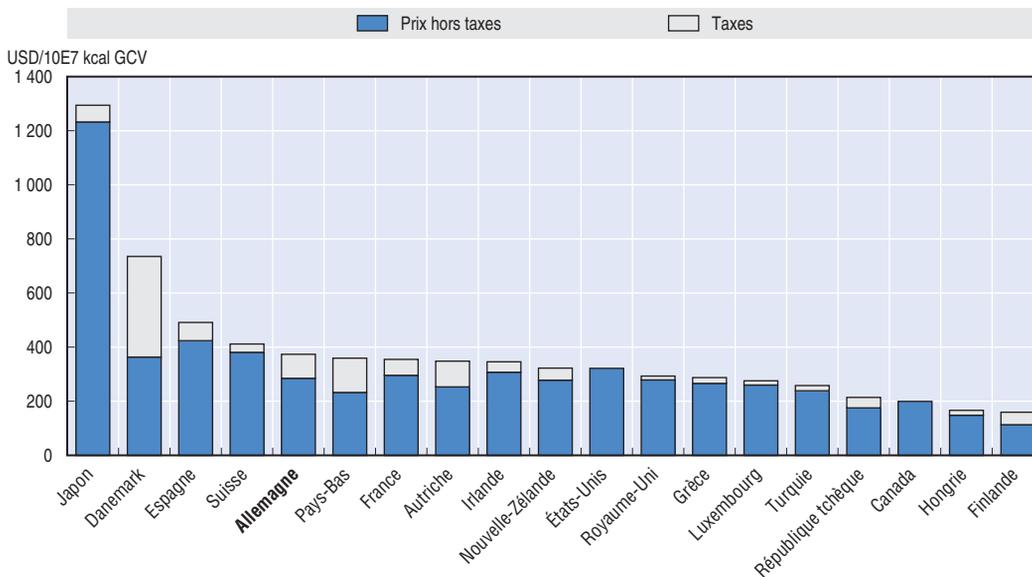
## 2. GAZ

### **Les prix du gaz ont augmenté, au fur et à mesure de la hausse des cours mondiaux**

Dans les deux années qui ont suivi la libéralisation, les prix du gaz ont sensiblement augmenté tant pour l'industrie que pour les ménages, parallèlement à la hausse des cours mondiaux. À l'heure actuelle, la marge de manœuvre est moins grande pour une baisse des prix dans le secteur du gaz que dans le secteur de l'électricité, en raison de la dépendance

à l'égard des importations, de la moindre liquidité du marché du gaz et du lien toujours étroit avec les prix du pétrole (une intensification de la concurrence permettrait de progresser sur les deux derniers points). Le prix du gaz est élevé en Allemagne par rapport à d'autres pays de l'OCDE (graphiques 5.3 et 5.4).

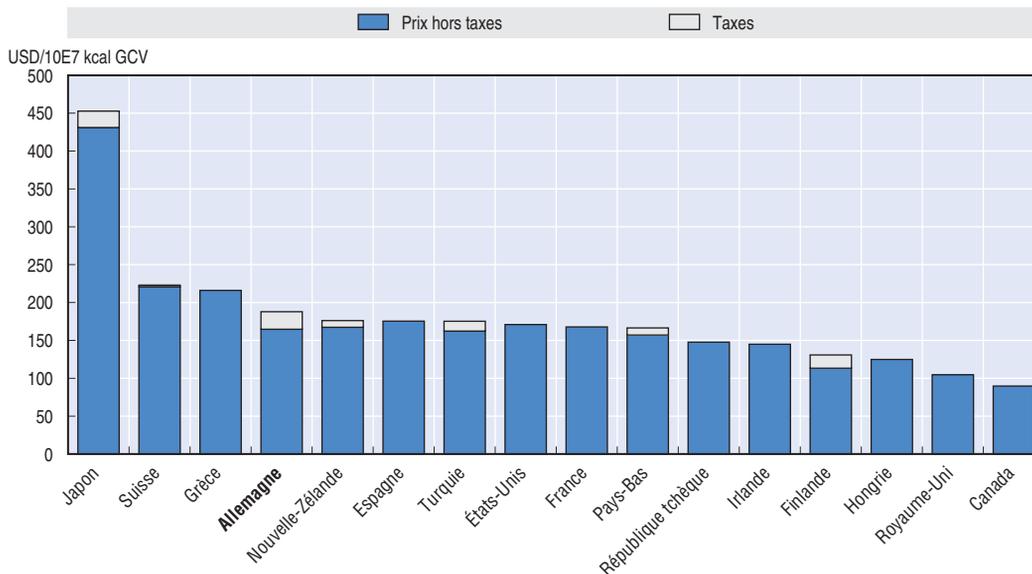
Graphique 5.3. **Gaz vendu aux ménages, hors taxes et taxes comprises**<sup>1</sup>



1. Les données concernant l'Allemagne après 2000 sont à l'heure actuelle incomplètes.

Source : AIE.

Graphique 5.4. **Gaz vendu à l'industrie, hors taxes et taxes comprises**<sup>1</sup>



1. Les données concernant l'Allemagne après 2001 sont à l'heure actuelle incomplètes.

Source : AIE.

## Cadre réglementaire des secteurs de l'électricité et du gaz

À l'heure actuelle, le cadre réglementaire des secteurs de l'électricité et du gaz repose sur deux piliers. La loi sur le secteur de l'énergie et la loi contre les restrictions à la concurrence (LRC) constituent le premier pilier. Les modifications de 1998 apportées à ces textes ont marqué un changement radical en faveur d'une ouverture à la concurrence. Les accords d'association pour chaque secteur constituent le deuxième pilier.

### **Les modifications de 1998 de la loi sur le secteur de l'énergie comportent quelques mesures importantes de nature à favoriser l'ouverture à la concurrence**

Les modifications de la loi sur le secteur de l'énergie comportaient trois mesures de nature à favoriser la concurrence :

- *Abaissement des barrières à l'entrée.* Les monopoles légaux pour la fourniture d'électricité et de gaz à tous les consommateurs sont supprimés. Le régime spécial de licence pour la production d'électricité (à l'exception du nucléaire) a également été supprimé. Le système très compliqué d'approbation, qui avait permis aux opérateurs historiques de bloquer toute nouvelle entrée sur le marché de la production, a été grandement simplifié. D'une part, le principe de réciprocité peut être appliqué : jusqu'en 2006, les entreprises d'électricité ont le droit de refuser l'accès à de l'électricité venue de l'étranger, dans la mesure où un consommateur comparable résidant à l'étranger ne pourrait pas être approvisionné également par un fournisseur allemand.
- *Dispositions prévoyant un accès non discriminatoire au système de fourniture d'électricité.* Il s'agit notamment de l'obligation faite aux opérateurs de réseau de publier leurs conditions techniques minimales, de diffuser chaque année un éventail de prix indicatif, d'assurer des conditions qui ne soient pas moins favorables que celles dont ils font bénéficier leur entreprise, et de gérer le système de réseau séparément de leurs autres activités.
- *Plus grande transparence comptable.* Pour permettre de repérer les subventions croisées, il y a obligation de procéder à une séparation des comptes pour (au moins) la production, le transport, la distribution et les activités ne concernant pas l'électricité.

Les dispositions relatives à la protection des consommateurs dans le secteur de l'électricité sont maintenues. Les « fournisseurs généraux » doivent continuer à assurer le raccordement et la fourniture des consommateurs pour la basse tension et la basse pression. L'encadrement des prix pour les petits consommateurs d'électricité est également maintenu.

Les modifications vont aussi dans le sens de la promotion des énergies renouvelables et font obligation à tous les « fournisseurs généraux » d'acheter l'électricité produite à partir des énergies renouvelables dans leur secteur de fourniture et de la payer à un prix déterminé.

En mai 2003, une modification de la loi a mis en place des règles d'accès comparables pour le secteur du gaz, notamment le droit d'accès des tiers aux gazoducs et aux installations de stockage et l'obligation de tenir des comptes séparés.

Avec la modification relative à la « légalisation » des accords d'association, il devrait être beaucoup plus difficile de prouver l'abus de position dominante, car le nouveau texte présume que si les accords sont respectés, des conditions répondant aux bonnes pratiques sont censées être appliquées. Les toutes dernières décisions de la Cour d'appel de Düsseldorf (voir ci-dessus) semblent confirmer cette difficulté. En revanche, la légalisation fixe des normes minimums pour l'accès au réseau en faisant peser la charge de la preuve sur l'opérateur qui ne remplirait pas les conditions édictées dans les accords. Ainsi, tout opérateur de réseau doit ouvrir l'accès à son réseau au moins dans les conditions spécifiées

par les accords. En outre, il résulte du nouveau texte que les décisions du BKartA concernant l'accès au réseau sont en général immédiatement exécutoires.

Enfin, comme l'exige le nouveau texte, le ministère fédéral de l'Économie et du Travail a fait rapport au Parlement à la fin du mois d'août 2003 sur les conséquences du système d'accès négocié pour la concurrence. Le rapport conclut que, dans le secteur de l'électricité, les accords d'association ont contribué à mettre en place un système d'accès viable, même s'il y a encore des améliorations possibles. Le rapport signale qu'à ce jour des progrès comparables n'ont pas été réalisés dans le secteur du gaz. En outre, il présente les grandes lignes de la future réglementation des marchés allemands de l'électricité et du gaz élaborée par les pouvoirs publics.

### **La loi contre les restrictions à la concurrence est le principal instrument de contrôle des secteurs de l'électricité et du gaz**

Les dispositions générales de cette loi qui visent les ententes, les fusions anticoncurrentielles et les abus de position dominante sont particulièrement importantes pour ces secteurs dans leur évolution vers une plus grande ouverture à la concurrence (voir le chapitre 3). La mise en application de la LRC dans les secteurs de l'électricité et du gaz a représenté une part croissante des activités du BKartA.

Le principal contrôle exercé sur les conditions d'utilisation du réseau est le contrôle *a posteriori* de l'abus de position dominante en vertu de la LRC. L'encadré 5.4 reprend les dispositions de la LRC relatives à l'abus de position dominante.

#### **Encadré 5.4. L'abus de position dominante dans la loi contre les restrictions à la concurrence**

**Section 19 – L'abus de position dominante** interdit « toute exploitation abusive d'une position dominante par une ou plusieurs entreprises ». Après avoir défini la domination, la loi poursuit par une définition de l'abus :

« (4) Il y a abus en particulier si une entreprise dominante, en tant que vendeur ou acheteur de certaines catégories de biens ou de services commerciaux.

« 1. affaiblit la capacité concurrentielle d'autres entreprises d'une manière qui nuise à la concurrence sur le marché, et cela sans justification objective.

« 2. exige un paiement ou impose d'autres conditions qui diffèrent de ceux qui seraient très probablement constatés si une concurrence efficace existait ; dans ce contexte, on tiendra compte en particulier de la conduite des entreprises sur des marchés comparables où existe une concurrence efficace.

« 3. exige un paiement ou impose des conditions moins favorables que ceux que l'entreprise dominante exige elle-même d'acheteurs comparables sur des marchés comparables, à moins qu'une raison objective ne justifie cette différenciation.

« 4. refuse à une autre entreprise l'accès à ses propres réseaux ou autres éléments d'infrastructure, contre une rémunération appropriée, lorsque, sans cette utilisation concurrente, l'autre entreprise se trouve dans l'impossibilité pour des raisons juridiques ou techniques d'opérer en tant que concurrent de l'entreprise dominante sur le marché amont ou aval ; cette disposition ne s'applique pas si l'entreprise dominante démontre que pour des raisons d'exploitation ou d'autres raisons, cette utilisation concurrente est impossible ou ne peut se faire dans des conditions raisonnables ».

Pour préparer l'ouverture à la concurrence, les secteurs de l'électricité et du gaz ont cessé de bénéficier d'une dérogation pour les accords anticoncurrentiels (en conséquence, les accords de partage territorial et les concessions sont désormais soumis à une évaluation de la concurrence dans le cadre de la LRC). Une nouvelle règle a été mise en place : elle impose l'accès aux « éléments d'infrastructure indispensables », sauf lorsque l'opérateur de l'infrastructure peut démontrer que cet accès « est impossible ou ne peut se faire dans des conditions raisonnables ». Le but est de contrôler tout refus d'accès abusif, ou toute autorisation d'accès à des conditions abusives, à des éléments d'infrastructure tels que les réseaux (réseaux électriques et gazoducs) et les installations de stockage.

Le BKartA a été saisi d'affaires de refus abusif d'accès dans les secteurs du gaz et de l'électricité. La plupart de ces affaires ont porté sur des prix abusivement élevés pour l'accès au réseau d'électricité, l'ajustement et d'autres services de réseau, ainsi que sur les remises et les contrats à long terme. Par exemple en février 2003, le BKartA a considéré que les redevances pratiquées par RWE pour les services de compteur et de facturation étaient abusivement élevées et RWE a dû baisser ses prix d'un pourcentage pouvant atteindre 48 %. En avril 2003, le BKartA a interdit à Stadtwerke Mainz de demander des redevances excessivement élevées pour l'utilisation de son réseau et lui a donné ordre de baisser ses tarifs à cet égard d'un peu moins de 20 %. En octobre 2003, le BKartA a interdit au fournisseur d'énergie Mainova de refuser la connexion à son réseau de distribution moyenne tension. Les services de lutte contre les ententes des *Länder* ont aussi enquêté dans le secteur de l'électricité.

La méthode appliquée pour déterminer si des tarifs sont abusivement élevés consiste à comparer les prix avec ceux qui sont pratiqués sur un marché similaire, de façon à parvenir à une comparaison avec le prix « qui serait très probablement pratiqué si une concurrence efficace existait ». Toutefois, comme il n'existe aucun marché de l'électricité ou du gaz sur lequel cette concurrence existe, cette méthode ne fonctionne pas sur ces marchés. Un arrêt de 2002 a confirmé que BKartA pouvait procéder à une analyse des coûts en plus de l'examen en termes de marché comparable. Cela est utile, mais il est aussi difficile de déterminer les coûts pertinents et cela exige beaucoup de moyens.

L'autre contrôle que le BKartA exerce sur les secteurs de l'électricité et du gaz est celui des fusions. Souvent, le BKartA est amené à négocier des solutions aux problèmes de concurrence que posent les fusions dans ces secteurs. Par exemple, sa position sur le rachat de fournisseurs locaux et régionaux par E.ON et RWE est que ces fusions sont contraires à la concurrence si des mesures complémentaires ne sont pas prises (par exemple, la cession d'autres intérêts dans les fournisseurs régionaux). Cependant, le ministère a passé outre une décision de BKartA rejetant une importante fusion entre E.ON et Ruhrgas (encadré 5.5).

Le BKartA a également examiné les accords d'association. Ceux-ci ont été acceptés. Les accords ne soustraient aucunement les entreprises au contrôle résultant de la LRC.

**Les accords d'association sont le second pilier du cadre réglementaire : les règles relatives à l'accès négocié aux réseaux ont été confiées à des instances privées**

Conformément à la tradition allemande, l'élaboration des modalités de l'accès au réseau par des tiers a été confiée non pas à une autorité de régulation mais aux associations privées couvrant les marchés de l'électricité et du gaz, sous la supervision des autorités publiques de la concurrence. Le droit d'accès à un réseau peut être obtenu avec le concours des autorités de la concurrence et/ou des tribunaux civils. Les associations ont établi le cadre détaillé des conditions d'accès sous la forme d'accords qu'elles ont

### Encadré 5.5. **L'affaire E.ON/Ruhrgas**

La fusion E.ON-Ruhrgas est l'aboutissement d'une série d'opérations par lesquelles E.ON a repris les participations d'autres entreprises dans Ruhrgas.

Sur le plan formel, il y a eu deux projets de fusion qui ont été examinés et refusés par **BKartA**. Le premier était la reprise de la participation majoritaire dans Gelsenberg (qui détenait 25 % de Ruhrgas) de BP par E.ON, refusée le 17 janvier 2002, et le second était l'acquisition d'une participation majoritaire dans Bergemann (qui détenait 34 % de Ruhrgas) par E.ON, refusée le 26 février 2002. Le 3 juillet 2002, E.ON a annoncé le rachat des 40 % restants de Ruhrgas détenus indirectement par ExxonMobil, Shell et Preussag. BKartA redoutait les effets contraires à la concurrence de l'intégration verticale des contrats d'importation de gaz de Ruhrgas et de ses gazoducs haute pression avec les activités de distribution de gaz à l'échelle locale et régionale et les activités de E.ON dans la production d'électricité et l'exploitation du réseau.

Le **ministre allemand de l'Économie** a exercé son droit de passer outre. Élément controversé, ce droit a été exercé par un Secrétaire d'État, parce que le ministre s'était déclaré lui-même impliqué personnellement du fait qu'il avait travaillé antérieurement pour l'une des parties. À l'issue des auditions, le ministère a jugé convaincants les arguments de E.ON selon lesquels un « champion national » pourrait assurer la sécurité des approvisionnements et améliorer la compétitivité internationale. Les organismes de défense des consommateurs ont été exclus des discussions, bien qu'ils aient demandé à être entendus et aient signalé que, d'après leurs estimations, le prix du gaz allait augmenter de 10 % suite à la fusion ; le ministère ne les considérait pas comme des interlocuteurs suffisamment concernés. La décision reconnaît que l'effet négatif sur la concurrence est immédiat tandis que la sécurité des approvisionnements et la compétitivité internationale sont des aspects *futurs* qui *pourraient* se manifester si le marché évoluait d'une certaine manière.

En conséquence, des conditions ont été imposées pour atténuer les effets négatifs sur la concurrence. Cinq actifs majeurs ont dû être cédés : 1) les participations de E.ON et Ruhrgas (pour un total de 42.1 %) dans Verbundnetz Gas AG en Allemagne orientale ; 2) la participation de 27.4 % de E.ON dans EWE ; 3) la participation de 80.5 % de E.ON dans le service public de gaz et d'eau Gelsenwasser AG ; 4) les participations de 33.3 % de E.ON et Ruhrgas dans Stadtwerke Bremen ; et 5) les participations de 44.02 % de E.ON et Ruhrgas dans Bayerngas. Bayerngas fournit près de 66 % de la demande de gaz en Bavière (Handelsblatt, 2002). Ruhrgas a aussi dû vendre aux enchères 7.5 milliards de mètres cubes/an à des concurrents (soit 2.6 % des ventes annuelles de gaz en Allemagne), et autoriser des distributeurs régionaux à réduire leurs achats à 80 % de leurs besoins totaux de gaz. Ruhrgas a dû aussi procéder à certains découplages juridiques. Enfin, le ministère a imposé la condition suivante : E.ON doit céder sa participation dans Ruhrgas si : 1) une autre entreprise obtient la majorité des droits de vote ou du capital de E.ON ; et 2) s'il y a lieu de penser qu'une telle opération puisse être « contraire à la politique énergétique de l'Allemagne ». (Cette pilule empoisonnée est censée assurer une protection contre une OPA hostile.) E.ON est autorisé à conserver sa participation dans Thuga et Heingas, gros revendeurs.

Le 13 juillet 2002, le **Tribunal régional supérieur de Düsseldorf** a bloqué le rachat de Ruhrgas par E.ON, en indiquant qu'il avait « de sérieux doutes » sur la légalité de l'approbation par le ministère de l'Économie, entachée de vices de procédure. E.ON a conclu un règlement amiable avec neuf plaignants juste avant une décision de justice finale en février 2003.

recommandés à leurs membres (les pouvoirs publics ont menacé d'imposer une réglementation s'il était impossible de conclure de tels accords, et cette situation a failli se produire lorsque les négociations sur les accords concernant le gaz ont été rompues en 2002). L'encadré 5.6 donne un aperçu de ces accords.

Dans l'état actuel, les accords suscitent un certain nombre de problèmes, même s'ils ont évolué en réponse aux critiques. Les questions concernant les méthodes de fixation des prix en fonction des coûts sont traitées de façon très complète et très en détail lorsque les accords soulèvent un problème touchant au lien potentiel entre les principes de tarification et les prix eux-mêmes. Le BKartA a exprimé sa crainte que les accords puissent faciliter des ententes sur les prix. Pour le transport du gaz, qui ne donne pas lieu à un calcul sur la base des coûts, les opérateurs sont tentés d'influer sur la référence. Le fait que les accords ne soient pas obligatoires a un effet néfaste : entre 80 et 90 sociétés de distribution d'électricité n'ont pas encore fait connaître leurs tarifs d'accès alors que le délai est largement dépassé. La plupart des parties aux accords se trouvent du côté de l'offre sur le

#### Encadré 5.6. **Présentation générale des accords d'association**

Les accords fixent un cadre pour les contrats négociés entre entreprises sur l'utilisation des infrastructures de l'électricité et du gaz. De même que des négociations se déroulent entre les associations pour fixer le cadre, une seconde négociation se déroule entre la partie désireuse d'utiliser le réseau et l'opérateur du réseau. L'accord rassemble les associations existantes d'entreprises d'électricité et de gaz, les utilisateurs du réseau et les clients. Ces accords sont un moyen de mettre en œuvre le droit d'accès des tiers.

Les associations parties aux accords ont mis en place des instances de règlement des différends. À la fin de 2002, ces instances avaient tranché quatre différends.

Un des principaux objectifs des accords est d'établir des critères volontaires pour la détermination des tarifs d'accès. Conformément à la LRC, les accords ne peuvent restreindre la concurrence et, de ce fait, ne peuvent fixer effectivement les prix.

Le premier accord sur l'électricité a été conclu en mai 1998. Depuis, il a été mis à jour à deux reprises. Les principes sous-jacents à l'accord en cours sont que l'accès doit se faire de façon non discriminatoire et que les tarifs d'accès doivent être fonction des coûts et indépendants de la transaction. Les tarifs sont calculés sur la base : 1) des coûts et des recettes supposées pour le calcul des coûts ; 2) des comptes financiers annuels établis conformément au droit commercial ; 3) du principe selon lequel les tarifs concernant le réseau doivent refléter les coûts d'une exploitation efficace, principe dont l'application doit être contrôlée par une procédure de comparaison des prix du transport et de la distribution pratiqués par des opérateurs de systèmes de structure comparable. Il est ainsi tenu compte de l'hétérogénéité de la distribution de l'électricité, puisque les coûts peuvent varier sensiblement en fonction de facteurs tels que la densité de population et la quantité de câbles souterrains. Les opérateurs de distribution sont regroupés en catégories en fonction de ces facteurs structurels.

Le premier accord sur le gaz a été conclu en juillet 2000 et a également été mis à jour. La principale différence avec l'accord sur l'électricité est qu'il ne prévoit pas de système d'accès indépendant des transactions et que le tarif de transport est calculé par rapport à un prix de référence et non sur la base des coûts. Le tarif est établi par rapport à « une référence internationale et nationale », et « ne doit pas être supérieur au montant de référence basé sur le marché pour les gazoducs exploités dans des conditions de concurrence ».

Tableau 5.2. **Associations concernées par les accords d'association**

Associations représentant		Accord d'association électricité II-plus		Accords d'association gaz II	
		Fournisseurs	Utilisateurs finals/ consommateurs	Fournisseurs	Utilisateurs finals/ consommateurs
BDI	Industrie allemande	Oui	Oui	Oui	Oui
VIK	Consommateurs industriels et autoproducteurs		Oui (gros utilisateurs seulement)		Oui (gros utilisateurs seulement)
VDEW	Secteur de l'électricité	Oui			
VDN	Opérateurs de réseau (au sein de VDEW)	Oui			
VRE	Services publics régionaux pour la fourniture d'énergie	Oui			
VKU	Services publics municipaux	Oui		Oui	
BGW	Entreprises d'utilité publique pour l'eau, le gaz et l'assainissement	Oui			

Source : OCDE.

marché, ou représentent les gros consommateurs. Les consommateurs autres que les industriels sont sous-représentés. Cependant, des représentants d'organismes privés de défense des consommateurs ont pris part aux négociations pour la seconde série d'accords sur l'électricité, mais ils n'ont pas signé (voir le tableau 5.2).

D'autres points clés des accords d'association sont les principes de fixation des prix et les taux de rentabilité de l'accès au réseau, qui risquent d'encourager les entreprises à fixer des redevances d'accès à un niveau plus élevé que ce qui serait nécessaire. Les méthodes de fixation des prix sont fondées, notamment, sur les états financiers annuels établis conformément au droit commercial. L'Independent Regulators Group (groupement d'instances européennes de régulation des télécommunications) souligne que les informations financières à des fins de régulation sont souvent très différentes des autres informations financières et propose des principes directeurs pour les comptes réglementaires (encadré 5.7).

#### Encadré 5.7. **Principes directeurs pour les comptes réglementaires**

Selon l'Independent Regulators Group, groupement d'instances européennes de régulation des télécommunications, « les principes selon lesquels les comptes réglementaires sont établis exigent des réglementations spéciales ainsi que l'application de pratiques comptables généralement acceptées ».

Les principes directeurs pour les comptes réglementaires se réfèrent normalement aux éléments suivants :

##### **Principes comptables réglementaires**

Ces principes établissent les principales méthodes à appliquer dans la préparation des informations comptables réglementaires. Ils doivent comprendre, notamment, les principes de causalité, d'objectivité, de transparence, et de cohérence des coûts.

##### **Méthodes d'imputation des coûts, des recettes et des éléments d'actif et de passif**

Description des méthodes appliquées pour l'imputation intégrale des recettes, des coûts et des éléments d'actif et de passif.

### Encadré 5.7. **Principes directeurs pour les comptes réglementaires (suite)**

#### **Règles concernant les redevances de transfert**

Description des modalités de calcul des redevances de transfert entre entités réglementaires désagrégées comme l'exigent les obligations de séparation des comptes. D'une manière générale, il s'agit des méthodes recommandées pour qu'un opérateur s'applique les redevances sur la même base que les autres opérateurs pour des services similaires en cas d'obligation réglementaire à cet égard.

#### **Politiques comptables**

Ces politiques sont celles qui suivent la forme retenue pour l'établissement des comptes légaux types et comportent, par exemple, des informations sur les délais d'amortissement des immobilisations et le traitement des coûts de recherche et développement. Lorsque les comptes réglementaires sont établis sur la base des coûts courants, la base d'évaluation des actifs devra figurer dans les politiques comptables.

#### **Méthodes du coût incrémental de long terme**

Si une méthode du coût marginal à long terme est appliquée, il faut que soit décrit le mode de préparation des données relatives au coût incrémental de long terme. Cette description doit aussi comporter des détails sur l'identification et le traitement des coûts partagés ou des coûts communs.

Normalement, le responsable de la préparation des comptes réglementaires veille à s'assurer l'avis d'un contrôleur indépendant. Cet avis, avec le rapport correspondant, peut être très important pour garantir la qualité, l'objectivité et la crédibilité des informations présentées. La confiance des usagers et la clarté des comptes financiers se trouvent sensiblement renforcées par l'intervention d'un contrôleur indépendant.

Source : Independent Regulators Group (2002).

## **Approche institutionnelle et réglementaire**

### **Un contrôle institutionnel est assuré par les instances en charge de la concurrence et les pouvoirs publics : il n'existe pas d'autorité de régulation**

Le ministère fédéral de l'Économie et du Travail (BMWA) est le principal ministère responsable de la politique de l'énergie. Le *Bundeskartellam* (BKartA) a principalement la charge de faire respecter la loi contre les restrictions de la concurrence (cf. ci-dessus). Les *Länder* disposent d'organismes de contrôle du secteur de l'énergie qui font appliquer la loi fédérale, ainsi que de bureaux de surveillance des ententes pour les cas de restrictions à la concurrence sur leur territoire. La *Commission des monopoles* conseille les pouvoirs publics sur les questions de concurrence. Dans son rapport de 2002 sur l'état de la concurrence en Allemagne, elle a signalé l'absence persistante de concurrence dans de nombreux secteurs, en particulier dans les industries de réseau. Elle a fait valoir que l'accès au réseau était le facteur décisif pour une ouverture à la concurrence de marchés dominés jusque là par des monopoles.

La caractéristique institutionnelle la plus frappante, par rapport à la plupart des autres pays de l'OCDE, est l'absence d'autorité de régulation. La solution préférée est celle des accords privés entre les acteurs du marché par l'intermédiaire des accords d'association, solution appuyée par le BKartA et sa mise en application de la loi sur la concurrence.

### **Doit-il y avoir une autorité de régulation ?**

On en arrive à ce qui est peut-être le point le plus important de cette étude. Dans le contexte de l'objectif des pouvoirs publics, qui est de maximiser l'efficacité et de faire en sorte que la fourniture d'électricité et de gaz se fasse à un prix acceptable grâce à une véritable concurrence, la question qu'il faut se poser alors est de savoir si cet objectif est mieux servi par le système actuel d'accès négocié prévu dans les accords d'association appuyés par le BKartA et la loi sur la concurrence ou par une autorité de régulation indépendante. Pour pouvoir se prononcer, il faut raisonnablement se fonder sur des données telles que le prix de l'électricité et du gaz, les tarifs d'accès au réseau, le nombre d'accords pour l'accès des tiers conclus jusqu'à présent, le niveau des entrées de nouveaux concurrents et la propension des consommateurs à changer de fournisseur. L'efficacité de la solution réglementaire peut aussi être évaluée du point de vue des garde-fous mis en place pour garantir le respect des règles de libéralisation.

Sur plusieurs de ces points, l'approche actuelle montre ses limites. Les redevances d'accès au réseau électrique sont élevées, au moins pour la distribution, et n'ont pas beaucoup baissé après la libéralisation. On n'a pas d'estimation équivalente pour le gaz, mais les nouveaux entrants considèrent que les redevances d'accès sont encore trop élevées et seulement quelques rares contrats d'accès des tiers au gaz ont été signés. Il n'y a pas eu de nouvelle entrée sur le marché intérieur – hors énergies renouvelables – de la production d'électricité depuis la libéralisation (cependant, les importations sont venues renforcer un peu la concurrence). Les consommateurs d'électricité sont relativement peu nombreux à avoir changé de fournisseur, et les consommateurs de gaz n'ont pratiquement pas changé de fournisseur. Les prix de l'électricité, après avoir d'abord baissé, ont recommencé à monter. Il faut interpréter prudemment tous ces éléments, car les facteurs sous-jacents à certaines de ces tendances sont très complexes.

Les garde-fous fonctionnent lentement et incomplètement, mais certaines améliorations se profilent. Avec le système actuel, il faut longtemps pour que les redevances d'accès puissent baisser. Fin septembre 2001, le BKartA a ouvert une enquête sur les redevances d'accès pratiquées par 22 sociétés de réseau. Certaines d'entre elles ont immédiatement baissé leurs tarifs, mais il a fallu attendre février 2003 pour qu'une décision formelle soit imposée à l'une des sociétés restantes. Pour un fournisseur, c'est une attente trop longue. Une récente modification de la LRC et de la loi sur le secteur de l'énergie a rendu les décisions du BKartA immédiatement exécutoires. En outre, les changements résultant de la mise en application des nouvelles directives de l'UE pourraient permettre l'application d'une réglementation *a priori* des méthodes de calcul des redevances d'accès.

### **L'expérience et les analyses d'autres pays de l'OCDE peuvent être utiles**

Les analyses et l'expérience d'autres pays de l'OCDE, ainsi que les travaux du Secrétariat de l'OCDE, peuvent faciliter une évaluation de la voie à suivre.

Beaucoup de partisans du système actuel considèrent que la structure fortement fragmentée, avec un grand nombre d'opérateurs de réseau juridiquement distincts, rend pratiquement impossible, sur le plan de l'organisation, une réglementation *a priori* fondée sur l'étude de cas. Si la question des coûts est importante, néanmoins ce n'est pas la seule. Cela coûterait-il plus cher d'avoir une réglementation *a priori* ? La réponse peut paraître évidente – oui – mais pour faire une comparaison honnête des deux approches, il faudrait

tenir compte du coût pour les différents fournisseurs de la négociation de l'accès, ainsi que des pertes d'efficacité générale dues au fait que les redevances d'accès sont davantage fonction du pouvoir de marché que des coûts.

L'Australie a publié une liste de critères pour repérer les cas dans lesquels une autorégulation, renforcée par la loi sur la concurrence, est efficace (encadré 5.8). Certains points (par exemple, le premier et le deuxième tiret de l'encadré 5.8) semblent indiquer que l'autorégulation risque de ne pas convenir aux secteurs du gaz et de l'électricité en Allemagne.

Le cadre réglementaire pour le secteur de l'énergie en Australie repose sur une approche intéressante. Il ne s'agit pas, comme on le dit parfois, d'une approche d'autorégulation, car l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) joue un rôle très dynamique dans le contrôle du respect des codes de l'électricité et du gaz, à tel point que le régime est dénommé « co-régulation » (encadré 5.9).

Les instances de régulation économique au Royaume-Uni – OFTEL (télécommunications), OFGEM (gaz et électricité) et OFWAT (eau) – représentent une autre approche qu'il est intéressant d'étudier. Leur mission est de promouvoir l'efficacité et la concurrence, mais aussi de protéger les consommateurs et d'assurer une fourniture universelle.

Deux questions structurelles importantes se posent concernant les instances indépendantes de régulation. Où doivent-elles se situer : dans le cadre des autorités chargées de la concurrence ou séparément ? Doivent-elles être compétentes pour un seul secteur ou plusieurs ? L'encadré 5.10 résume les travaux de l'OCDE sur ces questions.

#### Encadré 5.8. **Service fédéral australien d'examen de la réglementation : liste de contrôles pour l'analyse d'impact réglementaire**

L'autorégulation doit être envisagée lorsque :

- il n'y a pas d'intérêt public majeur, en particulier, pas de préoccupation majeure en matière de sécurité et de santé publique ;
- le problème est à faible risque, à faible impact/importance, en d'autres termes si l'autorégulation ne permet pas de résoudre un problème spécifique, les conséquences en sont quasi-négligeables ; et
- le problème peut être réglé par le marché lui-même, en d'autres termes les individus et les groupes sont incités à établir et respecter des dispositions de type autorégulation (par exemple, pour la survie d'un secteur ou pour obtenir un avantage sur le marché).

En outre, pour les secteurs faisant l'objet d'une autorégulation, la liste de contrôle détermine les facteurs de succès, notamment :

- présence d'une association professionnelle viable ;
- couverture suffisante du secteur par l'association professionnelle ;
- secteur présentant une bonne cohésion interne avec des participants partageant la même motivation et engagés à atteindre les mêmes objectifs ;
- participation volontaire : des sanctions et des incitations efficaces peuvent être appliquées, avec peu de possibilité d'un partage des bénéfices avec des non-participants ; et
- avantages de coût résultant des solutions personnalisées et mécanismes moins formels tels que l'accès à des instruments rapides de traitement des plaintes et de réparation.

Source : Office of Regulation Review (Australie) 1998.

### Encadré 5.9. **L’Australie est-elle un exemple pour l’Allemagne ?**

L’Australie est parfois citée comme exemple d’autorégulation des secteurs de l’électricité et du gaz. Cependant, par rapport à la structure réglementaire allemande, les divergences sont plus grandes que les similitudes. En Australie, il existe une forte autorégulation dans les secteurs de l’électricité, du gaz et des télécommunications. Cependant, contrairement au système allemand, l’Australian Competition and Consumer Commission joue un rôle actif, à tel point que le régime est qualifié de « co-régulation »\*. Il existe un National Electricity Code et un National Gas Code, élaborés avec la participation active de l’ACCC, d’organismes de défense des consommateurs et de l’industrie. (Les petits usagers sont entrés tardivement dans le processus de négociation, mais l’ACCC a approuvé un mécanisme pour financer des groupes d’usagers afin qu’ils fassent appel à des consultants et, en conséquence, deviennent des participants informés et actifs. Le mécanisme de financement est assuré pour l’essentiel par une taxe sur l’électricité.) Dans le secteur de l’électricité, l’ACCC accepte le code d’accès, qui gère l’accès, y compris les principes de fixation des prix, aux réseaux de transport et de distribution, aux termes de la partie IIIA du Trade Practices Act, autorise les règles de fonctionnement du marché aux termes de la partie VII de l’Act, et réglemente la fixation des prix pour les activités de transport sur le réseau. En ce qui concerne le gaz, l’ACCC est l’instance de régulation pour les gazoducs de transport dans toute l’Australie (à l’exception d’un État) et pour les gazoducs de transport et de distribution dans un territoire. En tant qu’instance de régulation, l’ACCC évalue notamment les dispositions proposées pour l’accès aux gazoducs, contrôle et fait appliquer les tarifs de référence, les règles de séparation, les réglementations incitatives ainsi que les autres dispositions relatives à l’accès, et elle arbitre les différends concernant l’accès. L’ACCC régule également ces deux secteurs en faisant appliquer les dispositions relatives aux fusions, aux pratiques anticoncurrentielles et à la protection des consommateurs du Trade Practices Act. De fait, l’ACCC a jugé que, même si dans certaines circonstances il est possible de laisser le secteur autoréguler son propre comportement, « il est important que l’instance appropriée de régulation soit considérée comme effectivement garante des codes à travers les mesures prises pour les faire appliquer ». Australian Competition and Consumer Commission (2000, p. 21).

Aux termes de la loi australienne sur la concurrence, le principe clé de fonctionnement des systèmes d’autorégulation est l’autorisation, mais l’ACCC procède aussi à un réexamen régulier du dispositif d’autorégulation, dispose d’un personnel propre dans les organes qui s’occupent des codes, et exige un suivi et des rapports réguliers. En outre, lorsqu’il y a un non-respect évident ou une infraction systématique à la loi sur la concurrence, l’ACCC use de ses pouvoirs d’exécution. *Ibid.*, p. 22.

\* Le National Grid Code est assez prescriptif ; il vise à contrôler non seulement les tarifs discriminatoires, mais aussi les pratiques discriminatoires.

### Encadré 5.10. **Où doit se situer une instance de régulation indépendante ? Doit-elle couvrir un seul ou plusieurs secteurs ?**

Il n'est pas facile de déterminer si les questions d'accès sont traitées plus efficacement par une instance de contrôle de la concurrence ou par une instance de régulation sectorielle. La réponse dépend d'un ensemble très complexe d'avantages comparés et de synergies. Elle est aussi fortement subordonnée au cadre juridique général du pays et à son expérience en matière de réglementation. En conséquence, il est probable que la solution « optimale » varie d'un pays à l'autre, et même d'un secteur d'activité à l'autre à l'intérieur d'un même pays.

L'objectif de la réglementation de l'accès est de promouvoir et protéger la concurrence dans certaines situations où l'accès à une partie des actifs d'un opérateur historique intégré verticalement est indispensable au développement d'un niveau satisfaisant de concurrence. D'une part, du fait de l'expérience qu'elles ont du traitement des cas d'abus de position dominante, les autorités de la concurrence sont mieux à même de remplir cette tâche que les autorités sectorielles de régulation. D'autre part, pour assurer l'égalité des chances, il faut analyser un grand volume de données de coûts de façon à pouvoir fixer des conditions d'accès, puis assurer un suivi continu du respect de ces conditions. Ces fonctions semblent mieux correspondre à ce que des autorités sectorielles de régulation font couramment.

On peut supposer qu'une autorité sectorielle de régulation et une autorité de la concurrence seront en mesure de s'attacher l'expertise appropriée, mais les différentes expériences et les différences culturelles institutionnelles entre elles ne sont ni faciles ni rapides à gommer. En outre, en essayant de changer ou de fusionner des cultures institutionnelles différentes, on risque fortement de compromettre les possibilités d'exercer des fonctions de base. En ce qui concerne l'expérience et la culture institutionnelle, cinq aspects semblent particulièrement importants. Premièrement, les autorités sectorielles de régulation sont souvent chargées d'atténuer les effets du pouvoir de marché, alors que les autorités de la concurrence cherchent surtout, fondamentalement, à réduire ce pouvoir. Les points de vue sont donc tout à fait différents sur le degré auquel il est possible de gérer le pouvoir de marché dans l'intérêt public. Deuxièmement, les autorités sectorielles de régulation ont l'habitude d'imposer et de contrôler un ensemble de conditions de comportement, alors que les autorités de la concurrence sont plus portées à opter pour des remèdes structurels. Troisièmement, les autorités sectorielles de régulation appliquent généralement une approche prescriptive *ex ante*, alors que les autorités de la concurrence, sauf dans le cas du contrôle des fusions, appliquent une approche *ex post*. Quatrièmement, les autorités sectorielles de régulation interviennent généralement avec une plus grande fréquence et exigent des entités réglementées un flux continu d'informations, alors que les autorités de la concurrence agissent davantage sur plainte et ne recueillent des informations que lorsque cela est nécessaire, en liaison avec d'éventuelles mesures visant à faire respecter les textes. Enfin, les autorités sectorielles de régulation poursuivent généralement un éventail d'objectifs bien plus large que les autorités de la concurrence ; c'est pourquoi il leur arrive plus souvent d'être amenées à arbitrer entre des objectifs contradictoires.

Si l'on confie la protection de la concurrence à l'autorité de la concurrence et la réglementation économique aux autorités sectorielles de régulation, comme pourraient le suggérer des considérations statiques portant sur les avantages comparés, on risque de perdre des synergies importantes. De fait, il existe des synergies entre la protection de la concurrence et la réglementation économique, et aussi entre ces deux fonctions et la réglementation de l'accès. Elles résultent en grande partie du fait que la même expertise peut être appliquée à un certain nombre de problèmes apparentés et qu'une combinaison de plusieurs instruments au sein de la même instance accroît les chances de les voir toujours utilisés conjointement et non parfois de façon contradictoire.

**Encadré 5.10. Où doit se situer une instance de régulation indépendante ?  
Doit-elle couvrir un seul ou plusieurs secteurs ? (suite)**

Les instances à compétence économique générale sont moins sujettes au phénomène de captation réglementaire que les autorités sectorielles de régulation. La volonté d'éviter des distorsions de la concurrence en soumettant les concurrents à des régimes réglementaires très différents joue aussi en faveur de l'autorité à compétence générale par opposition aux autorités sectorielles, et c'est d'ailleurs un argument couramment invoqué. Chaque fois qu'il y a une régulation sectorielle, il faut définir le champ de compétence de l'autorité de régulation, ce qui entraîne des dépenses sur le plan juridique, des retards et des incertitudes. Or, aucun de ces problèmes ne se pose lorsque la régulation est le fait soit d'une autorité générale de la concurrence, soit d'une autorité de régulation multisectorielle. On peut souligner, à cet égard, que la Commission des monopoles (Monopolkommission) s'est prononcée pour une instance de régulation multisectorielle.

Source : Adapté de OCDE 1999.

## Conclusion

Comme la plupart des autres pays de l'OCDE, l'Allemagne poursuit un ensemble complexe d'objectifs dans le secteur de l'énergie – en particulier, l'efficacité économique, la protection de l'environnement et la sécurité des approvisionnements – objectifs parfois contradictoires. La présente étude s'intéresse surtout à l'efficacité économique et au développement d'une concurrence efficace pour y parvenir. Le reste sort du cadre du présent rapport, à l'exception de deux points importants. Premièrement, il faut bien voir comment les autres objectifs peuvent être affectés par l'objectif d'efficacité économique (par exemple, des prix de l'électricité plus élevés à cause des aides en faveur des énergies renouvelables). Deuxièmement, il faut bien repérer les moyens permettant de poursuivre ces autres objectifs à un coût économique minimal (par exemple, une analyse coûts/avantages afin de déterminer les meilleurs instruments pour atteindre les objectifs de sécurité).

En ce qui concerne l'efficacité économique, l'expérience allemande soulève deux grandes questions, qui d'ailleurs sont liées : la structure et les caractéristiques particulières des secteurs de l'électricité et du gaz, et le cadre réglementaire actuel destiné à promouvoir la libéralisation du marché et une concurrence efficace.

L'Allemagne a pris un certain nombre de mesures importantes pour promouvoir la concurrence, en décidant en particulier une ouverture totale du marché dans les secteurs du gaz et de l'électricité bien avant la plupart des autres pays de l'OCDE, et en procédant plus récemment à des ajustements de son cadre juridique pour répondre aux difficultés rencontrées dans les premières années. La loi sur la concurrence est un instrument essentiel qui règle des problèmes de base tels que l'accès non discriminatoire aux réseaux.

Cependant, le système actuel de régulation repose sur l'hypothèse qu'une combinaison de la loi sur la concurrence et d'accords privés entre les acteurs du marché suffit pour réguler l'accès aux réseaux. Cette approche relève pleinement de la tradition allemande, qui privilégie l'autorégulation sous l'égide d'une loi très complète sur la concurrence, qu'une autorité de la concurrence, à la fois efficace et respectée, est chargée de faire appliquer. Toutefois, un système initialement conçu pour des marchés déjà ouverts à la concurrence se heurte à l'heure actuelle à des circonstances très différentes. En effet, les secteurs de l'électricité et du gaz sont des marchés sur lesquels la concurrence

doit se construire à partir de rien ou de très peu de choses, et qui sont des secteurs de réseau tenus par des monopoles. L'évolution structurelle de ces deux secteurs, ces dernières années, a encore compliqué la situation, avec une concentration verticale et horizontale, fruit d'une intense activité de fusion depuis l'ouverture du marché. Aujourd'hui, la structure sectorielle est proche de celle de monopoles régionaux *de facto* correspondant aux délimitations historiques des secteurs géographiques. En pratique, il est évident que l'entrée sur le marché est difficile. À cet égard, il est à souligner qu'il n'y a pas eu de nouveaux entrants sur le marché de la production d'électricité susceptibles d'exercer un impact sur la concurrence. Les tarifs de l'électricité ont augmenté (après avoir baissé dans un premier temps). Très peu de consommateurs ont changé de fournisseur.

Il est indispensable de s'attaquer plus énergiquement aux questions structurelles, et de repenser le cadre réglementaire. Au bout de cinq ans, et malgré les courageux efforts du BKartA, ce cadre n'est pas encore parvenu à mettre en place une concurrence efficace et soutenue. Une occasion va s'offrir, avec l'élimination progressive de l'énergie nucléaire, de promouvoir de nouvelles entrées sur le marché de la production, et il va falloir saisir cette occasion. Assurer efficacement l'accès aux réseaux est sans doute le facteur le plus décisif pour stimuler la concurrence. Sur ce point, la loi sur la concurrence a besoin de s'appuyer sur une régulation économique dynamique de la part d'une autorité indépendante.

## Options de politique à envisager

On notera que les options proposées ci-dessous ont été élaborées avant l'adoption des directives les plus récentes de l'UE et les changements correspondants apportés à la législation allemande. Par exemple, l'Allemagne vient de confirmer qu'il y aura une instance de régulation (RegTP) pour les secteurs de l'électricité et du gaz.

### 1. QUESTIONS DE STRUCTURE ET ASPECTS CONNEXES

**1. Renforcer l'interdiction légale des subventions croisées entre activités de réseau et autres activités par le biais d'une séparation de la production, du transport, de la distribution et de la fourniture d'électricité et du transport, de la distribution, du stockage et de la fourniture de gaz, activités confiées à des sociétés distinctes, chacune faisant l'objet d'une gestion séparée, ainsi que par le biais d'une surveillance active de la part d'autorités de contrôle ne détenant aucun intérêt ni participation dans ces sociétés. Mettre en place une comptabilité réglementaire dans un délai raisonnable.**

Une grande partie des difficultés que rencontre la promotion de la concurrence dans les secteurs de l'électricité et du gaz sont liées à la structure de ces secteurs, dont la concentration récente n'a pas facilité les choses. Non seulement, le marché est extrêmement concentré, mais en plus toute entrée est très difficile. L'entrée sur le marché de la production se trouve entravée par la nécessité d'acheter le gaz à un concurrent intégré. Le niveau élevé des redevances d'accès aux réseaux constitue un point clé. Le président du BKartA a déclaré en août 2002 que « les redevances à payer pour accéder aux réseaux... sont à l'heure actuelle le principal obstacle à une concurrence efficace sur les marchés de l'électricité ». De fait, la concurrence se trouve entravée de deux manières. D'une part, les redevances d'accès et la fiscalité représentent la majeure partie de la facture d'électricité en Allemagne, de sorte que le jeu de la concurrence sur le reste de la facture est nécessairement limité. D'autre part, le niveau élevé des redevances d'accès décourage d'éventuels fournisseurs d'énergie concurrents d'entrer sur le marché.

Le problème de fond est le comportement discriminatoire qui se trouve favorisé par la structure des secteurs. Des redevances d'accès supérieures aux coûts permettent à une société intégrée verticalement de faire bénéficier ses ventes d'énergie d'une subvention croisée et de faire payer des prix inférieurs aux coûts. Même si les redevances d'accès sont calculées sur la base des coûts, il est possible de s'avantager en imputant des coûts communs au réseau. L'avantage financier potentiel pour un concurrent au stade de la production peut se trouver annulé par un coût plus élevé d'accès au réseau. La discrimination est un autre problème. Elle peut être insidieuse, impliquant des questions d'information et de calendrier. Un accès préférentiel peut être tout aussi nuisible que des redevances d'accès élevées. Malgré les règles des accords d'association, ce type de comportement paraît persister.

Au départ, il faudrait assurer une séparation effective des activités, et en particulier séparer les activités de réseau des autres activités. La séparation de la propriété étant irréaliste, il ne semble guère possible de réduire l'incitation à la discrimination. Cependant, il reste des moyens de réduire la capacité de discrimination. Cela pourrait se faire par le biais d'une meilleure information comptable (conformément à la définition qu'en donne l'Independent Regulators Group) afin de repérer les subventions croisées, ainsi que par le biais de moyens de contrôle appropriés et, peut-être surtout, d'une plus nette séparation des activités de réseau des autres activités.

**2. Continuer de surveiller le seuil de « contrôle décisif » compte tenu des fortes incitations d'une entreprise intégrée verticalement à exercer une influence sur un service public municipal dans lequel elle a des intérêts pour qu'il s'approvisionne en électricité ou en gaz auprès d'elle.**

**3. S'il est avéré que l'intégration verticale fait obstacle au développement de marchés concurrentiels, prendre des mesures pour séparer la propriété des activités potentiellement concurrentielles et des activités de monopole naturel.**

Certains observateurs, et notamment le BKartA, ont déjà fait remarquer que l'intégration partielle fréquente des services publics locaux avec les entreprises en amont a un effet négatif sur la concurrence. Le BKartA a désormais changé de politique pour la notion de contrôle décisif. Auparavant, il retenait 20 % comme niveau au-dessous duquel il n'est pas possible d'exercer une influence décisive, mais à l'heure actuelle, il s'intéresse aux transactions inférieures à ce seuil si une entreprise exerce (directement ou indirectement) une forte influence sur l'autre entreprise. C'est une bonne initiative dans les secteurs de l'électricité et du gaz, car tout porte à croire que les incitations à un comportement anticoncurrentiel pour les approvisionnements, même avec une faible participation au capital, sont fortes. L'absence de concurrence dans la distribution se traduit par la répercussion de tout coût excédentaire sur les consommateurs. Il y a aussi de fortes incitations financières qui poussent un service public local à s'approvisionner auprès de sa société mère. Pratiqué à grande échelle, ce comportement fait barrage à toute entrée dans les activités de production et de fourniture sur le marché de l'électricité, et dans les activités de fourniture sur le marché du gaz, ce qui a un impact négatif sur la concurrence non seulement à court terme, mais aussi à long terme.

#### **4. Faire en sorte que les prix des services auxiliaires ne reflètent que le coût d'une fourniture efficace.**

Outre l'accès au réseau, il existe un certain nombre d'autres monopoles naturels dans le secteur de l'électricité qui sont liés à l'exploitation du système. Les accords d'association précisent que la rémunération de certains services auxiliaires, c'est-à-dire des services qui sont nécessaires pour le transport d'une énergie de grande qualité du vendeur à l'acheteur – par exemple le réglage de la tension – ainsi que les pertes de transport doivent être couvertes par les redevances générales d'accès. Cela peut éviter des complications, mais nuire à la transparence. Le fait d'exiger des appels d'offres pour l'équilibrage énergétique est utile, mais il faudrait que ces procédures soient véritablement ouvertes à la concurrence, avec un certain nombre de participants.

## **2. APPROCHE RÉGLEMENTAIRE**

Deux séries de recommandations sont formulées ci-dessous. La première concerne les améliorations à apporter aux accords d'association ainsi que les changements destinés à accroître l'efficacité des réglementations, que l'approche réglementaire actuelle soit maintenue ou non. Les accords comportent un certain nombre de dispositions qui freinent la concurrence. La deuxième série de recommandations propose une nouvelle approche réglementaire avec la création d'une autorité de régulation indépendante. Le système allemand est maintenant en place depuis 1998. Dans l'idéal, il faudrait le réaménager en profondeur – au-delà des changements à apporter aux accords d'association – de façon à instaurer un environnement plus favorable au bon développement de la concurrence. Il semble que cette idée ait maintenant progressé avec l'annonce récente de la création d'une « autorité de régulation » pour superviser le secteur de l'énergie.

### **a) Système actuel**

#### **5. Modifier l'objectif qui consiste à éviter la construction de nouvelles lignes de transport dans les accords d'association concernant l'électricité, en le limitant aux cas de connexion inefficace.**

La capacité de transport est un élément clé de la concurrence entre producteurs. L'un des objectifs de l'accord d'association est d'éviter la construction de nouvelles lignes de transport chaque fois que cela est possible. Or, cela nuit à la concurrence à long terme, puisque des marchés concurrentiels nécessitent une plus grande capacité de transport, du fait qu'ils utilisent le réseau selon un nouveau schéma. Même une ligne de transport peu chargée peut avoir une incidence sur la concurrence en rendant crédible la menace de la concurrence. À l'heure actuelle, la fourniture en provenance de l'étranger n'est guère possible du fait de la congestion des connexions internationales. Si l'objectif est de supprimer les connexions inefficaces (par exemple, empêcher un gros consommateur de construire une connexion directe au réseau à haute tension afin de ne pas payer les redevances d'accès à un réseau à tension inférieure), il est énoncé de façon trop extensive.

Il faudrait sans doute faciliter la procédure d'autorisation, en particulier en ce qui concerne les connexions internationales, tout en protégeant les zones sensibles sur le plan de l'environnement.

**6. Faire en sorte qu'il soit possible de conclure des contrats flexibles pour la fourniture de gaz dans le cadre de l'accord d'association.**

En ce qui concerne le gaz, les règles mêmes de l'accord freinent la concurrence. En effet, les nouveaux entrants potentiels sont obligés d'acheter les services de transport dans le cadre d'un contrat portant sur un volume fixe sur toute l'année. Or, la différence entre la demande de pointe et la consommation effective est souvent énorme. Les nouveaux entrants doivent donc pouvoir accéder à des installations de stockage ou à d'autres instruments de flexibilité pour y remédier. En outre, la politique des OST en matière d'équilibrage du réseau sur courte période constitue un volet important des conditions d'accès au réseau. Les principes directeurs du Forum de Madrid, établis par les instances de régulation du gaz, exigent des OST qu'ils offrent des services « à court terme, à la demande ». Ces principes privilégient en outre la tarification entrée/sortie par rapport à la tarification point à point, de façon à réduire les coûts de transaction pour les échanges de gaz et à ne pas entraver en conséquence la concurrence entre les différents types de gaz.

**7. Veiller à ce que la rentabilité du capital soit proche de celle que l'on peut obtenir sur les marchés financiers, ajustée des risques liés aux activités de réseau.**

Les annexes aux accords semblent autoriser la coordination des prix et, en conséquence, des redevances d'accès élevées. Elles précisent les modes de calcul des prix et les taux de rentabilité (6.5 et 7.8 % respectivement). Or, les taux de rendement convenus ne semblent pas être justifiés *ex ante* par une étude des rendements des capitaux investis en Allemagne, ni par une étude du risque lié aux activités de transport et de distribution de l'électricité et du gaz. Ces taux de rendement sont élevés par rapport aux rendements des capitaux investis sur la période considérée. Ils sont encore plus élevés si l'on ajuste les chiffres en fonction du risque, c'est-à-dire si l'on tient compte des caractéristiques du risque liées aux activités de réseau. Que les accords soient ou non maintenus, il faudra réexaminer ce point.

**8. Prendre des mesures pour que les organisations de consommateurs puissent participer activement à la prise de décision réglementaire, tout en préservant leur droit d'agir en justice en invoquant la loi sur la concurrence.**

Face aux monopoles, les consommateurs n'ont pas beaucoup de poids dans la négociation. À cet égard, l'information est cruciale, y compris l'accès à des conseils d'experts indépendants et aux études des secteurs de l'électricité et du gaz tant en Allemagne qu'à l'étranger. En effet, cette information peut fournir des arguments à faire valoir pour promouvoir en Allemagne des marchés qui soient plus concurrentiels et plus favorables aux consommateurs. Il faudrait aussi que les organisations de consommateurs bénéficient du financement dont elles ont besoin pour participer à la prise de décision réglementaire, en disposant des bonnes informations au bon moment. À cet effet, on peut être amené à prélever une redevance, sous forme d'une taxe, sur les petits consommateurs d'électricité et de gaz.

**9. Veiller à ce que les autorités responsables des secteurs de l'électricité et du gaz disposent de ressources suffisantes pour financer des études empiriques de ces secteurs.**

Le BKartA a fait preuve d'une ouverture d'esprit louable pour tirer les leçons de l'expérience. En particulier, il a modifié sa doctrine suite à ses observations du mode de fonctionnement pratique des marchés de l'électricité et du gaz en Allemagne. Par exemple,

il a révisé son point de vue sur le rôle concurrentiel d'une troisième entreprise intégrée verticalement. En considérant que la création d'une « troisième force » (aujourd'hui Vattenfall Europe) pourrait exercer une pression concurrentielle sur RWE et E.ON, il conclut aujourd'hui que ces deux dernières sociétés occupent une position dominante conjointe sur les marchés allemands de l'électricité, parce qu'à l'observation il apparaît que les marchés pertinents sont plus régionaux que nationaux. Jusqu'à présent, le BKartA dépend du ministère pour le financement de ses études : cette situation pourrait limiter son indépendance.

#### **10. Accroître les ressources consacrées à la réglementation et à la supervision des secteurs de l'électricité et du gaz.**

Les ressources consacrées au contrôle et au respect de la concurrence dans les secteurs de l'électricité et du gaz ont augmenté ces dernières années, mais elles restent limitées. Les ressources actuelles se composent des dix agents du Département de l'électricité du BKartA et du personnel des autorités de contrôle et de l'application des Länder dans le secteur de l'énergie.

#### **11. Dans le respect des contraintes du système juridique allemand, accroître l'information et les pouvoirs d'obtention d'informations dont disposent les autorités responsables des secteurs de l'électricité et du gaz.**

L'accès à l'information est une des limites majeures de l'efficacité du BKartA dans la lutte contre les tarifs abusifs d'accès au réseau. Certes, le BKartA peut demander des informations sur requête, mais la procédure est lourde. Il faut qu'il y ait concrètement un soupçon de violation de la loi sur la concurrence et la requête doit être motivée et le destinataire doit être avisé des voies de recours. En revanche, une autorité de régulation peut prendre connaissance des comptes réglementaires d'une entreprise.

#### **b) Nouveau système**

#### **12. Créer une autorité de régulation indépendante, au moins pour l'électricité et le gaz. Elle doit mettre en œuvre les bonnes pratiques qui ont été élaborées par les autorités de régulation, notamment l'indépendance, des ressources suffisantes, des pouvoirs adéquats, des objectifs clairs et l'obligation de rendre des comptes au législateur.**

Un certain nombre de voix se sont élevées en Allemagne pour demander la création d'une autorité de régulation indépendante pour l'électricité et le gaz. La Commission des monopoles considère maintenant qu'il faut mettre en place une autorité multisectorielle de régulation *ex ante* pour les activités de réseau. Elle souligne qu'assurer l'accès au réseau est déterminant si l'on veut ouvrir à la concurrence des marchés monopolisés, et qu'il n'est guère utile de garantir un accès au réseau si les tarifs sont fixés par les opérateurs historiques des réseaux.

Le BKartA assume déjà certaines des fonctions caractéristiques d'une autorité de régulation indépendante, mais il n'est pas doté de prérogatives suffisantes à cet effet. Par exemple, il ne peut pas exiger des informations autrement que dans le cadre d'une enquête, ce qui signifie que les informations sur les coûts dont il dispose sont très incomplètes.

L'autorité de régulation doit avoir le pouvoir d'examiner les comptes réglementaires à sa demande, et pas seulement dans le cadre d'une procédure spécifique. Dans la mesure où les entreprises régulées sont incitées à exagérer les coûts, et où l'instance de

réglementation indépendante est, elle, incitée à fonctionner avec professionnalisme et neutralité politique, il faut inverser la charge de la preuve concernant le calcul des coûts. L'autorité de régulation devrait disposer de ressources suffisantes pour pouvoir faire respecter la loi. Son financement doit être assuré directement à partir du budget fédéral, de sorte qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêt entre propriété et régulation.

La mise en place d'une autorité de régulation indépendante laisserait encore une large place au secteur de l'énergie pour donner son avis et même négocier. Dans les autres pays, les instances de régulation des activités de réseau travaillent généralement en recueillant des informations auprès des parties intéressées avant de prendre leurs décisions sur les modalités d'application des réglementations, par exemple sur le niveau du plafonnement des prix. À cet égard, l'indépendance et les ressources de l'instance de régulation sont des aspects très importants.

**13. Soumettre l'accès à l'infrastructure de l'électricité et du gaz, ainsi que les tarifs pratiqués par les monopoles concernés, à une réglementation des prix calculés sur la base des coûts et édictée par une instance de régulation indépendante.**

Dans de nombreux pays où l'on peut s'attendre au maintien d'un monopole, une réglementation économique est imposée pour faire baisser les prix au dessous du niveau de monopole. Il faudrait instaurer en Allemagne un encadrement des prix pour les redevances d'accès au réseau.

### **3. AUTRES OBJECTIFS DE LA POLITIQUE ÉNERGÉTIQUE**

**14. Étudier si d'autres dispositifs permettraient d'utiliser davantage les énergies renouvelables pour la production d'électricité à moindre coût**

À l'heure actuelle, les entreprises de fourniture générale d'électricité doivent acheter du courant produit à partir d'énergies renouvelables à des prix déterminés. Ainsi, les entreprises se trouvent incitées à réduire leurs coûts de fourniture d'électricité de source renouvelable. Mais, l'incitation à l'efficacité globale serait encore plus grande si l'on mettait en place des ventes aux enchères ou un marché pour l'énergie « verte ». Ce marché fonctionnerait sur la base d'une quantité déterminée d'électricité « verte » devant être produite et consommée, et conformément à la logique du marché, c'est la production « verte » la plus efficace qui serait utilisée. En outre, certains consommateurs peuvent être prêts à payer plus cher pour accroître la quantité d'électricité « verte » produite : eux aussi (pas seulement les fournisseurs) pourraient être acheteurs de certificats verts. Plusieurs autres pays européens ont mis en place un mécanisme de certificats verts négociables ; ce pourrait être une source d'information sur la manière d'abaisser le coût de la production d'électricité « verte ».

**15. Appliquer l'analyse d'impact de la réglementation (AIR), ou toute autre analyse structurée coûts-avantages, aux programmes visant d'autres objectifs de la politique énergétique. Cela devrait permettre de repérer les moyens moins coûteux d'atteindre ces objectifs.**

L'analyse d'impact de la réglementation (AIR) est un moyen structuré d'évaluer l'impact économique des décisions importantes (voir le chapitre 2). Cette démarche permet de repérer les moyens présentant le meilleur rapport coût-efficacité pour atteindre les objectifs visés. Elle pourrait utilement être appliquée à trois mesures spécifiques concernant le secteur de l'énergie. La première est le subventionnement de la houille

nationale. Les subventions visent à accroître la sécurité des approvisionnements et à atteindre des objectifs sociaux, régionaux et en matière d'emploi. L'argument de la sécurité des approvisionnements énergétiques mérite d'être examiné, dans la mesure où il est possible de se procurer du charbon moins cher sur le marché international, qui présente les caractéristiques nécessaires de stabilité, de fiabilité et de diversité géographique. La deuxième est la disposition spéciale concernant l'extraction de lignite pour soutenir la demande de lignite en vue de la production d'électricité (en 2001, l'électricien suédois Vattenfell est convenu avec le gouvernement fédéral de produire 50 TWh/an d'électricité à base de lignite). La troisième est la suppression progressive de l'énergie nucléaire. C'est le résultat d'un consensus entre les pouvoirs publics et les producteurs d'électricité nucléaire. Dans la mesure où cette élimination progressive va se traduire par la fermeture des centrales nucléaires avant la fin de leur cycle de vie économique, leur fermeture prématurée a un coût.

## B. PHARMACIES

### Contexte et historique

#### ***Les pharmacies d'officine font partie intégrante du système de santé allemand ; ce sont aussi des entreprises commerciales***

On examinera dans cette section les pharmacies d'officine en Allemagne. Ces pharmacies fournissent une grande diversité de services qui font partie intégrante du système de santé allemand (encadré 5.11). Elles contribuent à la réalisation des objectifs de santé des pouvoirs publics qui sont, notamment, d'assurer la bonne fourniture de médicaments à l'ensemble de la population (fourniture de tous les médicaments nécessaires, à tout moment, et en tout lieu), de garantir la sécurité des médicaments et l'information des patients, et de réduire les coûts du système de santé.

#### ***Des réformes importantes ont récemment été réalisées dans le secteur de la pharmacie en Allemagne***

La loi sur la modernisation de l'assurance maladie, qui fait partie de l'Agenda 2010, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004 ; elle porte sur plusieurs des points évoqués dans le présent rapport (encadré 5.12).

#### ***Comme dans les autres pays de l'OCDE, ce secteur est fortement réglementé, mais l'entrée sur le marché est assez ouverte***

Comme dans les autres pays de l'OCDE, les pharmacies sont soumises à une réglementation stricte (la réglementation remonte à 750 ans en Allemagne). La réglementation couvre un grand nombre d'aspects, notamment ceux qui sont répertoriés dans l'encadré 5.13.

Cependant, l'entrée sur le marché est relativement libre par rapport à la situation dans beaucoup d'autres pays de l'OCDE. Une nouvelle pharmacie peut s'implanter n'importe où, y compris à proximité d'officines existant de longue date. Ces dernières ne peuvent empêcher l'entrée sur le marché, et le nombre de nouvelles pharmacies n'est pas limité. Le tableau 5.3 présente l'état de la réglementation en Allemagne par comparaison à ce qu'elle est dans quelques autres pays de l'OCDE.

On passera maintenant en revue les principaux éléments de la réglementation.

### Encadré 5.11. **Le système de santé, les pharmacies d'officine et le marché des produits pharmaceutiques en Allemagne**

Parmi les pays de l'OCDE, l'Allemagne a des dépenses de santé relativement élevées. En effet, la population est affiliée à près de 90 % à une caisse d'assurance maladie obligatoire. Les 10 % restants sont couverts par une assurance maladie privée. Les caisses sont en concurrence, et leur concurrence se situe sur le plan des taux de cotisation (et non de la couverture). Les cotisations sont payées par les assurés, leurs employeurs et, pour les chômeurs, par l'État. Il existe un système de péréquation entre les caisses. Les caisses paient les pharmacies pour les médicaments sur ordonnance. Les caisses ne fonctionnent pas comme des entreprises au sens du droit privé ; c'est pourquoi la loi sur la concurrence ne s'applique pas.

Les pharmacies d'officine rendent toute une série de services professionnels dans le cadre du système de santé allemand. D'une manière générale, les pharmaciens d'officines ont des contacts plus fréquents avec les patients que les médecins ; ils jouent un grand rôle lorsqu'il s'agit de déterminer l'efficacité d'un traitement médical, vérifier la tolérance des patients aux médicaments, prescrire et contrôler d'autres facteurs connexes susceptibles d'avoir une incidence sur la réussite d'un traitement pour un patient. Le pharmacien procède à un contrôle de sécurité important : pour chaque ordonnance, il doit vérifier que les informations fournies par le médecin prescripteur sont complètes, qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le médicament prescrit et d'autres médicaments pris par le patient, que les médicaments prescrits et les dosages conviennent bien à l'état de santé du patient, et que ce dernier dispose d'informations sur le médicament prescrit (y compris sur d'éventuels effets secondaires, sur les aliments, boissons ou activités à éviter, sur le mode de conservation et sur le dosage).

Une officine vend trois catégories de produits : des médicaments vendus exclusivement sur ordonnance, des produits pharmaceutiques vendus exclusivement en pharmacie et des produits dits de parapharmacie (qui peuvent également être commercialisés dans d'autres points de vente). Pour les deux premières catégories, les prix sont fortement réglementés. En Allemagne, les prix sont bas par rapport à ceux qui sont pratiqués dans d'autres pays européens. Le montant perçu par le laboratoire qui fabrique le médicament est en moyenne de 55 % du prix de détail (ce qui est moins qu'au Royaume-Uni et en France, les deux pays où ce pourcentage est le plus élevé d'Europe). La marge de distribution en Allemagne est assez élevée par rapport aux normes européennes.

En 2001, le pays comptait 21 569 officines, desservant chacune en moyenne 3 810 personnes. Il y avait 45 869 pharmaciens travaillant dans ces officines.

Une pharmacie est aussi une entreprise commerciale. Le chiffre d'affaires réalisé par les pharmacies en Allemagne varie considérablement d'une officine à l'autre. Près de 5 % des pharmacies implantées dans la partie occidentale de l'Allemagne réalisent un chiffre d'affaires annuel inférieur à 250 000 EUR (hors TVA), et environ 2 % réalisent un chiffre d'affaires se situant entre 2 millions et 2.25 millions EUR. Le chiffre d'affaires porte en quasi-totalité sur les médicaments (93.5 %) et plus particulièrement les médicaments vendus exclusivement sur ordonnance (69.5 %). En 2000, près de 40 % des officines implantées dans la partie occidentale de l'Allemagne faisaient état de pertes d'exploitation (ce qui peut s'expliquer en partie par l'entrée sur le marché de nouveaux arrivants). Les médicaments génériques (qui ne sont plus protégés par des brevets) représentaient 21 % des ventes de médicaments en 1999 (pourcentage le plus élevé d'Europe).

Plus de la moitié des dépenses en médicaments concernent les retraits. La demande de produits pharmaceutiques et le nombre d'ordonnances continuent d'augmenter.

### Encadré 5.12. **Allemagne : La réforme de la santé de 2003**

- La vente par correspondance des médicaments en vente exclusive en pharmacie en Allemagne et dans l'EEE est autorisée pour les pharmacies habilitées. Les pharmacies doivent respecter toutes les normes imposées aux officines traditionnelles ainsi que plusieurs normes supplémentaires de qualité et de sécurité (publicité, présentation du site sur Internet, équipement technique, expédition, livraison, informations du patient et consultation). L'objectif est d'offrir une possibilité sûre et fiable aux patients qui souhaiteraient commander des médicaments par correspondance.
- Les restrictions relatives à la propriété de pharmacies ont été assouplies. Les pharmaciens peuvent désormais être propriétaires de quatre officines au maximum, qui doivent être implantées dans le même district ou dans des districts voisins. Cette mesure est considérée comme une première étape vers un système plus libéral. L'interdiction de posséder plusieurs officines n'a pas été levée complètement de façon à pouvoir vérifier que les nouvelles dispositions ne nuisent pas à la protection des consommateurs ni à la sécurité des médicaments (aspects jugés hautement prioritaires).
- Les restrictions relatives aux produits qui peuvent être vendus en pharmacie ont été assouplies. Désormais, les pharmacies peuvent proposer des produits et objets médicaux de nature à faciliter les soins de santé d'une manière générale.
- L'encadrement des prix des médicaments vendus sans ordonnance a été généralement supprimé ; en conséquence, la concurrence sur les prix est ouverte entre les officines. Maintenant, les caisses d'assurance maladie ne remboursent les médicaments vendus sans ordonnance que s'ils sont prescrits dans le cadre du traitement de maladies graves répertoriées, auquel cas ces médicaments restent soumis à l'application de marges contrôlées par l'État.
- Le principe des marges sur les prix de détail a été supprimé pour les médicaments vendus exclusivement sur ordonnance. Les caisses d'assurance maladie remboursent aux pharmaciens un forfait dit de consultation de 8.10 EUR auquel s'ajoutent 3 % sur le prix de gros (par boîte) au titre des intérêts ; ensuite, les pharmaciens doivent reverser aux caisses une contribution de 2 EUR par boîte.
- Des prix de référence s'appliquent aussi aux médicaments encore protégés par un brevet.
- Le ticket modérateur pour les médicaments remboursés par les caisses est augmenté de 4 ou 5 EUR (selon la taille de la boîte) à 10 % du prix de la boîte (selon le prix du médicament) avec un minimum de 5 EUR et un maximum de 10 EUR.

### **Formation et habilitation des pharmaciens : quelques restrictions concernant les étrangers**

Un code de qualification des pharmaciens régit la formation. Celle-ci dure cinq ans. Pour pouvoir exercer, les pharmaciens doivent être habilités. Cette habilitation leur est accordée s'ils ont achevé avec succès leur formation (conformément au droit allemand et au droit européen ; une reconnaissance mutuelle des diplômes est assurée au sein de l'UE), et si l'intéressé est un ressortissant allemand ou de l'EEE (l'EEE englobe l'UE plus la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein) ou un étranger apatride aux termes de la loi allemande. Les autres étrangers ne sont pas autorisés à exercer et ceux qui peuvent être autorisés n'ont le droit d'exploiter une pharmacie que si celle-ci est ouverte depuis au moins trois ans.

Encadré 5.13. **Réglementation des pharmacies en Allemagne**

- Formation professionnelle obligatoire.
- Limitation de l'autorisation d'exercer comme pharmacien aux ressortissants de l'UE ou aux étrangers apatrides.
- Réglementation des locaux et des horaires d'ouverture.
- Restriction de la forme d'entreprise à l'entreprise individuelle ou à la société en commandite ou la société en nom collectif, tous les commandités ou associés devant être des pharmaciens diplômés.
- Restriction imposant à chaque pharmacien de ne pouvoir être propriétaire que d'une seule pharmacie en Allemagne.
- Restrictions portant sur les produits qui doivent être commercialisés et ceux qui ne peuvent pas l'être.
- Encadrement des prix.
- Obligation d'exécuter au moins une certaine partie des ordonnances par des importations parallèles.
- Limitation des importations de médicaments vendus exclusivement sur ordonnance à des personnes autorisées et interdiction de la vente par correspondance de médicaments vendus exclusivement sur ordonnance.
- Obligation de proposer des médicaments moins chers présentant le même principe actif, la même efficacité et le même conditionnement sous une forme comparable, si le médecin prescripteur n'a pas explicitement interdit cette substitution.
- Interdiction de la publicité auprès du grand public pour les médicaments vendus exclusivement sur ordonnance et interdiction de la publicité comparative.

Tableau 5.3. **Réglementation des pharmacies dans quelques pays**

	Royaume-Uni	France	Allemagne	Pays-Bas	Norvège	États-unis	Canada
Licence ou contrat exigé ?	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Restriction à l'implantation de nouvelles pharmacies ?	Oui	Oui	Non	Non	Oui	Non	Non
Restriction à la propriété ?	Non	Oui	Oui	Non	Non	Non	Non
Nombre d'officines par propriétaire limité ?	Non	Oui	Oui	Non	Oui	Non	Non
Liberté de baisser les prix de médicaments exclusivement sur ordonnance ?	Non	Oui	Non	Oui	Oui	Non	Oui

Source : D'après le tableau 3.1, Office of Fair Trading (Royaume-Uni, 2003), « The Control of Entry Regulations and Retail Pharmacy Services in the UK », janvier, reprenant Mossialos et Mrazek (annexe C), Mossialos, E. et M. Mrazek, 2002, « Entrepreneurial Behavior in Pharmaceutical Markets and the Effects of Regulation », dans R.B. Saltman, R. Busse et E. Mossialos, *Regulating Entrepreneurial Behavior in European Health Care Systems*, Open University Press, Buckingham, Royaume-Uni et Philadelphie, pp. 146-162.

**Ouverture de nouvelles pharmacies : régime relativement libéral**

L'ouverture d'une pharmacie nécessite l'autorisation du *Land* dans lequel elle sera implantée. Cette autorisation est subordonnée aux qualifications de la personne, à l'existence de locaux et à leur conformité aux réglementations relatives au fonctionnement des pharmacies. Il n'existe aucune restriction géographique ou numérique.

**Publicité : strictement réglementée**

La publicité est strictement réglementée, et en grande partie interdite. La loi interdit toute action promotionnelle excessive ou trompeuse. Les médicaments vendus exclusivement sur ordonnance ne peuvent faire l'objet d'une publicité.

**Vente par correspondance et par Internet : à l'heure actuelle, les grandes restrictions qui encadrent la structure du secteur l'interdisent**

La loi sur les pharmacies part du principe que le pharmacien propriétaire de son officine ne peut exploiter qu'une seule pharmacie. Le but est de maintenir des normes professionnelles dans la prestation de services de pharmacie, de pouvoir faire respecter ces normes et de promouvoir un accès universel aux services de pharmacie. L'interdiction d'être propriétaire de plusieurs officines a été modifiée pour tenir compte du droit européen : les pharmaciens qui exercent dans le cadre de la loi allemande peuvent exploiter plus d'une pharmacie ailleurs dans l'EEE (toutefois, les pharmaciens qui exploitent plusieurs pharmacies ailleurs dans l'UE ne peuvent exploiter qu'une seule pharmacie en Allemagne).

Ces dispositions peuvent limiter très sensiblement et inutilement le développement de structures plus efficaces pour la prestation de services de pharmacie. De fait, dans la situation actuelle, il est impossible de réaliser des économies d'échelle. En outre, le traitement asymétrique des pharmacies non allemandes semble difficile à justifier. La question est de savoir si le coût des restrictions est proportionnel aux avantages supplémentaires qu'elles peuvent procurer aux consommateurs. Les arguments ne manquent pas contre l'idée que des restrictions sont indispensables pour assurer un comportement professionnel de la part des pharmaciens, idée fondée sur une distinction contestable entre propriétaire et non-propriétaire. Premièrement, la réussite d'une pharmacie dépend de la prestation d'un service de qualité et d'un bon rapport coût-efficacité, facteur qui lui-même dépend de la qualification professionnelle du pharmacien, qu'il soit salarié ou propriétaire de l'officine. Deuxièmement, il n'est pas certain que les pressions commerciales soient plus fortes dans le cas d'un pharmacien propriétaire que dans le cas d'un pharmacien salarié. Troisièmement, qu'ils soient propriétaires ou non, les pharmaciens n'ont aucun intérêt à s'exposer au risque de perte de revenu, voire de poursuites, si l'officine n'assure pas le service qui convient. Quatrièmement, en ce qui concerne les dommages éventuels que peuvent subir les consommateurs pour faute professionnelle, la menace dissuasive d'une sanction disciplinaire ou d'une condamnation en justice semble valoir tout autant pour ces deux catégories de pharmaciens. Cinquièmement, les bons pharmaciens ne sont pas nécessairement de bons gestionnaires ou de bons chefs d'entreprise, et le secteur peut avoir besoin de la participation de personnes extérieures, par exemple pour accroître l'innovation, l'efficacité, etc.

Une vraie préoccupation est le risque que des grossistes en médicaments entrent sur le marché et constituent un oligopole. Pour y remédier, il faudrait élargir au maximum le champ de la concurrence, partout où cela est possible dans la chaîne d'approvisionnement (par exemple, en faisant en sorte que le marché soit transparent et que les acheteurs puissent changer de fournisseur sans frais élevés). On pourrait aussi allonger la liste des fournisseurs potentiels en leur conférant une plus grande liberté de vendre au moins certains médicaments (comme cela s'est déjà fait dans d'autres pays de l'OCDE). Il faudrait également mieux éduquer les consommateurs. D'une manière plus générale, les contrôles actuels exercés sur les prix, les horaires d'ouverture, etc., devront être assouplis si l'on veut

que les consommateurs tirent pleinement profit de l'apparition de grandes chaînes de distribution. Bref, il faudrait que les changements apportés à la structure du secteur s'intègrent dans une plus large réforme.

### **Commerce transfrontalier/par correspondance : l'interdiction actuelle devrait être levée**

À l'heure actuelle, la vente par correspondance (y compris le commerce électronique) de médicaments est interdite en Allemagne pour les médicaments vendus exclusivement en pharmacie. Cependant, les consommateurs et les caisses d'assurance maladie contournent l'interdiction. La Cour de justice européenne doit se prononcer sur la compatibilité de cette interdiction avec la libre circulation des biens et des services dans l'UE. À première vue, des mesures moins strictes pourraient être appliquées pour atteindre les objectifs de santé et de sécurité. Les pouvoirs publics envisagent toutefois d'autoriser la vente par correspondance en Allemagne et dans l'EEE, en la réglementant et en la surveillant. La réglementation couvrira les locaux, la présentation des sites Internet, les questions d'expédition et de livraison, l'information des patients et la consultation. Certains autres pays de l'OCDE (notamment les Pays-Bas et les États-Unis) autorisent déjà la vente réglementée par correspondance (encadré 5.14). Le débat et le réexamen des règles appliquées en Allemagne ont été déclenchés par les activités d'une pharmacie implantée aux Pays-Bas et fonctionnant par correspondance, DocMorris.

L'opinion allemande est divisée. Les caisses d'assurance maladie, les hommes politiques, les organisations de défense des consommateurs et un petit nombre de pharmaciens sont favorables à la vente par correspondance de médicaments. Les pharmaciens favorables à la vente par correspondance ont élaboré une norme de sécurité avec *Deutsche Post*, comportant la fourniture de conseils par l'intermédiaire d'un centre d'appel, et un dossier pharmaceutique du patient est établi. Cependant, la plupart des pharmaciens sont contre cette initiative et font valoir qu'elle pourrait constituer un risque pour la santé des patients (médicaments contrefaits et conseils insuffisants aux consommateurs) et menacer la survie des pharmacies classiques. Une étude menée par les autorités bavaroises montre qu'un gain de part de marché de 5 % par les pharmacies pratiquant la vente par correspondance se solderait par la fermeture de 20 à 30 % des pharmacies traditionnelles, par baisse du chiffre d'affaires. La principale association de pharmaciens allemands a essayé de bloquer le développement de la vente par correspondance.

Malgré tout, la pharmacie par correspondance pourrait profiter aux consommateurs à plusieurs égards. L'accès aux médicaments se trouverait ainsi facilité pour tous ceux qui travaillent ou ne peuvent se déplacer. La vente par correspondance assure la confidentialité pour ceux qui le souhaitent. Les programmes de recherche sur Internet permettent d'accéder à de très nombreuses informations plus facilement que dans un magasin traditionnel. La transmission par informatique des ordonnances des médecins aux pharmacies devrait permettre de réduire les erreurs de prescription. Cela dit, les officines traditionnelles offrent des avantages et des services tels que la délivrance immédiate des médicaments prescrits par ordonnance. Dans les pays de l'OCDE où la vente par correspondance est autorisée, une réglementation stricte est en place. En Nouvelle-Zélande, par exemple, les pharmacies pratiquant la vente sur Internet doivent être habilitées. Elles doivent respecter toutes les normes de la pharmacie traditionnelle et répondre à d'autres exigences dans les domaines suivants : consultation, respect de la vie privée et publicité.

Une préoccupation majeure a trait au dossier pharmaceutique du patient, dans la mesure où ce dernier est encouragé à s'adresser à la même pharmacie ; or, avec la vente par correspondance, il pourrait diversifier ses sources d'approvisionnement. Toutefois, avec les progrès de l'informatique, plusieurs pharmacies pourraient accéder en toute sécurité au dossier des patients.

#### Encadré 5.14. **La vente de médicaments par correspondance/Internet aux Pays-Bas**

L'acteur pratiquant la vente par correspondance/Internet qui a ému le monde de la pharmacie en Allemagne est 0800 DocMorris. DocMorris est implantée juste de l'autre côté de la frontière, à portée des services de coursiers allemands qui peuvent collecter les paquets et les distribuer en Allemagne à un coût modique. Ouvert en juin 2000, DocMorris réalisait en 2001 un chiffre d'affaires de 5 millions EUR et, en 2002, un chiffre d'affaires de 25 millions EUR. Les trois quarts des clients sont allemands. DocMorris intéresse beaucoup les consommateurs et les caisses d'assurance maladie allemandes parce que les prix sont très inférieurs aux prix pratiqués par les pharmaciens allemands ; en outre, DocMorris n'est pas limité par des horaires d'ouverture imposés, les médicaments sont livrés au domicile du patient et ce dernier ne risque pas de rencontrer ses voisins à la pharmacie. Le succès de DocMorris a fait des émules : une deuxième pharmacie néerlandaise pratiquant la vente par correspondance/Internet est sur le point d'ouvrir, et l'Association allemande des pharmaciens vient de lancer son propre site Internet, aponet.de, qui permet aux consommateurs de commander à l'avance un médicament, mais pas de faire exécuter une ordonnance et de se faire envoyer les produits.

En tant que pharmacie implantée aux Pays-Bas, DocMorris est soumise à la réglementation néerlandaise. Le ministère néerlandais de la Santé comporte un département spécialisé chargé de surveiller les pharmacies pratiquant la vente par correspondance. En outre, DocMorris a reçu la certification ISO après contrôle de ses procédures internes. DocMorris exerce des contrôles afin de respecter les exigences de sécurité. Ainsi, DocMorris exige l'original de l'ordonnance pour les médicaments qui ne se vendent que sur ordonnance, et n'enregistre la commande qu'après vérification de l'ordonnance. Les narcotiques sont exclus de la vente par correspondance. DocMorris facture directement la caisse d'assurance maladie\* si l'ordonnance émane d'un médecin conventionné, et ne demande aucune participation financière au patient, mais une participation financière pour les assurés sociaux allemands est prévue par le Livre 5 du Code des assurances sociales. Les médicaments sont livrés par un service de livraison et la signature du destinataire sert d'accusé de réception ; cette procédure ne vaut normalement qu'à l'intérieur de l'Union européenne. DocMorris vérifie que les médicaments ne sont pas fournis deux fois et ne font pas doublon avec une ordonnance précédente.

\* Dans l'UE, les produits remboursés représentent près de 65 % du marché des produits pharmaceutiques (en valeur). De ce fait, pour que la vente par correspondance/Internet puisse se développer, il est important que les patients aient la possibilité de se faire rembourser. Toutefois, deux jugements rendus par la Cour de justice des communautés européennes (Nicolas Decker contre Caisse de Maladie des Employés Privés (28 avril 1998, Affaire C-120/95) et Raymond Kohll contre Union des Caisses de Maladie (28 avril 1998, Affaire C-158/96) ont confirmé le droit de tout citoyen de se procurer des biens et des services relatifs à des traitements et soins médicaux dans n'importe quel État membre (Ashurst et al., pp. 36-37).

Source : <http://0800docmorris.com>.

### **Prix des produits pharmaceutiques : à réformer dans le cadre d'une plus vaste réforme des services de santé**

La fixation du prix des médicaments est complexe, pour un certain nombre de raisons reflétant de délicats arbitrages sociaux, politiques et économiques qui ne sont pas propres à l'Allemagne (encadré 5.15).

En Allemagne, le prix des produits pharmaceutiques fait l'objet de toute une série de restrictions visant à limiter l'ensemble des dépenses de santé (encadré 5.16 et graphique 5.5). Approximativement, le prix de détail d'un produit pharmaceutique se décompose de la manière suivante : fabricant 55 %, pharmacie 27 %, TVA 14 %, grossiste 4 %.

La réforme du mode de calcul des prix doit nécessairement s'intégrer dans une plus vaste réforme du secteur de santé et est de nature à contribuer largement à renforcer l'efficacité de ce secteur. La réforme doit inciter les consommateurs à choisir les options les moins coûteuses, de façon à encourager les pharmacies et les fabricants les plus efficaces. La réforme du système de la marge fixe est appuyée par les caisses d'assurance maladie, de façon à réduire les coûts, mais les associations de pharmaciens et de grossistes la rejettent, craignant qu'elle ne se solde par une augmentation de la consommation de médicaments et des difficultés d'approvisionnement. Il est ressorti d'une table ronde sur le système de santé, qui s'est tenue en 2002, qu'il y avait lieu d'ouvrir dès que possible la concurrence sur les prix. On examinera maintenant les possibilités de réforme de certains aspects de la réglementation actuelle des prix.

*Prix de détail uniformes.* C'est une des raisons pour lesquelles il n'y a pas de concurrence entre les pharmacies. L'existence de prix de détail uniformes se justifie pour les raisons

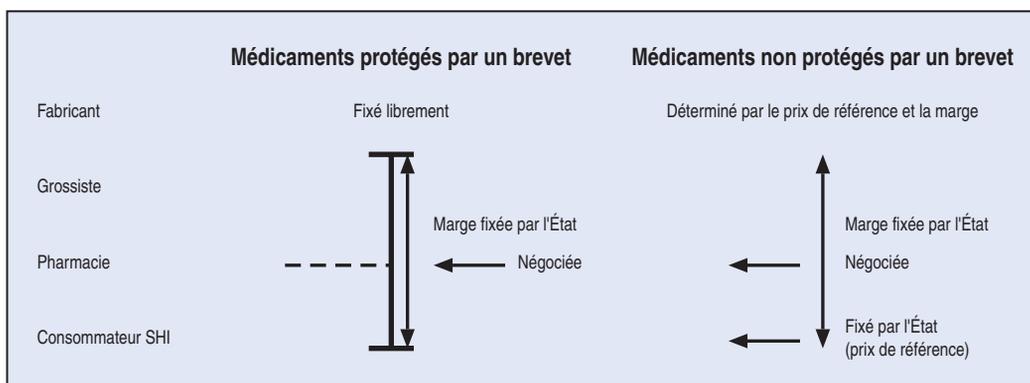
#### **Encadré 5.15. Principaux facteurs entrant en jeu dans les prix des produits pharmaceutiques**

1. *Payeurs et bénéficiaires.* Les fonds permettant de payer les médicaments proviennent des caisses d'assurance maladie (alimentées par les employeurs et les salariés) ou de l'État (contribuables) Cela pose le problème de « l'aléa moral » caractéristique des marchés de l'assurance. Les consommateurs consomment davantage de médicaments qu'il ne serait efficient sur le plan économique parce qu'ils n'en supportent pas directement le coût. La réaction habituelle des pouvoirs publics est d'adopter des mesures visant à restreindre la quantité et la qualité de la consommation de médicaments. Il s'agit notamment de l'établissement de listes de médicaments remboursables, de la politique de remboursement (part remboursée), des contrôles exercés sur les médecins prescripteurs et les pharmaciens, du contrôle des marges des pharmaciens et de l'encadrement des prix des médicaments.
2. *Libre circulation des médicaments.* Les médicaments sont des produits de valeur peu encombrants, qui se prêtent donc aisément au commerce. Par ailleurs, les différents pays appliquent des politiques différentes de fixation des prix (par exemple, des niveaux différents de remboursement) et des réglementations différentes, même si l'UE cherche à réduire les divergences. À l'heure actuelle, les prix varient donc fortement d'un pays à l'autre. Il s'est créé dans l'UE un marché parallèle qui ne cesse de se développer (avec un transfert des profits des fabricants aux négociants).
3. *R-D.* La R-D des laboratoires pharmaceutiques coûte cher et prend beaucoup de temps, généralement plus d'une dizaine d'années. Il faut bien que cette R-D soit financée.

### Encadré 5.16. Réglementation des prix des produits pharmaceutiques en Allemagne

Les prix des médicaments vendus exclusivement sur ordonnance ou en pharmacie sont strictement réglementés. Les prix de détail des médicaments vendus exclusivement sur ordonnance doivent être uniformes dans toute l'Allemagne. Les marges bénéficiaires sont fixées par l'État. Pour les produits protégés par un brevet, le prix de détail est déterminé par le fabricant. Pour les produits qui ne sont plus protégés par un brevet, c'est l'État qui fixe un prix de référence. Les pharmacies achètent les médicaments à des grossistes ; ceux-ci sont fortement concentrés en Allemagne, les cinq principaux grossistes représentant près de 90 % du marché. La marge maximum des grossistes est fixée par l'État. Le système laisse quelques possibilités de négociation du prix de gros, qui n'ont d'incidence que sur la répartition des marges dans la chaîne d'approvisionnement entre le fabricant et le consommateur final, car il est impossible de modifier le prix de détail (fixe) et le taux de remboursement, ou le prix pratiqué par le fabricant. En outre, les caisses d'assurance maladie perçoivent une ristourne de 6 % sur le prix de détail des médicaments qui ne sont pas concernés par le prix de référence, ce qui est un facteur de complication. Enfin, les pharmaciens doivent vendre des médicaments importés moins chers à concurrence d'un quota d'importations (7 % de leur chiffre d'affaires) et doivent remplacer par des produits moins chers mais similaires les médicaments prescrits, sauf indication contraire du médecin prescripteur.

Graphique 5.5. Produits pharmaceutiques protégés par un brevet



Source : OCDE.

suivantes : la sécurité des médicaments n'est pas menacée par une concurrence sur les prix, les patients n'ont pas besoin de comparer les prix, et les médicaments doivent être immédiatement disponibles dans tout le pays. Une commission d'experts a demandé la levée des restrictions en 1995, au moins pour les médicaments qui peuvent être vendus sans ordonnance. On pourrait s'attendre à une baisse des prix de 15 %, au profit des caisses d'assurance-maladie et des consommateurs. Cette commission a également proposé d'allonger la liste des médicaments pouvant être vendus sans ordonnance, à condition que les consommateurs soient mieux informés. Ce sont là de solides arguments. Il y a aussi de bonnes raisons de revoir la tarification uniforme des médicaments vendus exclusivement sur ordonnance pour les maladies chroniques, les patients renouvelant régulièrement leur ordonnance et ayant la possibilité de s'approvisionner n'importe où (ou de se faire

approvisionner par un membre de leur famille). Si les pharmacies peuvent se faire concurrence par les prix, cela pourrait être source de profits accrus (pour les produits peu demandés), mais aussi d'avantages pour les consommateurs (par exemple, meilleurs prix pour les produits pour bébés dans les quartiers à familles nombreuses).

*Prix de référence.* Ils concernent près des deux tiers des médicaments vendus sur ordonnance, mais seulement un tiers des dépenses des caisses d'assurance maladie en médicaments. Si le prix de vente au détail est supérieur au prix de référence, c'est le patient qui doit payer la différence, et comme la résistance des consommateurs à cet égard est forte, le fabricant cale généralement ses prix sur le prix de référence. Le système peut se solder par des prix plus élevés que ce qu'ils seraient en cas de libre concurrence.

*Marges de distribution.* Elles peuvent aussi avoir des effets négatifs. Comme le coût de la prestation efficace de services de pharmacie varie d'un endroit à un autre, avec une marge nationale fixe les pharmacies à coûts relativement bas réalisent des profits élevés aux frais des assurés sociaux, et cette situation pourrait inciter à des entrées sur le marché en nombre excessif.

L'effet des *quotas d'importation* est de transférer certains profits des fabricants et des grossistes aux importateurs parallèles autorisés. Comme le pharmacien n'est pas incité à choisir les substituts permettant de réaliser la plus grande économie sur les coûts, cette règle n'a qu'une incidence marginale sur les prix des fabricants.

L'obligation de délivrer un *générique* n'a pas eu l'impact attendu sur les prix, parce que les génériques avaient déjà en grande partie remplacé les médicaments de spécialité toutes les fois que cela était possible.

## Conclusion

En Allemagne, il y a une marge de manoeuvre pour accroître l'efficacité des officines de pharmacie sans nuire à la santé ni à la sécurité des consommateurs. Le secteur présente déjà plusieurs caractéristiques positives – entrée relativement ouverte et prix relativement bas – mais des améliorations sont encore possibles. On pourrait assouplir les restrictions concernant la structure des entreprises, ce qui permettrait de réaliser des économies d'échelle profitables aux consommateurs. Le professionnalisme n'a pas été entamé dans les pays où des non-pharmaciens sont autorisés à être propriétaires de pharmacies. La vente par correspondance pourrait aussi être autorisée dans de bonnes conditions de sécurité, en mettant en place la réglementation nécessaire. D'autres pays ont adapté leur régime réglementaire pour assurer de cette manière une délivrance fiable des médicaments. D'autres réformes, notamment concernant le calcul des prix, semblent nécessaires, mais il faudra les intégrer à une plus vaste réforme du secteur de la santé.

## Options de politique à envisager

Le lecteur doit être informé qu'un grand nombre de ces problèmes sont désormais réglés par la nouvelle législation allemande ; par exemple les restrictions à la propriété d'officines ont été partiellement levées (un pharmacien pourra être propriétaire de 4 pharmacies au maximum, dans une certaine zone géographique).

### **1. Supprimer l'obligation de nationalité pour être autorisé à exercer comme pharmacien.**

Il ne semble pas qu'il existe une quelconque justification pour exclure automatiquement de la pratique de la pharmacie toutes les personnes qui sont formées et diplômées en tant que pharmaciens, peut-être même dans une université et une pharmacie allemandes, mais qui ne sont pas ressortissantes d'un pays de l'EEE. Toute exclusion doit se limiter à des personnes formées dans un pays tiers où la qualité de la formation ne peut être vérifiée ni par l'Allemagne, ni par l'UE, et lorsque cette exclusion peut se justifier pour des raisons de santé et de sécurité.

### **2. Supprimer les restrictions relatives à la propriété de pharmacies et, en même temps, interdire toute interférence nuisible ou inadaptée avec la conduite professionnelle du pharmacien.**

Il faudrait lever l'interdiction d'être propriétaire de plusieurs pharmacies, et les non-pharmaciens devraient être autorisés à être propriétaires d'une pharmacie. Les arguments en faveur du maintien des restrictions actuelles semblent faibles. Qu'ils soient propriétaires ou non, les pharmaciens sont censés se comporter conformément aux mêmes normes professionnelles, et l'entrée de non-pharmaciens dans ce secteur pourrait apporter des idées neuves en matière de gestion. Une interdiction visant à renforcer le professionnalisme rassurerait quant au maintien des normes professionnelles.

### **3. Supprimer l'interdiction faite aux pharmacies de faire de la publicité sur les médicaments vendus exclusivement en pharmacie, tout en veillant à ce que la publicité ne soit pas mensongère et ne soit pas de nature à discréditer la profession.**

Une publicité honnête de la part des pharmacies, qui ne nuise pas à la réputation professionnelle des pharmaciens et porte sur les domaines dans lesquels les pharmacies disposent d'une certaine liberté commerciale, permettrait à ces dernières d'attirer des clients, de mieux répondre à leurs besoins, et d'offrir des prix plus bas. Avec l'ouverture de pharmacies pratiquant la vente par correspondance/Internet, et pouvant faire de la publicité sur Internet, il va bien falloir instaurer des conditions égales de concurrence entre les pharmacies virtuelles et les pharmacies traditionnelles.

### **4. Faire entrer dans le cadre réglementaire allemand les pharmacies qui pratiquent la vente par correspondance/Internet et sont autorisées dans l'EEE. Veiller à la réglementation, au contrôle et à l'éducation des consommateurs.**

L'Allemagne doit aller de l'avant dans son projet d'autoriser les pharmacies pratiquant la vente par correspondance/Internet, mais en même temps doit veiller à mettre en place une réglementation efficace et complète afin de protéger la santé et la sécurité des consommateurs. Les mesures à prendre devraient être, notamment :

- Une procédure de certification et de contrôle pour faire en sorte que les normes de service professionnel soient maintenues, notamment en ce qui concerne la vérification de l'authenticité de la prescription et la consultation avec le patient, que la livraison se fasse de façon sûre et fiable, que la vie privée du consommateur soit protégée, et que les consommateurs puissent repérer les pharmacies « sûres ».

- Un cahier des charges pour le commerce électronique et la vente par correspondance, avec les systèmes d'assurance qualité correspondants dans la réglementation des médicaments, des pharmacies et de la publicité, et une surveillance appropriée à l'échelle nationale et européenne.
- L'éducation des consommateurs, pour qu'ils sachent reconnaître une pharmacie certifiée pratiquant la vente par correspondance/Internet et pour qu'ils comprennent les garanties de sécurité dont ils bénéficient dès lors qu'ils choisissent de ne s'adresser qu'à des pharmacies certifiées, que celles-ci soient traditionnelles ou sur Internet.
- Le partage de l'information et la mise en application des réglementations avec les instances de réglementation compétentes dans d'autres pays de l'EEE ainsi qu'avec des pays tiers.

**5. Supprimer le contrôle de l'État sur les prix des médicaments vendus sans ordonnance et autoriser la publicité comparative pour les médicaments vendus sans ordonnance.**

La concurrence sur les prix devrait entraîner des baisses de prix qui devraient profiter à la fois aux caisses d'assurance maladie et aux consommateurs. Les entreprises qui proposeraient des prix plus bas augmenteraient leur chiffre d'affaires aux dépens des autres, ce qui encouragerait les entreprises en amont dans la chaîne d'approvisionnement à se placer dans la concurrence et à gagner en efficacité.

PARTIE II  
*Chapitre 6*

**Réglementation et concurrence  
dans les secteurs clés :  
télécommunications\***

\* Pour plus d'informations, voir le rapport de référence « Réglementation dans les secteurs clés : télécommunications » disponible sur le site [www.oecd.org/regreform/backgroundreports](http://www.oecd.org/regreform/backgroundreports).

## Contexte et historique

### **La libéralisation du secteur allemand des télécommunications a été engagée il y a déjà quelque temps**

Les télécommunications constituent un secteur clé de l'économie allemande et revêtent une importance stratégique pour la compétitivité du pays. Le gouvernement reconnaît leur rôle dans le développement économique et est convaincu que c'est un environnement concurrentiel qui permet le mieux de stimuler l'investissement privé et de servir les intérêts des consommateurs.

La libéralisation a été engagée en 1989, lorsque la *Deutsche Bundespost* a été scindée en trois entités et la fonction réglementaire séparée de la fonction d'exploitation. La branche des télécommunications a été en partie privatisée en 1995, pour devenir *Deutsche Telekom* (DTAG). Bien que l'objectif à long terme soit la privatisation totale, l'État conserve dans DTAG une participation de 42.3 %. La concurrence dans le secteur des communications mobiles a commencé en 1990 avec l'attribution d'une licence à un second prestataire, autorisé à faire concurrence à DTAG. La législation de l'UE relative à la création d'un marché unique des télécommunications a encouragé une libéralisation plus poussée, qui s'est traduite, en 1998, par l'abolition du monopole de DTAG sur la téléphonie locale et par la création de la *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* (Autorité de régulation des télécommunications et des postes) – RegTP.

### **Face à de nombreux acteurs, l'ex-monopole demeure de loin l'opérateur le plus important du marché**

Le marché des télécommunications compte aujourd'hui un grand nombre d'opérateurs. DTAG a vu se développer une concurrence de plus en plus dynamique, surtout après 1998, lorsque de nouveaux opérateurs ont commencé à offrir des tarifs très compétitifs. Le nombre de fournisseurs de lignes téléphoniques faisant concurrence à DTAG – essentiellement sur le RNIS – est passé de 21 en 1998 à 64 en 2002. La part des nouveaux entrants sur le marché longue distance national n'a cessé de croître, pour atteindre 40 % (elle n'est supérieure que dans trois autres pays de l'OCDE). Cependant, DTAG demeure l'opérateur le plus important (non seulement en Allemagne, mais aussi en Europe). à la faveur de la baisse des prix et de l'affaiblissement des marges des concurrents, il a reconquis sa part de marché à l'international. DTAG demeure aussi le principal fournisseur de lignes analogiques et RNIS et conserve une position dominante sur le marché du service local, dont il détient 95 % (même si la concurrence a pu s'approprier des parts de marché beaucoup plus importantes dans certains secteurs urbains).

Sur le marché de la téléphonie mobile, T-Mobile – la filiale mobile de DTAG – et Vodafone étaient les deux plus gros opérateurs, avec des parts de marché de 41 % et 38 % respectivement en juin 2003. Les deux autres opérateurs étaient E-Plus Mobilfunk et O2 Germany. Le marché du mobile a explosé depuis le milieu des années 90, passant de 7.1 à 71.7 abonnés pour 100 habitants entre 1992 et 2002 (soit plus qu'aux États-Unis et au

Japon, mais légèrement moins que la moyenne de l'Europe occidentale). Les services mobiles de troisième génération se sont également développés, avec l'attribution par adjudication de six licences UMTS (*Universal Mobile Telecommunication System*) en 2000. Ces licences font obligation à leurs titulaires de desservir au moins 25 % de la population d'ici à la fin de 2003 (et 50 % d'ici à la fin de 2005). L'Allemagne a été l'un des premiers pays à attribuer des fréquences WLAN (*Wireless Local Area Network* – réseau local sans fil).

**Le droit de l'UE est le moteur du développement en faveur de la concurrence, mais il convient d'éviter de rompre trop rapidement avec une réglementation ex ante**

Les politiques de l'UE demeurent l'un des moteurs du changement en faveur de la concurrence. La loi allemande de 1996 sur les télécommunications fait actuellement l'objet d'une révision pour intégrer les plus récentes directives de l'UE, révision qui aurait dû être achevée pour juillet 2003. Le gouvernement a lancé une large consultation de l'industrie et des autres parties intéressées. Il a affirmé vouloir poursuivre ses politiques en faveur de la concurrence, tout en demeurant *grosso modo* à l'intérieur du cadre actuel. Il souhaite améliorer le cadre général et éviter d'élargir la réglementation aux segments du marché qui ne sont actuellement pas réglementés. De fait, le ministère fédéral de l'Économie et du Travail a fait savoir publiquement qu'il souhaite passer d'une réglementation *ex ante* à une réglementation *ex post* et appliquer les principes courants de la concurrence. En cela, il se situe dans la ligne du nouveau cadre réglementaire de l'UE pour les communications. Cependant, il semble prématuré, compte tenu de la position dominante que conserve l'opérateur historique, de renoncer à une réglementation *ex ante*. La recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents (voir ci-après) devrait aider à identifier les marchés où doit être maintenue une réglementation *ex ante*.

## Institutions réglementaires

Le ministère fédéral de l'Économie et du Travail (BMWA) élabore les politiques. Les principales institutions réglementaires sont l'Autorité de réglementation des télécommunications et des postes (RegTP), l'Office fédéral des ententes (BKartA) et la Commission des monopoles, qui joue un rôle consultatif.

**Une autorité de régulation distincte du ministère a été créée, mais elle suscite des préoccupations quant à son degré d'indépendance à l'égard des pressions politiques**

Le BMWA est responsable de la politique du secteur des télécommunications. C'est donc à lui qu'incombe la formulation et l'actualisation des principes directeurs et du cadre réglementaire du secteur, ainsi que les tâches de nature internationale, notamment en ce qui concerne le droit de l'UE, les questions de normalisation et la planification du spectre (conjointement avec RegTP), et enfin la supervision de RegTP. Le ministère est responsable de l'élaboration de la nouvelle loi sur les télécommunications, tandis que RegTP (voir encadré 6.1) est le régulateur sectoriel qui relève du ministère.

L'indépendance du ministère et de RegTP à l'égard de DTAG, dans lequel l'État détient encore une participation de 42,3 %, a suscité quelque inquiétude. On craint en effet un conflit possible entre les intérêts de l'État en tant qu'actionnaire et son rôle en matière de politique et de réglementation. Les problèmes d'endettement actuels de DTAG et la baisse du cours de son action pourraient en effet inciter le gouvernement à se montrer tolérant à l'égard des pratiques anticoncurrentielles de l'entreprise, qu'il peut en outre considérer comme un « champion national ». Ces craintes sont de nature à entretenir chez les investisseurs un climat

### Encadré 6.1. **L'Autorité de régulation des télécommunications et des postes (RegTP)**

RegTP, qui a son siège à Bonn, a été créée en 1998 (conformément à la législation de l'UE) en tant qu'autorité réglementaire structurellement distincte et indépendante « rattachée au BMWA ». Le ministère ou le ministre ne peuvent pas passer outre ses décisions, mais celles-ci peuvent être attaquées directement devant les tribunaux administratifs. Les décisions réglementaires de RegTP sont publiées au *Journal officiel*.

RegTP doit solliciter l'avis d'un conseil consultatif, le *Beirat*, composé de représentants des deux chambres du Parlement allemand, sur un nombre limité de questions (non tarifaires), et le tenir informé de ses activités. Le président de RegTP est nommé par le gouvernement fédéral, sur proposition du *Beirat*. RegTP doit rendre compte au Parlement (par l'intermédiaire du ministère), tous les deux ans, de l'impact de ses activités réglementaires sur le développement de la concurrence.

Les recettes de RegTP font partie du budget fédéral.

RegTP a quatre grands domaines de responsabilité : attribution des licences et réglementation des fréquences, service universel, réglementation des prix, et accès au réseau et interconnexion. Le régulateur a pour mandat de promouvoir la concurrence, de contrôler les pratiques anticoncurrentielles et de surveiller le fonctionnement du marché.

Les pouvoirs de RegTP comprennent des droits d'information et d'investigation ainsi qu'un ensemble de sanctions. RegTP est habilité à inspecter et auditer les comptes des sociétés de télécommunications.

RegTP compte un effectif de 200 à 220 personnes affectées à la régulation des télécommunications.

d'incertitude que seule la privatisation totale pourrait dissiper. Par ailleurs, l'indépendance de RegTP, en particulier à l'égard du ministère, suscite des questions. Le soutien continu du régulateur à la position du ministère sur la question de la tarification des liaisons fixes vers mobiles (voir ci-après), qui est contraire aux conclusions réglementaires partagées au niveau international, alimente le scepticisme. En revanche, RegTP a vigoureusement pris position en faveur de la concurrence en imposant des pénalités à DTAG pour retards dans la fourniture de lignes louées. Une question connexe se pose en ce qui concerne le *Beirat*. Il n'est en effet pas évident que cet organe consultatif (composé de membres du Parlement allemand) soit nécessaire à un régulateur indépendant. Qui plus est, il risque de nuire à l'image de RegTP en ce qui concerne son indépendance à l'égard des influences politiques.

D'autres problèmes se posent en ce qui concerne RegTP. Ainsi, les compétences de son personnel devront peut-être être actualisées pour lui permettre de répondre efficacement aux exigences du développement de la concurrence. Il serait utile que les décisions réglementaires de RegTP soient plus transparentes et accompagnées d'une information plus complète. Elles devraient par exemple être publiées sur son site Web, avec leurs motifs (les décisions des chambres compétentes peuvent être obtenues auprès des services des chambres).

#### **L'autorité de la concurrence joue un rôle important, en étroite collaboration avec le régulateur**

Les institutions de la concurrence (voir le chapitre 3 pour plus de détails) complètent le tableau. L'autorité fédérale de la concurrence – le *BKartA* –, qui est chargée d'appliquer le

droit de la concurrence, s'occupe principalement du contrôle des fusions, de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. S'agissant des télécommunications, c'est au premier chef RegTP qui est saisi des affaires d'abus de position dominante, comme le prévoit la loi sur les télécommunications. La Commission des monopoles, quant à elle, est un « laboratoire d'idées » indépendant qui conseille le gouvernement fédéral en matière de politique de la concurrence. Le BKartA est efficace et largement respecté, mais il est confronté aux défis de plus en plus considérables que pose la surveillance du développement de la concurrence dans des industries caractérisées par des réseaux monopolistiques et de puissants opérateurs historiques.

Dans les cas de fusion et de légalisation d'accords horizontaux, le ministre peut, dans certaines circonstances liées à des intérêts stratégiques plus larges, passer outre les décisions du BKartA. C'est ce qu'il a fait récemment lorsqu'il a autorisé une importante fusion électricité-gaz (*RuhrGas-E.ON*). Cette décision laisse planer quelque incertitude sur la position du gouvernement en matière de concurrence. De plus, étant donné le motif de la décision – favoriser l'émergence d'un « champion national » dans le secteur afin de sécuriser l'approvisionnement – on peut se demander si la tolérance dont le gouvernement fait preuve à l'égard de DTAG n'est pas l'expression d'une volonté de favoriser l'accession de l'opérateur au rang de champion national dans le secteur des télécommunications.

Le droit de la concurrence et la réglementation des télécommunications sont étroitement liés, et RegTP et le BKartA coopèrent pour veiller à l'application d'une méthode uniforme, notamment en ce qui concerne la qualification de position dominante sur le marché. Les dispositions de la loi sur les télécommunications relatives aux questions clés telles que les redevances d'interconnexion et l'accès dépendent de la qualification de position dominante découlant du droit de la concurrence, au sujet de laquelle le BKartA doit donner son accord. Les évaluations conjointes que les deux instances font des marchés pour lesquels a été établie l'existence d'une position dominante sont publiées chaque année. De plus, le BKartA doit avoir la possibilité de se prononcer sur les décisions de RegTP avant que celles-ci ne soient rendues. DTAG est réputé occuper une position dominante sur le marché de la téléphonie vocale sur réseau fixe.

### **La Commission européenne joue un grand rôle dans l'élaboration du cadre réglementaire, mais l'Allemagne se montre souvent réticente à suivre les directives**

Enfin et surtout, le droit de l'Union européenne issu des initiatives de la Commission constitue l'un des éléments déterminants de l'environnement des télécommunications, en Allemagne comme dans les autres pays de l'Union. Deux grandes initiatives législatives ont été prises récemment. La première est une directive en faveur d'un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, qui est destinée à prendre en compte le phénomène de convergence dans le secteur des communications. Cette directive devait être mise en œuvre par les États membres de l'UE au plus tard en juillet 2003. Afin de promouvoir un traitement réglementaire équitable, la directive précise que les marchés seront définis en conformité avec les principes du droit de la concurrence, et l'un de ses objectifs est de réduire la réglementation sectorielle spécifique à mesure que se développera la concurrence. La recommandation connexe relative aux « marchés pertinents », de février 2003, recense les marchés de produits et de services susceptibles d'être (de demeurer) soumis à une réglementation *ex ante*.

S'agissant du phénomène de convergence, la Commission des monopoles a soulevé la question de savoir s'il doit exister un seul régulateur (comme dans certains autres pays de

l'OCDE tel que le Royaume-Uni). Toutefois, la structure politique et la Constitution de l'Allemagne permettent difficilement d'envisager cette formule. Par exemple, étant donné que pour la radiodiffusion les contenus relèvent de la compétence de chacun des *Länder*, une coopération efficace est indispensable, surtout pour veiller à ce que les nouveaux services issus de la convergence ne soient pas asphyxiés par une réglementation excessive.

L'Allemagne montre peu d'empressement à mettre en œuvre le droit de l'UE (encadré 6.2).

#### Encadré 6.2. Exemples témoignant des réticences de l'Allemagne à mettre en œuvre les directives de l'Union européenne

En avril et juillet 1999, la Commission européenne a fait savoir par un avis officiel (la première étape d'une procédure d'infraction officielle) que l'Allemagne n'avait pas convenablement mis en œuvre les directives sur l'interconnexion et sur la téléphonie locale. S'agissant de la première directive, la procédure d'infraction officielle a par la suite été lancée en novembre 1999. En ce qui concerne la téléphonie vocale, aucune procédure d'infraction officielle n'a encore été engagée. Dans les deux cas, la Commission a notamment fait valoir que l'Allemagne n'avait pas pris de mesures suffisantes pour s'assurer que les fournisseurs dominants utilisaient des méthodes de calcul des coûts appropriées. RegTP a réagi en publiant des lignes directrices relatives à ces méthodes.

La Commission a allégué que l'Allemagne n'avait pas intégralement mis en œuvre l'une des directives qui prévoyait que toute société de télécommunications détenant une part de marché supérieure à 25 % devait être considérée comme exerçant un pouvoir de marché significatif. L'Allemagne a fixé le seuil de pouvoir de marché significatif à un tiers, mais RegTP a annoncé qu'il enquêterait malgré tout à partir d'une part de marché de 25 %\*. Le Bundeskartellamt a été associé à cette procédure pour l'élaboration et l'approbation de la règle administrative.

En avril 2000, la Commission européenne a allégué dans un avis officiel que l'Allemagne n'avait pas intégralement mis en œuvre les directives de l'UE sur la concurrence et l'ouverture des réseaux pour la téléphonie vocale (ONP). Les procédures d'approbation des tarifs ne garantissaient pas suffisamment des tarifs fondés sur les coûts, et les dispositions relatives au rééquilibrage tarifaire n'avaient pas été mises en œuvre correctement.

Le 30 octobre 2000, la Commission européenne a engagé une procédure d'infraction au motif que l'Allemagne n'avait pas intégralement mis en œuvre la directive de l'UE sur l'interconnexion en ce qui concerne la sélection de l'opérateur local et, le 12 novembre 2002, elle a intenté une action contre l'Allemagne devant la Cour de justice des Communautés européennes. La Commission a fait valoir que la présélection de l'opérateur pour les appels locaux n'était pas offerte par DTAG malgré une date limite fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2000 pour cette offre. La Commission européenne a jugé que les raisons invoquées par l'Allemagne pour justifier cet état de fait n'étaient pas valables. La sélection appel par appel a finalement été mise en œuvre en avril 2003 et la présélection pour les appels locaux en juillet 2003.

Un règlement de l'UE concernant le dégroupage de l'accès à la boucle locale est entré en vigueur en janvier 2001. En décembre 2001, la Commission européenne a ouvert une procédure d'infraction contre l'Allemagne (entre autres États membres) pour défaut de transposition des règlements de l'UE sur le dégroupage de la boucle locale en droit national. (à la suite de l'approbation par RegTP, le 15 mars 2002, du tarif pertinent, la Commission a, depuis, clos la procédure). En mars 2002, elle a annoncé une procédure d'infraction contre l'Allemagne pour défaut de mise en œuvre du règlement de l'UE sur le dégroupage de la sous-boucle. Depuis lors, DTAG a publié une offre approuvée par RegTP pour l'accès à la sous-boucle.

\* Avis publié au bulletin officiel de RegTP.

## Réglementation

### **Le fournisseur dominant et les opérateurs exerçant un pouvoir de marché significatif sont soumis à des règles spécifiques**

En tant que fournisseur dominant (le seul) de services de télécommunications en Allemagne, DTAG est soumis à des règles et obligations spécifiques, notamment :

- L'examen *ex ante* ou *ex post* par RegTP de ses tarifs et conditions générales.
- L'obligation d'offrir aux concurrents, sur la base du dégroupage, un accès spécial au réseau ainsi qu'aux services et installations essentiels, selon des modalités non discriminatoires.
- L'obligation éventuelle de fournir des services universels sur un marché donné.
- L'inclusion éventuelle de conditions restrictives dans les licences.

Les opérateurs exerçant un pouvoir de marché significatif sont également soumis à des règles spécifiques.

### **Accès au marché et licences : l'incapacité à empêcher les pratiques anticoncurrentielles de DTAG suscite des préoccupations**

La mise en œuvre de la nouvelle législation de l'UE simplifiera les procédures d'attribution des licences. Le coût élevé des droits de licence (par exemple, 1,52 million d'euros pour une licence nationale de téléphonie vocale) a donné lieu à contestation et un nouveau règlement est en préparation à la suite des pressions exercées au sein de l'UE en faveur d'un changement.

Il n'existe pas de restriction relative à la propriété étrangère en Allemagne. Cependant, certains nouveaux entrants ont allégué que l'Allemagne se trouvait en violation de l'Accord de 1997 de l'OMC sur les services de télécommunications, qui prône les principes d'ouverture des marchés, en n'ayant pas empêché DTAG de s'engager dans des pratiques anticoncurrentielles sur plusieurs plans, notamment en ce qui concerne la tarification et la fourniture de lignes louées (voir ci-après).

### **Tarification : les pratiques tarifaires de DTAG causent des problèmes aux concurrents et les mesures prises par le régulateur sont source de polémique**

La loi actuelle sur les télécommunications soumet à une réglementation *ex ante* les tarifs que les fournisseurs en position dominante appliquent à l'utilisateur final. Les tarifs standard sont réglementés par plafonnement tandis que les tarifs option font l'objet d'un processus d'approbation en bonne et due forme. En outre, les tarifs applicables aux services universels doivent être fixés à des niveaux abordables. Les autres tarifs ne sont pas soumis à réglementation *ex ante*, mais ceux pratiqués par les fournisseurs en position dominante peuvent être réexaminés *ex post*. La loi prévoit deux approches : le plafonnement et l'approbation individuelle fondée sur les coûts. Les prix de gros pour l'accès sont fixés selon cette dernière méthode, tandis que les prix de détail sont réglementés selon la première, en fonction de quatre « paniers », dont un, par exemple, pour les appels locaux).

La Commission européenne a jugé que le régime de plafonnement appliqué par l'Allemagne n'était pas suffisamment fondé sur les coûts, tel que le prévoit la législation européenne. Le plafonnement limite les possibilités de rééquilibrage des tarifs pour les rapprocher des coûts, importantes pour assurer une concurrence efficace à long terme, surtout sur le marché local. RegTP reconnaît que les tarifs n'ont pas encore été entièrement rééquilibrés. Un réexamen complet de la réglementation actuelle par plafonnement apparaît justifié.

Dans la tarification de ses services, DTAG démontre – comme on pouvait le prévoir – sa détermination d'ex-monopole à demeurer l'acteur dominant. La question la plus controversée est l'attitude du régulateur à son égard. En effet, les décisions des tribunaux ont accentué le climat d'incertitude pour les concurrents de DTAG.

La tarification des services haut débit (DSL) de DTAG a également suscité des réactions, étant donné la position dominante de l'opérateur sur ce marché (encadré 6.3). Les autres opérateurs ont éprouvé des difficultés à concurrencer DTAG. RegTP a examiné la tarification de l'opérateur et y a trouvé certains éléments inférieurs aux coûts, mais n'a pas pris de mesure, faute de preuve d'un effet d'éviction. À la suite d'autres réclamations, DTAG a fini par relever ses tarifs. Le déroulement des événements porte à croire que l'opérateur dominant a adopté une stratégie d'éviction pour s'assurer le marché à long terme (en réduisant ses tarifs pour dissuader les concurrents puis, une fois obtenu le résultat recherché, en les augmentant pour récupérer ses pertes initiales). RegTP explique avoir recherché un équilibre entre le développement des services haut débit et la concurrence, c'est-à-dire encourager le déploiement des infrastructures large bande en autorisant DTAG à pratiquer des tarifs bas, mais également en obligeant l'opérateur à donner à ses concurrents un accès égal à ses propres lignes. Le résultat indique que cette stratégie était erronée, car DTAG a maintenant assis sa position dominante sur le marché, sans compter qu'il a été accusé de dumping sur d'autres marchés également.

### Encadré 6.3. **Dégroupage de la boucle locale : les manœuvres de DTAG pour comprimer les marges de ses concurrents**

Les concurrents de DTAG ont fait valoir que les tarifs d'accès aux boucles locales dégroupées pratiqués par DTAG avaient pour effet de comprimer leurs marges. DTAG facturait aux nouveaux entrants un prix d'accès de 12.48 euros tandis que l'abonné payait 11.82 euros pour une ligne. Autrement dit, les nouveaux entrants ne pouvaient pas avoir une activité rentable sur ce marché, puisque le tarif d'accès qu'ils payaient était supérieur au tarif qu'ils pouvaient proposer aux clients (et qui devait être inférieur aux tarifs de détail de DTAG). RegTP a expliqué que les nouveaux entrants pouvaient mettre leur ligne à niveau et offrir des lignes RNIS, qui justifient un tarif plus élevé. Le tarif d'accès à payer à DTAG a été réduit à 11.80 euros le 1<sup>er</sup> mai 2003 à la suite d'une décision rendue par RegTP le 29 avril, tandis que le tarif de la ligne d'abonné pratiqué par DTAG était porté à 13.50 euros à compter de septembre 2003, ce qui réglait le problème de la compression des marges. De plus, dans sa décision du 28 juillet 2003, RegTP a approuvé l'augmentation de 0.50 euro (net) demandée par Deutsche Telekom AG pour le tarif mensuel d'une ligne analogique, ce qui éponge entièrement le déficit lié à l'accès auparavant constaté par RegTP.

Cette situation a révélé certaines faiblesses dans le cadre réglementaire. La loi sur les télécommunications prescrit une tarification fondée sur les coûts pour les boucles locales dégroupées. Toutefois, en tant qu'opérateur dominant, et compte tenu de la faiblesse des règles comptables appliquées par le régulateur, DTAG a à la fois des raisons et la possibilité d'influencer les calculs des coûts en sa faveur. De plus, le régime de plafonnement a peut-être réellement empêché DTAG de rééquilibrer ses tarifs en fonction de ses coûts réels. Les tarifs effectivement pratiqués par DTAG, si on les compare à ceux des autres pays de l'UE, sont raisonnables. Le tarif mensuel correspond à peu près à la moyenne de l'UE et les frais de raccordement sont très inférieurs à la moyenne. Cependant, les prix pourraient probablement être encore plus bas, étant donné les imperfections constatées dans la situation actuelle (la difficulté de rééquilibrer les prix pour qu'ils soient plus étroitement alignés sur les coûts).

RegTP a également autorisé le groupage des tarifs de DTAG (dans le cadre d'un schéma tarifaire dénommé « AktivPlus »), qui comprend des réductions sur les appels locaux, nationaux et fixes-mobiles, bien que les concurrents prétendent que ces offres constituent une barrière infranchissable à l'entrée sur ce marché pour les opérateurs de réseaux interurbains. Les nouveaux entrants se heurtent également à des difficultés sur le marché professionnel, où DTAG offre d'importants rabais. Dans ce cas, RegTP a voulu obtenir des modifications de la part de DTAG, mais les tribunaux ont suspendu l'obligation d'exécution de sa décision.

Un type de problème différent s'est posé en ce qui concerne les lignes louées de DTAG, dont les prix sont relativement bas, mais les délais de livraison ont été parmi les plus longs d'Europe jusqu'en 2002. Par exemple, le délai de mise à disposition des lignes à 64 kbit/s a été de 90 jours, contre 21 en France. RegTP a décidé d'imposer plusieurs obligations à DTAG à la suite de réclamations (notamment des délais stricts de mise à disposition assortis de pénalités). L'opérateur a toutefois saisi les tribunaux et l'exécution de la décision de RegTP a été suspendue au motif que DTAG n'avait l'obligation d'offrir à ses concurrents que les conditions dont il bénéficiait lui-même en interne, et que c'est à RegTP qu'incombait la charge de la preuve à cet égard. RegTP a fait appel, mais n'a pas eu gain de cause. Le régulateur devrait toutefois persévérer sur cette question en exigeant de DTAG qu'il offre aux concurrents un contrat de référence et qu'il améliore sa transparence en rendant publiques des données sur ses tarifs et ses performances.

### **Séparation comptable : DTAG doit réformer son système de comptabilité analytique afin de décourager la discrimination par les prix**

Un problème sous-jacent est le système de comptabilité analytique de DTAG, qui demande à être réformé pour décourager la discrimination par les prix et les subventions croisées. La loi actuelle impose à DTAG (en tant qu'opérateur dominant) de tenir des comptes séparés, mais l'opérateur n'est tenu qu'au respect des règles comptables standard. La nouvelle loi devrait améliorer la situation, dans la mesure où elle permettra à RegTP d'obliger DTAG à rendre publique sa méthode de comptabilité analytique (y compris les catégories de coûts), et de vérifier ses pratiques comptables. La démarche suivie à cet égard par d'autres pays de l'OCDE (notamment le Royaume-Uni et l'Australie) pourrait être instructive. Cependant, les dispositions strictes du droit allemand des sociétés en ce qui concerne la divulgation de l'information confidentielle posent un problème.

Dans ces circonstances, il semble fort peu probable que l'Allemagne passe rapidement d'une réglementation *ex ante* à une réglementation *ex post*. La stratégie tarifaire de DTAG montre qu'il est très difficile de « rappeler » un prix de dumping une fois qu'il est lancé sur le marché.

### **Interconnexion : les redevances de terminaison fixes vers mobiles doivent être réglementées**

Les opérateurs exerçant un pouvoir de marché significatif doivent publier une offre d'interconnexion de référence, qui décrit de façon détaillée les conditions d'interconnexion qu'ils proposent. Ils doivent pratiquer des tarifs d'interconnexion et d'accès fondés sur les coûts, appuyés par une comptabilité analytique transparente, et se conformer aux principes de transparence et de non-discrimination. L'offre d'interconnexion de référence existe désormais, après un long retard. De plus, des tarifs d'interconnexion par élément ont remplacé la structure tarifaire précédente qui était basée

sur la distance, ce qui a obligé DTAG à réduire ses tarifs d'interconnexion d'environ 14 %. La structure de tarification de l'interconnexion de RegTP comporte deux phases ; d'où des retards. Il faut d'abord que les conditions techniques soient définies, pour que les tarifs puissent ensuite être fixés en conséquence. Une procédure en une seule phase faciliterait la tâche aux nouveaux entrants.

Les redevances de terminaison fixes vers mobiles peuvent être également réglementées, s'il est déterminé qu'un opérateur de réseau mobile exerce un pouvoir de marché significatif ou si la terminaison vers le réseau mobile a été imposée par une décision d'interconnexion. Jusqu'à maintenant, rien de semblable ne s'est produit. RegTP considère qu'il n'y a pas d'opérateur exerçant un pouvoir de marché significatif et qu'il n'y a pas non plus de position dominante conjointe, en dépit du fait que les deux plus gros opérateurs de services mobiles détiennent ensemble 80 % du marché. Le régulateur estime également que les utilisateurs finaux encouragent la concurrence entre les opérateurs et fait remarquer que les redevances de terminaison sont parmi les plus faibles d'Europe.

Une autre prise de position du régulateur allemand entre en contradiction avec l'opinion de la Commission européenne et d'un nombre croissant de régulateurs (notamment de ceux du Royaume-Uni, de la France et de l'Italie) selon laquelle les tarifs de terminaison fixes vers mobiles sont excessifs. L'Allemagne, de même que le Danemark et la Finlande, sont les seuls pays de l'Union européenne à ne pas les réglementer. Selon des données récentes, l'Allemagne se classe sixième parmi les pays de l'UE pour le niveau de ces tarifs. De plus, selon des études réalisées par le régulateur britannique, la concurrence induite par le jeu des préférences des clients sur ce marché semble négligeable, la plupart des clients ne prêtant guère attention aux tarifs de terminaison. De fait, le régulateur britannique a conclu que chaque opérateur de réseau mobile, pour des raisons d'ordre technologique, détient le monopole de la terminaison des appels sur son propre réseau et que le plafonnement des tarifs était la seule mesure susceptible de donner des résultats.

Les raisons invoquées par RegTP pour ne pas réglementer le marché du mobile étant contestables, certains ont laissé entendre que les réticences du régulateur à agir étaient fondées sur des préoccupations d'ordre politique liées au fait qu'une réduction des redevances aurait un impact sur la rentabilité des opérateurs de téléphonie mobile (déjà durement frappés par les droits élevés qu'ils ont payés pour leurs licences 3G). RegTP considère que la concurrence sur le marché de l'utilisateur final exerce un effet compensateur sur les prix. L'utilisateur final réagira à une hausse des prix en diminuant la durée de ses appels et tiendra compte des prix des appels fixe à mobile lorsqu'il envisagera un abonnement à un mobile. Rien ne prouve que l'utilisateur final soit sensible au prix de la terminaison mobile et puisse avoir une influence sur les prix.

Les redevances de terminaison mobiles vers fixes méritent également d'être examinées, dans la mesure où les larges écarts qu'on y constate ne correspondent vraisemblablement pas aux coûts.

### ***Interconnexion : DTAG résiste au régulateur en ce qui concerne la fourniture de produits d'accès en gros à l'Internet***

L'accès à l'Internet est désormais l'un des principaux services générateurs de trafic sur les réseaux téléphoniques. Le droit européen exige des opérateurs exerçant un pouvoir de marché significatif qui proposent un accès Internet illimité (à forfait) sur le marché de détail, qu'ils offrent une interconnexion Internet de gros aux nouveaux entrants, sur une

base non discriminatoire, pour leur permettre de rivaliser sur un pied d'égalité avec eux sur le marché Internet de détail. Toutefois, les efforts déployés à ce jour par RegTP pour obliger DTAG à offrir une interconnexion appropriée de ce type ont été vains. DTAG a également eu gain de cause devant les tribunaux (quoique la procédure ne soit pas encore achevée), ces derniers ayant retenu, dans leur définition de la non-discrimination, que DTAG ne pouvait être obligé d'offrir à des concurrents que des produits qu'il utilisait lui-même. Il s'agit là d'un critère sévère et que l'on peut juger inadapté car l'opérateur historique exploitant le réseau n'a pas toujours besoin du même produit que ses concurrents qui cherchent à se connecter au réseau. Ceux-ci craignent que toute décision réglementaire visant à obliger DTAG à fournir un produit d'interconnexion puisse être rejetée au motif que DTAG ne l'utilise pas en interne.

### ***Dégroupage de la boucle locale : une initiative précoce, mais gâchée par la résistance de DTAG et une attitude manquant souvent de fermeté de la part du régulateur***

Le dégroupage de la boucle locale est une importante mesure qui permet de fournir des services haut débit (tel que l'accès Internet haut débit et la vidéo à la demande). Même si l'Allemagne a été, en 1998, le premier pays européen à imposer une forme de dégroupage de la boucle locale, elle n'a pas su conserver son avance, notamment en ce qui concerne l'accès des FAI aux différentes formes de dégroupage ; toutefois, c'est l'Allemagne qui a dans l'UE le plus grand nombre en valeur absolue de liaisons dégroupées. La plupart des boucles dégroupées servent à assurer des services téléphoniques et très peu sont consacrées aux services DSL. En fait, l'UE a engagé une procédure contre l'Allemagne au motif qu'elle n'avait pas transposé dans son droit national la réglementation européenne sur le dégroupage de la boucle locale, notant l'absence de publication d'une offre de référence pour l'accès aux boucles locales dégroupées. Une offre de référence pour l'accès à la boucle locale dégroupée et pour les lignes partagées a été publiée par Deutsche Telekom en février 2002 et la procédure engagée par la Commission européenne a été clôturée en 2002. Les tarifs appliqués par DTAG constituent à cet égard un problème de taille (voir encadré 6.3). Et là encore, l'attitude du régulateur soulève un certain nombre de questions.

Le régulateur a mieux tenu tête à DTAG (avec l'aide de la justice) sur la question connexe du partage de lignes, rendu obligatoire par l'UE. RegTP a fixé les conditions de partage de lignes pour DTAG en 2001. L'opérateur a contesté la décision de RegTP en justice et a perdu à deux reprises. Les redevances finalement fixées par RegTP étaient de beaucoup inférieures à celles qui étaient proposées par DTAG à l'origine, soit, par exemple, une redevance de raccordement de 74.91 euros contre 117.73 euros selon la proposition de DTAG. Néanmoins, le nombre de lignes partagées est à ce jour très bas, dans un contexte d'allégations selon lesquelles DTAG use de manœuvres dilatoires et ne remplit pas toutes ses obligations.

La situation est contrastée en ce qui concerne les autres offres connexes de DTAG. L'accès au répartiteur principal est important pour permettre aux nouveaux entrants d'utiliser pleinement leur propre réseau et de contrôler les caractéristiques techniques de la connexion à l'utilisateur final. À cet égard, l'Allemagne soutient avantageusement la comparaison avec d'autres pays de l'Union. En revanche, la performance est moins bonne en ce qui concerne le dégroupage de la sous-boucle, pour lequel la Commission européenne a engagé une procédure en infraction à son encontre pour défaut de mise en œuvre de la réglementation de l'UE. RegTP n'a pas encore agi pour rendre obligatoire l'accès haut débit en gros (qui permet à un nouvel entrant de fournir une fonctionnalité particulière, de contrôler

la qualité du service et ainsi de différencier ses services de ceux de l'opérateur historique) bien que le marché DSL soit dominé par DTAG. En effet, RegTP ne peut rendre une décision concernant un service de trains binaires que si un nouvel entrant sollicite son intervention pour obtenir l'accès, ce qui n'est à ce jour pas encore arrivé.

La colocalisation a commencé (et concerne actuellement environ 33 % des 8 000 sites de DTAG). Néanmoins, les nouveaux entrants sont encore confrontés à des problèmes. DTAG a récemment obtenu une injonction judiciaire qui a bloqué l'application d'une décision de RegTP prescrivant des délais de fourniture pour la boucle locale dégroupée et la colocalisation.

### **Services sans fil : on note certains progrès réglementaires en faveur d'une concurrence accrue**

Plusieurs décisions réglementaires en faveur de la concurrence méritent d'être notées dans le secteur du sans fil.

La politique actuelle en matière de spectre repose sur le principe « utilisé ou perdu ». Une licence peut être révoquée si elle n'a pas été utilisée dans un délai d'un an. RegTP a clairement établi que les opérateurs actuels de services mobiles ne seront pas autorisés à fusionner ou à échanger des fréquences. Par conséquent, les opérateurs UMTS qui fusionnent ne pourront garder que l'une de leurs licences. Cependant, la nouvelle loi sur les télécommunications autorisera les échanges de fréquences. Elle donnera aux opérateurs la liberté de revendre des portions de spectre à d'autres entreprises, selon certaines conditions.

Le coût du déploiement de l'infrastructure UMTS constitue un sujet de préoccupation croissant, en particulier compte tenu du climat actuellement peu propice aux investissements. Le partage des infrastructures est une solution. RegTP a décidé que le partage de l'infrastructure pour les sites sans fil, les mâts et d'autres éléments pouvait être autorisé en vue de faciliter le déploiement des réseaux UMTS par les nouveaux entrants. Plusieurs opérateurs de services mobiles ont déjà annoncé des accords de partage d'infrastructures.

Les opérateurs de réseaux mobiles virtuels peuvent aussi contribuer au développement de la concurrence dans le secteur mobile, qui souffre de la rareté des ressources en fréquences. Il s'agit d'opérateurs qui utilisent les fréquences d'autres opérateurs sans en être propriétaires ni en gérer l'exploitation. Pour cela, ils doivent disposer d'un accès, mais la loi actuelle sur les télécommunications concernant l'obligation de fournir un accès ne s'applique qu'aux opérateurs qui sont en position dominante. Or, RegTP n'en a identifié aucun. Malgré tout, on compte en Allemagne 10 fournisseurs de services ne disposant pas de leur propre réseau qui font concurrence aux opérateurs de réseaux sur le marché de détail, où leur part s'élève à 27 %.

### **Numérotation et portabilité du numéro : l'itinérance suscite des interrogations auxquelles il faut répondre**

RegTP est responsable des fonctions de numérotation. La portabilité des numéros fixes a été introduite en janvier 1998. Elle est actuellement gratuite pour le client (mais une redevance fondée sur les coûts et soumise à une réglementation *ex ante* pourrait être introduite). La portabilité des numéros mobiles a été introduite en novembre 2002 (la réglementation actuelle n'impose pas la portabilité des numéros entre les réseaux de deuxième et troisième générations – GSM et UMTS).

L'itinérance a fait l'objet d'enquêtes du BKartA et de la Commission européenne. Le BKartA était inquiet des effets qu'un accord entre deux des opérateurs mobiles pourrait avoir sur la concurrence, mais il a autorisé l'application de cet accord jusqu'à la fin de 2003, craignant que l'un des opérateurs ne soit, autrement, forcé de quitter le marché (déjà très concentré avec seulement quatre opérateurs). La Commission européenne a constaté dans les pratiques tarifaires, notamment au Royaume-Uni et en Allemagne, de sérieux motifs de préoccupation en ce qui concerne la concurrence, qui pourraient justifier des amendes substantielles. Par exemple, les opérateurs allemands ont peut-être fixé de façon illégale les prix de gros qu'ils facturent aux autres opérateurs.

La législation européenne exige des autorités nationales qu'elles déterminent si les marchés de gros de l'itinérance sont concurrentiels et, dans la négative, qu'elles mettent en place une réglementation. RegTP commence son évaluation plus tard que les régulateurs de nombreux autres pays membres de l'UE, ce qui encore une fois dénote davantage une attitude réticente qu'une volonté de se conformer rapidement aux directives de l'UE, et témoigne d'une position équivoque à l'égard d'un renforcement de la concurrence dans le secteur du mobile.

### **Sélection et présélection de l'opérateur : l'Allemagne à la queue des pays de l'UE pour le marché local**

La sélection (appel par appel) et la présélection de l'opérateur sont disponibles sur le réseau fixe pour les appels interurbains, internationaux et vers les réseaux mobiles, mais l'échéance pour leur mise en œuvre pour les appels locaux, qui avait été fixée à janvier 2000, n'a pas été respectée. Selon l'UE, l'Allemagne était, début 2003, le seul pays dans cette situation. La législation pour y remédier a été adoptée par le Parlement, mais RegTP en a reporté l'introduction, acceptant l'argument de DTAG selon lequel des problèmes techniques faisaient obstacle à une introduction rapide. La sélection et la présélection de l'opérateur sur le marché des communications locales ont finalement été mises en œuvre le 25 avril 2003 pour la sélection appel par appel, et le 9 juillet 2003 pour la présélection. Le grand nombre de demandes reçues après le 9 juillet a entraîné une accumulation de retards, que DTAG a toutefois pu rattraper en redéployant, sur ordre de RegTP, son personnel des agences de services spécialisés, qui a procédé au transfert d'environ un million de lignes entre le 9 juillet et le 31 août 2003. RegTP n'a actuellement plus de plainte de concurrents à traiter.

RegTP n'a à ce jour été saisi d'aucune plainte officielle concernant une campagne de reconquête du marché, mais les vigoureuses campagnes menées par les opérateurs historiques pour reconquérir leur clientèle ont posé un problème dans certains États membres, et une importante mesure à prendre *ex ante* serait d'imposer à DTAG des conditions l'empêchant de recourir à ce genre de pratique.

### **Droits de passage : la législation destinée à faciliter l'accès des nouveaux entrants est en vigueur**

La loi sur les télécommunications pose les principes du partage des installations et de l'accès aux terrains privés. Si un nouvel opérateur souhaitant installer une nouvelle ligne se heurte à des difficultés insurmontables ou à des coûts disproportionnés, l'opérateur d'une ligne existante qui utilise des droits de passage public peut être obligé de permettre, sous certaines conditions, l'utilisation conjointe de ses propres installations par le nouvel opérateur.

### **Service universel : l'Allemagne fait confiance au marché, sur lequel DTAG est le prestataire de facto**

Selon la Constitution allemande, le gouvernement fédéral doit veiller à ce que la fourniture des services de télécommunications soit suffisante et couvre l'ensemble du territoire. La loi actuelle sur les télécommunications définit les services universels comme un ensemble de services de télécommunications destinés au public pour lesquels des niveaux de qualité ont été définis et auxquels tout utilisateur doit avoir accès, à partir de son lieu de résidence ou de travail. Les modalités de fourniture de ces services sont fixées par règlement. Si le service universel ne peut être fourni qu'à perte, RegTP peut lancer des appels d'offres pour sa fourniture, dont le coût doit être compensé par tous les opérateurs dont la part du marché concerné est d'au moins 4 %. Si aucune entreprise ne manifeste un intérêt, RegTP peut obliger le détenteur de licence dominant de la région concernée à fournir ce service (ce qui ne s'est pas encore produit). DTAG est le fournisseur de service universel de facto. Le gouvernement prévoit que le marché continuera à permettre la prestation de services universels suffisants.

La législation de l'UE exige que l'on examine dans quelle mesure les objectifs de service universel ont été atteints et le seront à l'avenir. Cela n'a pas été fait en Allemagne. La mise en place du nouveau cadre réglementaire de l'UE (dont le service universel constitue l'un des quatre grands piliers) constitue une excellente occasion pour RegTP d'examiner les objectifs et les réalisations de l'Allemagne en matière de service universel et d'en rendre compte.

Le déploiement des services haut débit dans les régions les moins favorisées est un enjeu important (pas seulement pour l'Allemagne), dans la mesure où il n'est pas toujours rentable de les déployer dans des régions qui sont, par exemple, peu peuplées. Toutefois, contrairement à un nombre croissant de pays de l'OCDE, l'Allemagne n'a pas procédé à une évaluation systématique de cette question.

### **Qualité du service : pas assez de pression sur les acteurs du marché et une information insuffisante pour les consommateurs**

Deux règlements définissent les missions de RegTP en ce qui concerne la qualité du service. Cependant, il ne s'agit pas d'un système « actif », dans la mesure où l'on s'en remet au libre jeu du marché, sans fixer d'objectifs et, par conséquent, sans prévoir de sanctions, contrairement à ce qu'ont fait d'autres pays de l'OCDE (par exemple l'Australie, le Royaume Uni et les États-Unis). Les fournisseurs de services et les opérateurs doivent présenter à RegTP des informations que le régulateur publie dans son bulletin officiel. Ces dispositions ne suffisent pas à assurer une circulation efficace de l'information vers les consommateurs.

### **Défense des consommateurs : il conviendrait d'adopter une attitude plus volontariste à l'égard des intérêts des consommateurs**

Un règlement définit les droits et obligations dans les relations entre les fournisseurs de services de télécommunications et leurs clients. RegTP offre un service de conciliation, mais ne prend pas de décisions. Le gouvernement estime que les conflits (qu'ils concernent des plaintes de professionnels ou de consommateurs) doivent se résoudre de façon bilatérale entre les parties, les tribunaux devant être saisis de l'affaire en dernier ressort seulement. Les motifs des principales plaintes déposées auprès de RegTP en 2002 étaient (en ordre d'importance) le marketing direct non sollicité, la facturation, la numérotation et les redevances. Il existe des règles destinées à assurer une facturation claire (par exemple, les redevances des autres

fournisseurs doivent être énumérées séparément), mais d'autres améliorations sont encore possibles. Cependant, les dispositions concernant les consommateurs sont dans l'ensemble relativement faibles si on les compare aux pratiques exemplaires constatées ailleurs, et elles doivent être renforcées. Un code de conduite du secteur pourrait, par exemple, traiter des dédommagements ainsi que des délais de traitement des plaintes. RegTP pourrait également encourager le développement de groupes d'utilisateurs pour représenter les petits consommateurs, suivant en cela l'exemple d'autres pays de l'OCDE. Le régulateur ne publie pas, non plus, autant d'informations que ses homologues d'autres pays de l'OCDE et devrait définir des objectifs de performance (voir ci-dessus) pour permettre aux consommateurs de faire des comparaisons.

### **Le développement du haut débit et du câble est un motif de préoccupation**

Il est admis que le haut débit revêt une grande importance pour le développement des communications. En Allemagne, c'est un motif de préoccupation (encadré 6.4). L'adoption des services haut débit y est assez décevante. Ces services sont concentrés sur les lignes DSL de DTAG, lequel domine la fourniture de services Internet. Les services haut débit câblés de substitution occupent à ce jour une place limitée.

#### **Encadré 6.4. Importance et développement du haut débit et du câble dans les pays de l'OCDE et en Allemagne**

Les gouvernements de tous les pays du monde reconnaissent que la large disponibilité et l'adoption des services à large bande (et notamment de l'accès haut débit à l'Internet) jouent un rôle clé dans la croissance économique. Un certain nombre de plates-formes technologiques permettent d'offrir des services haut débit :

- la ligne numérique d'abonné, qui repose sur l'utilisation des fils de cuivre existants (DSL) ;
- les réseaux de télévision par câble coaxial ;
- l'accès par satellite ;
- l'accès sans fil fixe (FWA) ou la boucle locale sans fil (WLL) ;
- l'accès mobile utilisant des fréquences plus élevées (3 G/UMTS) ;
- les réseaux optiques de type « fibre jusqu'au domicile » (FTTH) ;
- le réseau électrique.

La plate-forme large bande la plus importante est actuellement le DSL, dont le gouvernement a encouragé l'adoption. DTAG est de loin le plus important fournisseur de services DSL, avec 3.7 millions de lignes installées à la mi-2003, contre 250 000 pour les nouveaux entrants. Plus de 90 % des lignes d'accès avaient été mises à niveau pour le DSL à la fin de juin 2002, mais seuls 10 % des foyers étaient abonnés à ce service à la fin de 2001 (bien qu'on prévoie une progression).

Par rapport à d'autres pays de l'OCDE, les autres technologies large bande n'occupent pas, en Allemagne, une place importante. À cet égard, le rôle négligeable du câble est très préoccupant. En effet, 68 % des foyers sont raccordés au réseau câblé, mais environ 0.4 % seulement avaient accès à des services haut débit câblés à la mi-2002. Les réseaux câblés constituent une plate-forme large bande importante aux États-Unis et dans certains pays européens, notamment au Royaume Uni et aux Pays-Bas.

#### Encadré 6.4. **Importance et développement du haut débit et du câble dans les pays de l'OCDE et en Allemagne (suite)**

Par rapport aux autres pays de l'OCDE, la performance de l'Allemagne en ce qui concerne les services haut débit est médiocre, surtout compte tenu de sa taille. L'Allemagne se classe en effet 14<sup>e</sup> pour le nombre d'abonnés rapporté à la population, soit légèrement devant la France et le Royaume Uni, mais derrière la Corée et le Canada (qui occupent les deux premiers rangs), les États-Unis et le Japon, ainsi qu'un grand nombre de pays européens plus petits. DTAG détient environ 92 % du marché global du haut débit (bien que la pénétration des concurrents puisse être plus forte dans certaines régions).

Le problème tient en partie à la piètre performance du câble, et cela pour plusieurs raisons. Singulièrement, l'Allemagne a opéré une séparation entre la licence et la propriété entre ce que l'on appelle le niveau 3 (réseau de câblodistribution jusqu'au point de raccordement) et le niveau 4 (réseau de distribution domestique), ce qui a inhibé l'investissement et le développement dans le secteur du câble. Par ailleurs, DTAG, qui était encore récemment propriétaire de la plus grande partie des réseaux câblés, n'avait probablement guère intérêt à développer cette plate-forme, qui aurait « cannibalisé » les recettes provenant de son service de télécommunications fixes. De façon plus générale, le climat peu propice à l'investissement dans le domaine technologique a peut-être aggravé le ralentissement de l'investissement dans le secteur câblé en Allemagne.

La législation de l'UE impose aux opérateurs dominants la séparation structurelle de leurs activités dans le secteur des télécommunications et dans celui du câble à large bande. Avec un retard considérable, DTAG s'est finalement départi de tous ses réseaux câblés, ce qui a levé un important obstacle à la mise à niveau du réseau. Le gouvernement a fait savoir qu'il souhaitait faire du câble une infrastructure de télécommunications alternative, notamment pour l'accès Internet haut débit. Il a à cette fin lancé un examen des obstacles au développement du câble.

#### **Réglementation et tribunaux : les délais et blocages des décisions réglementaires constituent un sérieux problème**

L'un des problèmes les plus importants que soulève le dispositif réglementaire allemand est le délai d'application des décisions réglementaires. Bien que la loi stipule que les décisions de RegTP sont applicables en cas de recours, DTAG peut saisir les tribunaux pour obtenir que le recours ait un effet suspensif, et il l'a fait avec succès. En pratique, RegTP s'abstient d'appliquer une décision tant que les tribunaux ne se sont pas prononcés. De nombreuses décisions ont fait l'objet d'un contentieux qui a duré plusieurs mois, voire des années, à mesure qu'on passait à un degré de juridiction supérieur (première instance, appel, cassation). Il a ainsi fallu deux ans pour que puisse être appliquée la décision relative au partage de lignes (voir encadré 6.5). Environ 210 affaires sont actuellement en cours. Les règles allemandes relatives à la confidentialité occasionnent des retards supplémentaires, car elles empêchent parfois RegTP de produire devant les tribunaux des données clés à l'appui de ses décisions. On a tenté de résoudre ce problème, mais les mesures prises semblent insuffisantes.

RegTP a souvent eu gain de cause, mais a aussi perdu dans des affaires concernant des questions importantes (tableau 6.1).

RegTP peut également être lent à agir et laisser certaines questions se régler en justice entre DATG et ses concurrents. Tel a été le cas pour la revente des services de réseau d'abonnés de DTAG à d'autres opérateurs (encadré 6.6).

Encadré 6.5. **Application de la décision relative au partage de lignes**

**Octobre 2000** : QS Communications présente une demande auprès de RegTP.

**Janvier 2001** : L'UE impose à l'Allemagne l'obligation d'offrir le partage de lignes.

**Mars 2001** : RegTP ordonne à DTAG d'offrir le partage de lignes sous deux mois. DTAG conteste la décision devant les tribunaux, mais est débouté à deux reprises (par le tribunal de Cologne le 22 juin 2001 et par celui de Münster le 23 août 2001).

**Mai 2001** : RegTP oblige DTAG à offrir le partage de lignes. DTAG refuse.

**Juillet 2001** : Référé devant le Tribunal administratif régional de Cologne, qui fait obligation à DTAG d'offrir le partage de lignes. DTAG fait appel.

**août 2001** : Le Tribunal administratif supérieur de Münster oblige DTAG à offrir le partage de lignes.

**Mars 2002** : RegTP approuve les tarifs du partage de lignes.

**Tableau 6.1. Quelques décisions importantes rendues par RegTP qui n'ont pas encore été exécutées en raison des recours introduits par DTAG devant les tribunaux**

Décision de RegTP	Date de la décision de RegTP	Action de DTAG et résultat	Mise en œuvre ?
Obligation faite à DTAG de fournir un accès en gros forfaitaire à l'Internet (FRIACO)	11 juin 2002	DTAG conteste la décision de RegTP devant le Tribunal administratif de Cologne et obtient gain de cause. Jugement confirmé en février 2003 par le Tribunal administratif supérieur de Münster.	Non (au 22 avril 2003).
Délais de fourniture obligatoires pour les lignes louées et pénalités automatiques pour retard dans la livraison des boucles locales.	Mars et mai 2002	DTAG saisit le Tribunal administratif de Cologne, qui suspend le 12 novembre 2002 la décision de RegTP.	Non (au 22 avril 2003).
RegTP décide que les tarifs TDN et T-VPN doivent être remplacés par des tarifs autorisés.	15 octobre 2001	Le 13 décembre 2001, le Tribunal administratif de Cologne suspend l'application de la décision. Ce jugement est confirmé par le Tribunal administratif supérieur de Münster le 13 mars 2002, ce qui laisse les utilisateurs professionnels dans l'incertitude au sujet des termes de leurs contrats.	Non (au 22 avril 2003).
Examen <i>ex post</i> des tarifs de DTAG pour les services de communications des « groupes fermés d'usagers » (tels TDN ou T-VPN).	9-10 décembre 2002	Le 13 décembre 2001, le Tribunal administratif de Cologne suspend l'exécution de ces décisions ; cette suspension est confirmée en septembre 2003 par le Tribunal administratif supérieur de Münster.	
Le 17 avril 2002 – en réponse à la directive de l'UE relative à la numérotation qui impose la présélection pour janvier 2000 – le Parlement fédéral allemand adopte une législation qui introduit à compter du 1 <sup>er</sup> décembre 2002 la présélection et la sélection appel par appel sur les réseaux locaux.	Législation adoptée en avril 2002	DTAG introduit un recours. Le 24 février 2003, RegTP annonce que pour « des raisons techniques », la sélection appel par appel ne sera obligatoire pour les réseaux locaux qu'à compter du 25 avril 2003, et la présélection à compter du 9 juillet 2003.	Oui, depuis le 25 avril et le 9 juillet 2003.

Source : OCDE.

### Encadré 6.6. Revente : l'affaire DTAG Debitel

En mars 2001, RegTP a imposé à DTAG de présenter à l'opérateur Debitel une offre pour la revente des services de réseau d'abonnés (lignes d'abonnés, appels locaux et appels urbains). DTAG a saisi le Tribunal administratif de Cologne en vue d'obtenir une injonction provisoire suspendant l'exécution de cette ordonnance. Le tribunal a rejeté la demande d'injonction de DTAG et a vu sa décision confirmée par le Tribunal administratif supérieur de Münster en octobre 2001. En février 2002, le Tribunal administratif supérieur de Münster a débouté DTAG et obligé l'opérateur à faire des offres de revente à deux sociétés – Riodata et Tele2 –, ainsi qu'aux autres opérateurs qui en feraient la demande. Néanmoins, en novembre 2002, Debitel a annoncé qu'il avait décidé d'abandonner les négociations avec DTAG en expliquant que les positions des deux opérateurs étaient trop éloignées. RegTP a révélé avoir laissé à Debitel et DTAG le soin de parvenir à un accord par eux-mêmes, et renoncé à fixer une tarification ou tout autre objectif afin de donner le maximum de marge de négociation aux parties\*.

\* « Clear direction for the telecoms market », communiqué de presse de RegTP, Bonn, 30 mars 2001.

## Performances

### Les performances varient de raisonnables à bonnes

La réforme de la réglementation devrait avoir des effets favorables. S'agissant des télécommunications, les retombées de cette réforme peuvent être évaluées sur plusieurs plans : développement du réseau, concurrence, prix, augmentation des recettes, qualité du service, productivité, retombées bénéfiques pour la collectivité et l'économie, et développement de l'Internet. Ces différents aspects sont passés en revue ci-après.

*Croissance et modernisation du réseau.* Les chiffres sont à cet égard impressionnants. DTAG a fait des investissements considérables dans ses réseaux de télécommunications depuis 1990, notamment dans le déploiement d'un nouveau réseau en Allemagne orientale après la réunification (encadré 6.7).

### Encadré 6.7. La modernisation de l'infrastructure de télécommunications en Allemagne orientale

DTAG a déployé des efforts considérables pour étendre et moderniser l'infrastructure de télécommunications sur le territoire de l'ex-Allemagne de l'Est, où les installations étaient obsolètes. En 1989, le nombre de lignes dédiées au trafic est-ouest, qui n'était que d'une centaine environ en 1989, soit un an avant la réunification, a ainsi été porté à plus de 30 000 à la fin de 1991. Entre 1990 et 1997, DTAG a mis en œuvre son programme de développement intitulé « Telekom 2000 », pour construire progressivement en Allemagne orientale un réseau de base complètement numérisé, mettre à niveau tout le réseau local, introduire les services mobiles et fournir aux *Länder* d'Allemagne orientale une couverture de radiodiffusion égale à celle de l'Allemagne occidentale. Durant cette période, DTAG a investi 25,5 milliards d'euros et posé 120 000 km de fibre optique ainsi que 276 000 km de fil de cuivre. La numérisation et l'utilisation de la fibre optique font du réseau de télécommunications de l'Allemagne orientale l'un des plus modernes du monde. Pendant les trois premières années du programme « Telekom 2000 », DTAG comptait à elle seule pour environ 10 % du total des investissements consacrés à l'économie de l'Allemagne orientale.

En 1994, le déploiement du service mobile (réseaux C et D1) était pratiquement achevé. Une large gamme de services mobiles et de données était disponible dans tout le pays et 4,6 millions de foyers supplémentaires avaient été raccordés à des réseaux modernes de télévision par câble.

Le réseau fixe de DTAG est à la pointe de la technologie et environ 90 % des lignes ont été mises à niveau pour le DSL. Les dépenses d'infrastructure de DTAG ont augmenté fortement à la fin des années 90, mais ont diminué depuis. Les investissements des concurrents sont faibles mais en augmentation. Globalement, on estime les investissements effectués depuis la libéralisation à plus de 20 milliards d'euros.

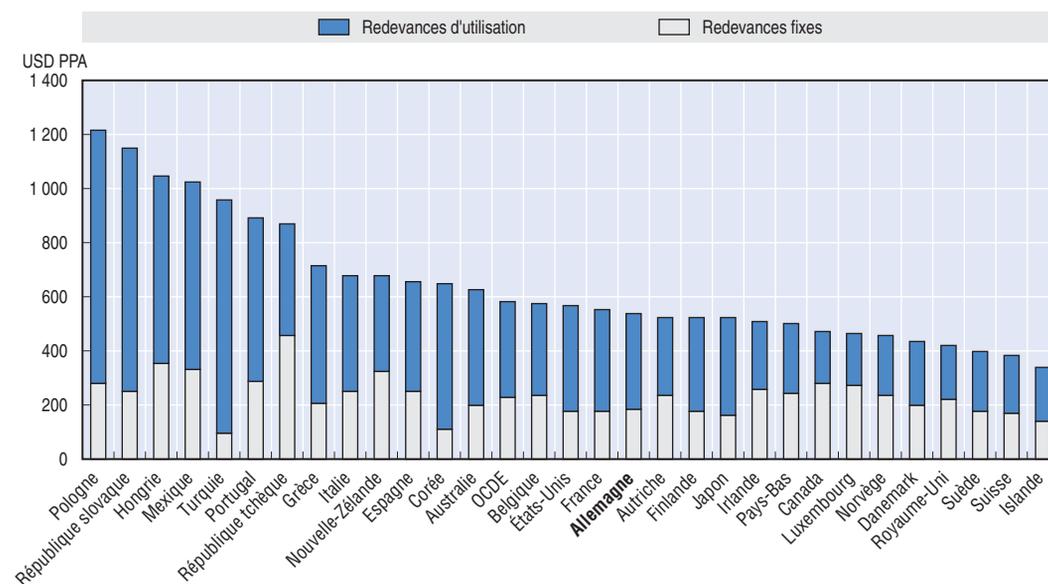
On a estimé que la construction de l'infrastructure UMTS pourrait coûter de 20 à 30 milliards d'euros, mais le programme d'investissement à cet égard est aujourd'hui incertain.

*Concurrence.* La concurrence s'est vigoureusement développée dans la fourniture des services interurbains et internationaux. En 2001, la part détenue par DTAG sur le marché interurbain national était tombée à 60 %, mais les concurrents ne possédaient que 4.4 % des lignes en 2002 (DTAG fournissant environ 96.6 % des lignes DSL). Cela dit, la concurrence a été beaucoup plus dynamique sur certains réseaux locaux. RegTP estime que les résidents d'environ 47 % des 188 villes allemandes de plus de 50 000 habitants ont la possibilité de quitter DTAG pour choisir parmi 64 « opérateurs métropolitains » (services publics locaux, banques, et autres, qui étaient déjà actifs dans ce secteur). Ces opérateurs offrent un large éventail de services, depuis la téléphonie publique jusqu'à l'accès Internet, et certains offrent même des services « d'opérateur à opérateur », par exemple pour la fibre non utilisée.

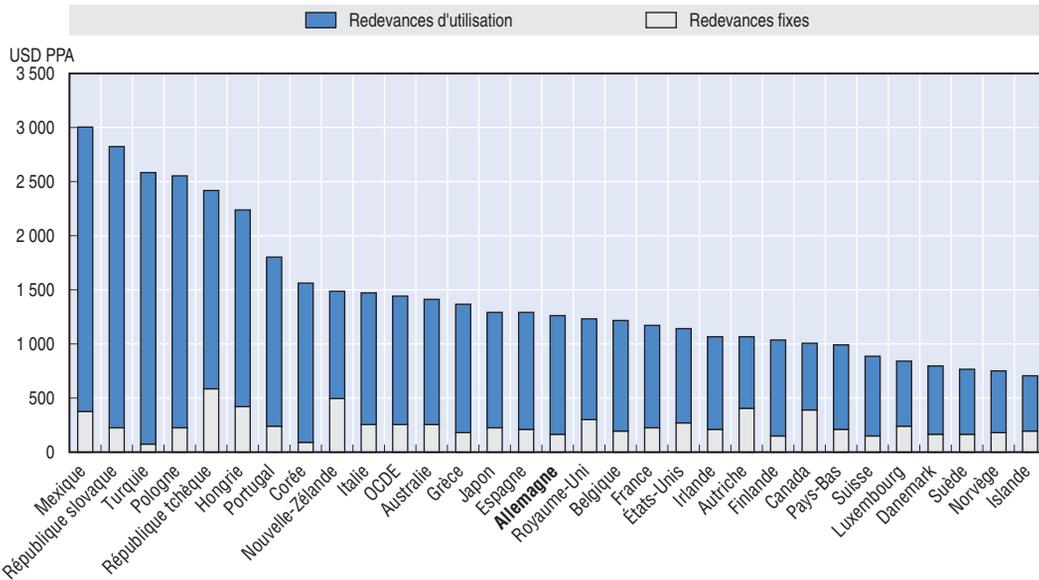
*Prix.* Les prix des appels internationaux ont considérablement baissé depuis la libéralisation, la baisse atteignant parfois 95 %. Les appels interurbains nationaux sont également beaucoup moins chers et certains appels en semaine ne coûtent qu'environ 7 % de ce qu'ils coûtaient auparavant. Les prix d'un panier de services de télécommunications résidentiels se situent dans la moyenne de l'OCDE (graphique 6.1), et la situation est la même pour les services professionnels (graphique 6.2).

Les tarifs des services mobiles se situent également dans la moyenne des pays de l'OCDE. Cependant, ceux qui sont offerts aux faibles utilisateurs sont relativement élevés.

Graphique 6.1. **Panier OCDE composite de tarifs téléphoniques, abonnés résidentiels (TVA comprise), août 2002**



Source : OCDE.

Graphique 6.2. **Panier OCDE composite de tarifs téléphoniques, abonnés professionnels (hors TVA), août 2002**

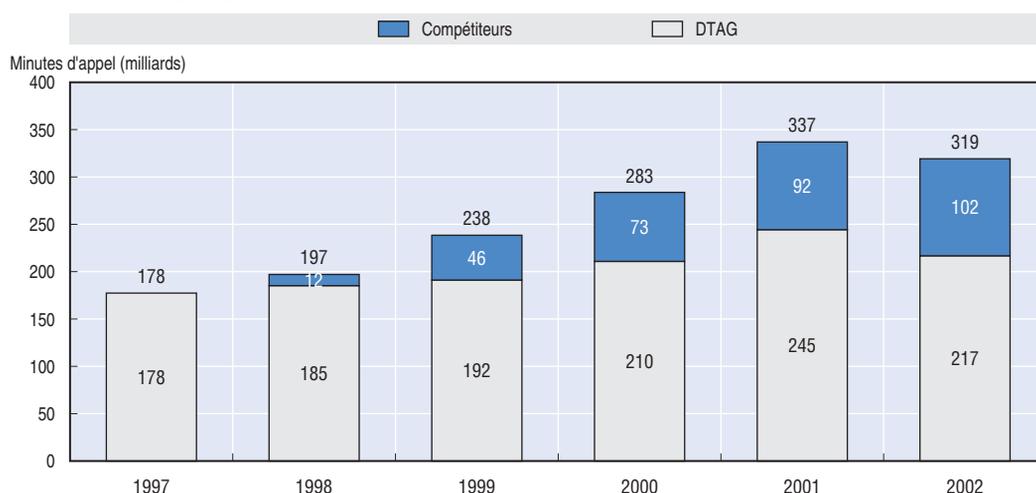
Source : OCDE.

Les tarifs du service mobile ont baissé de 60 % depuis 1995, ce qui à la fois découle d'un accroissement de la demande et y contribue. De plus en plus, les mobiles font concurrence aux services de téléphonie fixe traditionnelle de DTAG, surtout pour les appels locaux.

*Recettes.* Les recettes totales ont fortement progressé entre 1998 et 2002, mais avec d'importantes variations selon les catégories. Les recettes provenant de la fourniture d'accès et des appels ont décliné, tandis que celles tirées des redevances d'interconnexion et de la téléphonie mobile ont connu une forte augmentation. Les recettes internationales nettes de DTAG ont augmenté sensiblement après la libéralisation, mais le bénéfice net de l'opérateur a fortement chuté (avec notamment une lourde perte nette en 2002). Les recettes de la téléphonie vocale sur réseau fixe traditionnel ont diminué depuis l'ouverture des marchés, en partie en raison de la concurrence sur le marché de la téléphonie vocale interurbaine, mais également de la progression de la téléphonie mobile. La part de marché des nouveaux entrants sur le réseau fixe continue d'augmenter, bien que celle de DTAG demeure supérieure à 50 % (graphique 6.3). La concurrence (voir ci-dessus) a conduit à une baisse marquée des tarifs. Les recettes des opérateurs de services mobiles ont augmenté avec le développement de nouveaux services.

DTAG est confronté à un grave problème d'endettement (voir tableau 6.2). La tendance à la baisse a été inversée en 1999, dans une large mesure en raison de l'achat coûteux de licences UMTS, mais également d'acquisitions. Depuis, DTAG n'a pas ménagé ses efforts pour alléger sa dette en cédant des actifs et en réduisant ses coûts, non sans obtenir certains résultats. Il convient de souligner que le problème d'endettement de DTAG est davantage imputable aux investissements de l'opérateur qu'à la libéralisation, puisque ses recettes nettes ont sensiblement augmenté à la suite de la libéralisation.

*Qualité du service.* La qualité du service s'est sensiblement améliorée, notamment grâce aux progrès de la technologie, mais également sous l'effet des pressions de la concurrence. Ainsi que cela a déjà été noté, l'information destinée aux consommateurs pourrait être améliorée.

Graphique 6.3. **Minutes d'appel sur le réseau fixe, 1997-2002**

Note : Les chiffres pour 2002 sont provisoires.

Source : *Rapport annuel 2002* de RegTP, disponible sur [www.regtp.de](http://www.regtp.de).

Tableau 6.2. **Évolution de la dette de DTAG (en milliards d'euros)**

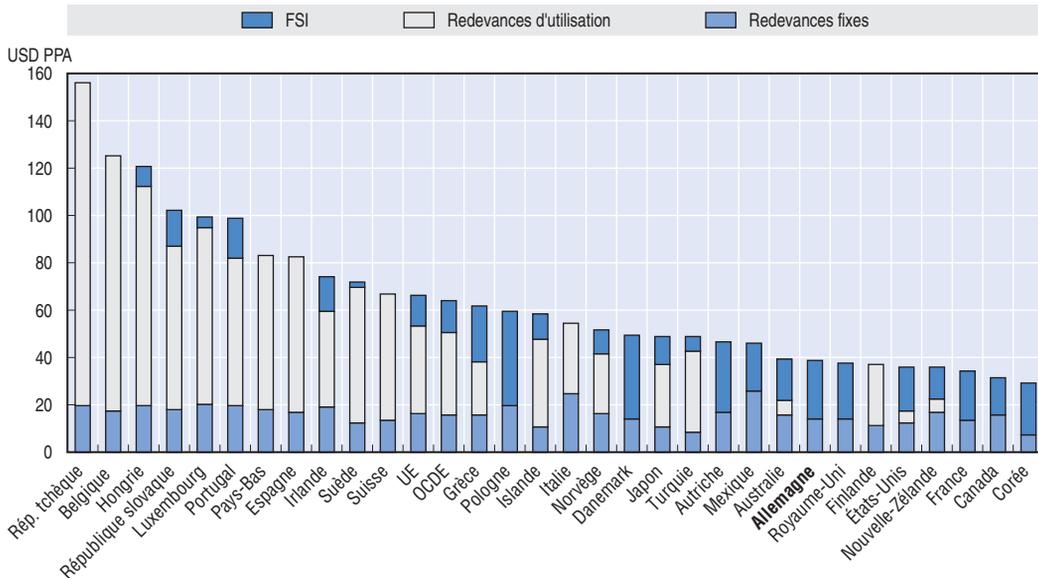
1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
51.1	44.9	39.9	42.3	60.4	67.0	63.0

Source : Deutsche Telekom, *Rapport annuel 2002*.

**Productivité.** Comme ailleurs, la productivité du travail a augmenté, du fait du développement rapide du réseau, conjugué à une croissance plus lente de l'effectif. Le nombre de lignes d'accès rapporté à l'effectif a augmenté de façon plus ou moins régulière à compter de 1992. Le chiffre d'affaires a également progressé globalement depuis le début des années 90. RegTP devrait imposer à DTAG de publier des estimations de sa productivité afin d'aider à établir le plafond des tarifs. RegTP devrait aussi développer ses propres travaux sur la productivité.

**Avantages pour l'économie et la collectivité.** La situation de l'Allemagne est *grosso modo* comparable à celle des autres pays. Les secteurs des télécommunications et des services postaux y revêtent une grande importance pour l'économie. Ils représentent en effet 1.9 % de la valeur brute de la production et 2.4 % de la valeur ajoutée brute de l'ensemble de l'économie, dont une bonne part revient aux télécommunications. De plus, un secteur des télécommunications efficace et de bonne qualité aura des effets d'entraînement sur la compétitivité et les performances économiques, dont les consommateurs bénéficieront, surtout sous la forme de fortes baisses des tarifs interurbains et internationaux. L'accélération du développement du réseau a créé des emplois, avec des effets multiplicateurs dans d'autres industries. Globalement, l'emploi (chez DTAG et ses concurrents) a été légèrement plus important en 2002 qu'en 1998, mais les opérateurs procèdent actuellement à des compressions massives de leurs effectifs.

**Évolutions dans le domaine de l'Internet.** L'Allemagne est l'un des pays qui compte le plus d'internautes, et ceux-ci sont de plus en plus nombreux. Les consommateurs allemands disposent d'un large choix de tarifs et de forfaits d'accès. Les tarifs d'accès résidentiels sont relativement bas. Le prix d'un panier de 40 heures d'accès Internet pendant la journée était le huitième plus faible de la zone OCDE en 2002 (graphique 6.4). Les services haut

Graphique 6.4. **Panier OCDE pour 40 heures d'utilisation de l'Internet dans la journée**

Source : OCDE.

débit (voir encadré 6.7 ci-dessus) sont essentiellement assurés au moyen de lignes DSL. Environ 10 % des foyers y ont souscrit à ce jour.

## Conclusion

De nombreux pays de l'OCDE ont fait l'expérience d'une réforme efficace de la réglementation du secteur des télécommunications en faveur de la concurrence et constaté qu'elle pouvait grandement contribuer à la croissance et à l'innovation dans l'ensemble de l'économie. L'Allemagne s'est bien engagée sur cette voie, en insistant sur l'importance du développement de la concurrence. Aujourd'hui, elle dispose d'une infrastructure de télécommunications de grande qualité, à la pointe de la technologie, avec des taux de pénétration élevés, qu'il s'agisse du réseau fixe ou du sans fil. L'accès haut débit y est largement disponible par ligne DSL. L'entrée sur le marché est relativement facile et les opérateurs locaux livrent une concurrence efficace à l'opérateur historique dans de nombreuses villes allemandes. Des ressources suffisantes ont été mobilisées pour la réglementation et l'autorité de la concurrence surveille le marché en étroite collaboration avec le régulateur.

Toutefois, cinq ans après l'entière libéralisation, réalisée en 1998, le cadre réglementaire demande à être attentivement réexaminé. Est-il réellement capable de soutenir une concurrence durable ? L'opérateur historique, DTAG, est en train de reconquérir des parts de marché perdues sur certains segments comme l'international, consolidant son avance dans d'importants nouveaux marchés tels que les services haut débit (au moyen du DSL). Il a en fait freiné le développement des services haut débit câblés et a contesté avec succès les décisions du régulateur sur des aspects clés comme la tarification et la fourniture de lignes louées. DTAG est souvent accusé de pratiques anticoncurrentielles. La révision actuelle de la loi sur les télécommunications vient à point nommé. Cependant, l'Allemagne devrait renforcer sa réglementation *ex ante* dans de

nombreux secteurs, de façon à pouvoir remédier efficacement aux insuffisances constatées sur le plan de la concurrence ces dernières années.

L'incapacité à formuler et à appliquer promptement des règles efficaces pour la concurrence constitue la principale faiblesse du régime actuel. Le régulateur a souvent montré une certaine réticence à agir sur plusieurs dossiers. Ainsi, les raisons invoquées par RegTP pour ne pas intervenir dans celui des redevances de terminaison fixes-mobiles et dans la tarification des services haut débit DSL de DTAG sont difficilement recevables. La mise en œuvre du droit de l'UE a également été souvent lente et hésitante. Ces éléments font planer des doutes sur l'indépendance du régulateur à l'égard des pressions du gouvernement, doutes qui pourraient être dissipés par une privatisation totale de DTAG. Toutefois, le problème qui se pose le plus souvent est celui des délais liés à la contestation systématique des décisions du régulateur par DTAG devant les tribunaux. L'application de pratiquement toutes les décisions réglementaires s'est en effet enlisée dans un contentieux interminable. Et l'imprécision que laisse subsister la loi actuelle sur les télécommunications quant aux pouvoirs du régulateur n'améliore pas les choses. Ce problème appelle une attention urgente.

## Options de politique à envisager

### **1. La nouvelle loi sur les télécommunications devrait spécifier clairement les pouvoirs réglementaires conférés à RegTP et lever les ambiguïtés de la loi actuelle.**

La loi révisée devrait définir clairement les pouvoirs conférés au régulateur et lever les ambiguïtés du texte actuel. Elle devrait notamment autoriser RegTP à infliger des pénalités suffisamment sévères à DTAG lorsque celui-ci abusera de sa position dominante. La nouvelle loi devra aussi clairement restreindre/interdire, comme toute conduite discriminatoire, les pratiques visant à gêner les nouveaux entrants. (Cette disposition figure heureusement dans le nouveau projet de loi, et devrait y être maintenue). Lorsque RegTP est habilité à intervenir, les tribunaux ne devraient pas avoir à annuler ses décisions en raison d'ambiguïtés de la loi.

### **2. Alléger et raccourcir la longue procédure de recours.**

Il est important que les différends et les incertitudes que suscite un marché en évolution rapide comme celui des communications soient résolus rapidement. Le dispositif réglementaire doit comprendre des mesures de nature à dissuader DTAG de recourir à des manœuvres dilatoires excessives, notamment en usant des voies de recours. Il importe qu'un contrôle judiciaire puisse être exercé sur les décisions de l'autorité réglementaire, mais cette possibilité ne devrait pas devenir un moyen courant de suspendre ou retarder l'application des décisions réglementaires. Les recours introduits par DTAG ont engendré un arriéré de centaines de procédures à l'encontre des décisions de RegTP. Il est essentiel que le régulateur dispose, de par son mandat, du pouvoir de faire appliquer ses décisions et que les tribunaux aient le pouvoir de se prononcer rapidement.

Un certain nombre de mesures pourraient être envisagées en Allemagne. L'accroissement de l'effectif des tribunaux permettrait de traiter les affaires plus rapidement. On pourrait également songer à modifier le système et décider que les affaires de télécommunications soient entendues non plus par les tribunaux administratifs, mais par des tribunaux civils, lesquels sont compétents pour les recours contre les décisions de l'autorité de la concurrence. Le nombre de degrés de recours pourrait être ainsi réduit.

Des mesures visant à raccourcir et à alléger les procédures de recours devant les tribunaux figurent dans le projet modifiant la loi sur les télécommunications.

**3. Procéder dès que possible à la privatisation totale de DTAG dans des conditions transparentes et non discriminatoires (ou tout au moins rendre public un calendrier ferme en ce sens).**

Les questions soulevées quant à l'indépendance du régulateur peuvent créer un climat d'incertitude pour les investisseurs, qui ne se dissipera définitivement que si les décisions du régulateur sont prises en toute indépendance vis-à-vis du gouvernement et notamment du ministère de l'Économie et du Travail. La privatisation totale de DTAG contribuerait à lever ce climat d'incertitude.

**4. Réexamen du rôle du Beirat en vue de sa suppression.**

L'existence du Beirat – composé uniquement de politiciens – au sein de la structure institutionnelle de RegTP est susceptible, même si certains soutiennent le contraire, d'alimenter les doutes qui planent sur l'indépendance de RegTP à l'égard des pressions politiques. Il n'est pas évident qu'une entité consultative de ce type, composée de politiciens, soit nécessaire à une autorité réglementaire. Et dans l'affirmative, une telle entité devrait être plus largement représentative, en particulier des intérêts des consommateurs.

**5. Assurer la fourniture à bref délai de circuits loués à des prix de gros fondés sur les coûts et faire obligation à DTAG de souscrire à un accord de référence avec les concurrents.**

Les nouveaux entrants devraient pouvoir obtenir rapidement des circuits loués à des prix de gros fondés sur les coûts, ce qui contribuera à assurer l'accès effectif aux marchés locaux et facilitera le développement de la concurrence locale. RegTP devrait poursuivre ses efforts en vue de faire inclure dans les contrats de fourniture de lignes louées et de dégroupage de la boucle locale des astreintes dissuasives pour réduire les retards. La nouvelle loi sur les télécommunications devrait inclure une disposition permettant à RegTP d'infliger aux opérateurs de télécommunications des amendes suffisamment lourdes pour être dissuasives. RegTP devrait tout au moins obliger DTAG à publier des données sur ses tarifs et ses performances concernant les lignes louées, et notamment sur les différences entre la mise à disposition de ces lignes aux fins de ses propres activités de détail et leur livraison à ses concurrents. Dans ce contexte, il faudrait que le RegTP ait le droit de recueillir et de publier les données qu'il juge d'intérêt public et qui contribueraient à améliorer la concurrence.

**6. Veiller à ce que les tarifs soit rééquilibrés dès que possible et fixer un calendrier transparent et ferme pour atteindre cet objectif.**

L'intensification de la concurrence et le dégroupage de la boucle locale exigent un rééquilibrage des tarifs. RegTP et DTAG doivent s'entendre sur une date limite pour le réaliser rapidement.

**7. Alléger et simplifier le système de plafonnement des prix.**

Le système de plafonnement des tarifs pour l'utilisateur final appliqué en Allemagne est trop compliqué et a gêné le rééquilibrage des prix. Il devrait être abandonné ou au moins simplifié par l'abandon des quatre sous-paniers en faveur d'un panier unique qui permettrait un rééquilibrage plus rapide tout en réduisant le niveau moyen des tarifs facturés aux consommateurs. Le plafonnement des prix des services sur les marchés concurrentiels de l'interurbain national et des appels internationaux devrait être supprimé.

### **8. Veiller à la stricte application des dispositions réglementaires concernant la séparation comptable.**

La séparation comptable est un important instrument réglementaire, auquel DTAG (en tant qu'opérateur dominant) est soumis en vertu des dispositions de la loi sur les télécommunications. Toutefois, cette obligation n'est pas dûment respectée et DTAG n'est tenu d'appliquer que les règles comptables allemandes courantes.

### **9. Procéder dès que possible à un réexamen indépendant des redevances de terminaison vers les mobiles.**

RegTP a conclu que le marché allemand du mobile est concurrentiel et que les redevances de terminaison fixes vers mobiles n'ont pas besoin d'être réglementées, contrairement à la position d'un nombre croissant de régulateurs (notamment au Royaume-Uni, en France, et en Italie), selon laquelle ces redevances sont excessives. Un réexamen indépendant du marché des services mobiles devrait être effectué dès que possible et des contrôles réglementaires appliqués immédiatement aux opérateurs identifiés comme dominants – y compris en cas de domination conjointe – sur les marchés de terminaison.

### **10. Autoriser les échanges de fréquences, sous réserve de conditions appropriées.**

Compte tenu de l'importance croissante du spectre, les pouvoirs publics doivent en promouvoir la gestion efficace et veiller à sa disponibilité pour des solutions innovantes. Ils devraient commander un examen indépendant pour être conseillés en la matière, notamment sur les mesures à prendre pour s'assurer que tous les utilisateurs, y compris les utilisateurs non commerciaux, utilisent le spectre de la manière la plus efficace. Il importe d'appliquer les dispositions prévues dans le projet de nouvelle loi sur les télécommunications qui autorise les échanges de fréquences, dans des conditions appropriées.

### **11. Mettre en place un mécanisme d'examen régulier de la réglementation des télécommunications, pour s'assurer qu'elle atteint les objectifs visés et être en mesure de l'assouplir au besoin.**

La volonté du gouvernement de limiter la réglementation au minimum et d'agir aussi rapidement que possible pour passer d'une réglementation *ex ante* à une réglementation *ex post* est louable dans des circonstances appropriées. Les décisions en ce sens devront reposer sur une information de meilleure qualité et sur la surveillance régulière du marché en vue d'évaluer l'efficacité de la réglementation. RegTP devrait définir des indicateurs de performance pour évaluer le développement d'une concurrence efficace, et obtenir et publier régulièrement des données sur ces indicateurs. Le régulateur devrait également diffuser des informations sur les délais de traitement des réclamations.

### **12. Déterminer l'information, notamment les objectifs de qualité du service, qui aidera les consommateurs à faire des choix éclairés, et la diffuser.**

La concurrence permet aux consommateurs de faire un choix entre les différents prestataires de services, mais pour exercer ce choix de façon éclairée, ils ont besoin d'informations de sources fiables qui leur permettent de comparer notamment les tarifs et la qualité du service. Tel est déjà le cas dans plusieurs pays de l'OCDE, où ont été fixés des objectifs précis de qualité du service, qui exposent également les fournisseurs de services à une concurrence par comparaison, les incitant à démontrer la supériorité de leurs services. Une information à jour, publiée rapidement, est également importante.

**13. Entreprendre un examen pour trouver les moyens de lever les obstacles au développement du câble comme plate-forme alternative de services de télécommunications, y compris l'accès Internet haut débit.**

La concurrence par les infrastructures revêt une importance primordiale. Avec la cession des actifs câblés de DTAG a été levé un obstacle de taille au développement d'un opérateur de télécommunications concurrent (ou de plusieurs) utilisant une autre technologie que les fils de cuivre. Le gouvernement devrait donner suite à son rapport de mai 2003 sur le développement des réseaux câblés et prendre les mesures voulues pour que ces réseaux puissent servir de plate-forme de services téléphoniques et d'accès Internet haut débit, et envisager les mesures à prendre pour lever les obstacles à ce développement.

**14. Empêcher DTAG de s'engager dans des campagnes de reconquête d'un client pendant une période de quatre mois.**

La sélection et la présélection de l'opérateur sur le marché local doivent être véritablement mises en œuvre. À cet égard, les campagnes agressives menées par les opérateurs historiques pour reconquérir leur clientèle ont posé problème dans certains pays membres de l'OCDE. L'Allemagne doit prendre des mesures pour éviter ce genre de situation.

**15. Lancer une étude pour mettre en évidence les obstacles au déploiement et à l'adoption du haut débit, en particulier dans les régions les moins favorisées, ainsi que les mesures envisageables pour lever ces obstacles.**

Une question liée au service universel est la fourniture de services haut débit en région, notamment dans les zones rurales et reculées, où la faiblesse de la densité démographique et des recettes potentielles constitue un inconvénient de taille pour une industrie qui fonde ses activités sur les économies d'échelle. Mais là encore, l'Allemagne ne semble pas avoir réalisé d'évaluation systématique de la « fracture numérique » dans le secteur du haut débit. Les autorités allemandes s'en remettent, à juste titre, aux forces du marché, mais celles-ci peuvent présenter des défaillances auxquelles il appartient aux pouvoirs publics de remédier.

**16. Contribuer à la défense des intérêts des consommateurs et envisager l'introduction de codes de conduite officiels afin de promouvoir les intérêts des consommateurs.**

Les intérêts des utilisateurs résidentiels et des petites entreprises semblent mal représentés en Allemagne. En vertu de son mandat, qui comprend la protection des intérêts des consommateurs, RegTP devrait encourager une représentation plus efficace des consommateurs et même y contribuer, notamment par une aide financière, comme cela se fait dans un certain nombre de pays de l'OCDE, dont le Royaume-Uni et l'Australie. On peut aussi envisager d'encourager l'application d'un code de conduite professionnel, à condition que le régulateur veille à ce que DTAG s'y conforme.

**17. Repenser RegTP en vue de renforcer sensiblement ses capacités à contrôler et sanctionner les comportements anticoncurrentiels.**

L'évolution de la situation au cours des dernières années montre que DTAG s'emploie à trouver les moyens de maintenir sa domination sur le marché et qu'il a pu poursuivre impunément diverses formes de pratiques anticoncurrentielles. L'autorité de régulation doit être en mesure de faire face efficacement à cette situation. L'autorité de la concurrence joue également un rôle important à cet égard, à commencer par l'application des dispositions du droit de la concurrence relatives à l'abus de position dominante. Elle aussi doit s'assurer le concours du personnel et des compétences nécessaires pour traiter les questions liées au développement de la concurrence dans les conditions délicates qui caractérisent les industries de réseau.

## APPENDICE A

### *Tableaux de l'appendice*

Tableau A.1. Réforme de la réglementation sectorielle en Allemagne

Secteur	Principal cadre législatif/réglementaire	Réglementation des prix	Réglementation de l'entrée et de la sortie	Réglementation d'autres éléments	Autres dispositions réglementaires encore en vigueur
<b>Télécommunications</b>	Le secteur est entièrement ouvert à la concurrence depuis le 1 <sup>er</sup> janvier 1998. La réglementation, axée sur la concurrence, s'applique en principe à tous les marchés de télécommunications.	Le régulateur du secteur (RegTP) exerce sur le marché une réglementation <i>ex ante</i> et <i>ex post</i> .	Liberté d'entrée et de sortie. (Preuve de fiabilité et de compétence professionnelle) ; réglementation de l'accès (interconnexion, services essentiels).	Sélection et présélection de l'opérateur pour les appels locaux prévues par la loi depuis le 1 <sup>er</sup> décembre 2002. Mise en œuvre de la sélection appel par appel le 1 <sup>er</sup> mai 2003 et de la présélection à l'été.	L'obligation de service universel existe, mais sans impact pratique.
<b>Électricité</b>	Marché libéralisé en 1998. Tous les clients sont libres de choisir leur fournisseur. Les conditions de l'accès au réseau sont déterminées par des accords d'association. Un contrôle <i>ex post</i> est exercé par le BKartA et les tribunaux. La création d'une autorité réglementaire est envisagée.	Pas de réglementation <i>ex ante</i> . Le contrôle des abus est exercé par le BKartA et les tribunaux, qui appliquent le droit de la concurrence et/ou la loi sur la concurrence déloyale. L'approbation des tarifs (pour les petits consommateurs, desservis par des réseaux basse tension) par les pouvoirs publics (concernant les détaillants, qui peuvent également bénéficier de contrats spéciaux).	La fourniture d'électricité ne nécessite pas d'approbation expresse (toutefois, les activités spécifiques ne sont pas incluses). Les motifs de refus d'approbation sont prévus par la loi. Il n'existe pas de réglementation spécifique pour la sortie.	Quotas minimums pour l'électricité « verte », achetée à des prix réglementés, compensés par une redevance perçue auprès de certains consommateurs.	L'obligation de service universel existe, mais sans impact pratique.
<b>Gaz naturel</b>	Marché libéralisé en 1998. Tous les clients sont libres de choisir leur fournisseur. Les conditions de l'accès au réseau sont déterminées par des accords d'association. Un contrôle <i>ex post</i> est exercé par le BKartA et les tribunaux. La création d'une autorité réglementaire est envisagée.	Pas de réglementation <i>ex ante</i> . Le contrôle des abus est exercé par le BKartA et les tribunaux, qui appliquent le droit de la concurrence et/ou la loi sur la concurrence déloyale.	La fourniture de gaz naturel ne nécessite pas d'approbation expresse (toutefois, les activités spécifiques ne sont pas incluses) et les motifs de refus d'approbation sont prévues par la loi. Il n'existe pas de réglementation spécifique pour la sortie.	Notification de contrats d'approvisionnement en gaz naturel à long terme (plus de deux ans).	L'obligation de service universel existe, mais sans impact pratique.
<b>Assurances et services bancaires</b>	Libéralisation du marché des assurances en 1994. Suppression des monopoles sur les assurances et du contrôle <i>ex ante</i> des produits d'assurance. Suppression progressive des garanties de l'État pour les banques publiques d'ici à 2005.	Aucune.	Conditions d'agrément très complètes et supervision financière permanente, exercée selon les principes fondamentaux acceptés à l'échelle mondiale, notamment les exigences de capitalisation minimale et de compétence professionnelle. Les pouvoirs des autorités de tutelle comprennent le retrait d'agrément.	Supervision financière permanente, exercée selon les principes fondamentaux acceptés à l'échelle mondiale. Création d'une nouvelle autorité fédérale de tutelle depuis le 1 <sup>er</sup> mai 2002 pour la banque, l'assurance, la gestion des valeurs mobilières et des actifs, avec la participation de la Banque centrale pour la supervision permanente des banques.	Certains accords conclus entre les caisses d'assurance-maladie ne sont pas assujettis au droit de la concurrence.
<b>Chemins de fer</b>	Conversion du monopole d'État en société de capitaux en 1994. Séparation partielle de l'infrastructure et des services ferroviaires en 1999. Les directives de l'UE (premier paquet pour le secteur ferroviaire) et les conclusions du groupe de réflexion du gouvernement sur l'avenir des chemins de fer sont actuellement mises en pratique.	Supervision exercée par l'Office fédéral des chemins de fer (pour les questions techniques et l'accès aux voies) et par le BKartA (tarification de l'accès aux voies, contrôle des abus <i>ex post</i> ).	Preuve de compétence professionnelle. Liberté d'entrée et de sortie.		

Tableau A.1. Réforme de la réglementation sectorielle en Allemagne (suite)

Secteur	Principal cadre législatif/réglementaire	Réglementation des prix	Réglementation de l'entrée et de la sortie	Réglementation d'autres éléments	Autres dispositions réglementaires encore en vigueur
<b>Transport aérien</b>	Privatisation du transporteur national en 1997.	Tarification non soumise à réglementation mais au contrôle d'abus de position dominante par le BKartA <i>ex post</i> .	Liberté d'entrée et de sortie dans le cadre de l'UE.	Accords bilatéraux de transport aérien.	
<b>Transport routier</b>	Libéralisation partielle des services de transport occasionnels par autobus ; abolition des contingents pour le fret en 1998.	Fixation des prix par l'opérateur de services réguliers de transport par autobus (avec l'approbation de l'autorité compétente) et les services occasionnels de transport par autobus ; les tarifs des services de taxi sont fixés par l'autorité locale compétente. Les tarifs de fret ont été libéralisés en 1994.	Preuve de compétence professionnelle, de solidité financière et d'honorabilité pour le transport de voyageurs et de marchandises par la route. Restriction à l'accès au marché des services de taxi.		
<b>Services postaux</b>	En 1989, l'opérateur intégré des services postaux et de télécommunications a été scindé en trois entreprises (télécommunications, poste, et services bancaires), qui ont été converties en sociétés de capitaux en 1995 puis partiellement privatisés. Des droits de monopole partiel (à ce jour pour les lettres dont le poids ne dépasse pas 100 g) ont été accordés en contrepartie d'obligations de service universel. Le marché a été libéralisé pour les lettres de plus de 100 g et les lettres destinées aux autres pays.	RegTP agit en qualité de régulateur et supervise la fixation des prix des opérateurs dominants (réglementation <i>ex ante</i> pour les lettres ; réglementation <i>ex post</i> pour les autres services postaux).	L'entrée sur le marché des livraisons postales de moins de 2 kg est soumise à licence (les licences ne sont pas limitées, sauf pour le secteur d'exclusivité, qui concerne actuellement les envois d'un poids inférieur à 100 g). La <i>Deutsche Post</i> fait face à une certaine concurrence pour les services à valeur ajoutée. Liberté d'entrée et de sortie pour les services de coursier, marché sur lequel il existe déjà de nombreux opérateurs depuis longtemps.		
<b>Pharmacie</b>	Secteur réglementé.	Prix uniformes pour les médicaments qui ne peuvent être vendus qu'en pharmacie (notamment ceux qui ne sont disponibles que sur ordonnance).	Preuve de compétence professionnelle et de citoyenneté d'un État de l'Union européenne. Liberté de sortie, entrée limitée : l'accès est interdit aux chaînes et aux propriétaires de pharmacie qui ne sont pas de la profession.	Les pharmacies sont limitées dans la gamme de produits qu'elles peuvent offrir ; certaines restrictions s'appliquent à la publicité. Les pharmacies sont soumises aux restrictions de la vente au détail en ce qui concerne les heures d'ouverture, avec certaines modifications.	
<b>Commerce de détail</b>	Le règlement sur les primes et la loi sur les rabais ont été abrogés le 31 juillet 2001. Les heures d'ouverture ont été encore récemment libéralisées (avec effet au 1 <sup>er</sup> juin 2003). La loi sur la concurrence déloyale sera révisée : la réglementation sur les ventes spéciales sera supprimée.	Règlement sur l'établissement du juste prix. La loi sur les pratiques anti-concurrentielles interdit de vendre à un prix inférieur au coût d'achat.	Liberté d'entrée et de sortie ; notification au registre des entreprises et au registre du commerce. Nécessité d'obtenir un permis de construire pour s'installer hors du centre d'une ville, même si l'intention est de changer la vocation d'un immeuble existant.	Certains points de vente ne sont pas soumis aux limitations des heures d'ouverture (stations d'essence, gares). Le règlement sur l'emballage exige que certains types d'emballages soient consignés et récupérés.	

Source : OCDE.

Tableau A.2. **Impact potentiel de la réforme de la réglementation en Allemagne**

Secteur	Structure et concurrence	Impact sur la production, les prix et les prix relatifs	Impact sur la qualité du service, la fiabilité et le service universel	Impact sur les salaires et l'emploi dans le secteur	Efficacité : productivité et coûts
<b>Télécommunications</b>	Le monopole d'État sur les services interurbains et internationaux a pris fin et le marché est désormais ouvert à la concurrence. Les liaisons locales demeurent essentiellement contrôlées par des monopoles locaux mais une certaine concurrence se développe.	Baisse importante des tarifs interurbains et internationaux ; une certaine baisse également pour les appels locaux.	Plus grande liberté de choix pour le consommateur..	Effets bénéfiques sur l'emploi (depuis 1998).	Accélération de la productivité et baisse des coûts unitaires.
<b>Électricité</b>	Les monopoles régionaux de droit sont remplacés par un oligopole. L'entrée sur le marché est possible principalement sur le marché de détail et pour les énergies renouvelables.	Baisse des tarifs, surtout pour les clients industriels.	Plus grande liberté de choix pour les clients, mais peu de changements de fournisseur en réalité. En revanche, nombreux sont les clients qui ont renégocié leurs tarifs.		Gain de productivité.
<b>Gaz naturel</b>	Les monopoles régionaux de droit ont été remplacés par un oligopole au niveau de la distribution. Un duopole demeure pour l'importation et le monopole demeure en règle générale pour le transport.	Les prix ont évolué dans le même sens que dans d'autres pays d'Europe. Pas de baisse relative.	Plus grande liberté de choix pour les clients. Ceux-ci ont renégocié leurs tarifs, très peu ont changé de fournisseur.	Les salaires demeurent au-dessus de la moyenne ; l'emploi a diminué.	Gain de productivité.
<b>Assurances et banque</b>	Marché concurrentiel, avec une tendance à la concentration et aux fusions.		Amélioration du niveau de service grâce aux applications des TIC.	Effets négatifs sur l'emploi.	Gain de productivité.
<b>Chemins de fer</b>	Concurrence intramodale croissante sur le marché du fret ; concurrence croissante pour la fourniture de services (subventionnés) de transport local de voyageurs ; concurrence intramodale naissante pour les services de transport de voyageurs à grande distance.	Volume <i>grosso modo</i> constant sur le marché du fret, avec probablement des baisses de tarifs et une diminution de la part de marché du transport ferroviaire ; forte augmentation du volume pour les services locaux, même avant l'adjudication, avec une réduction d'une partie des subventions par train-kilomètre ; volume <i>grosso modo</i> constant sur le marché des services de transport de voyageurs à longue distance. Entrée réussie des concurrents sur le marché..	Amélioration du niveau de service grâce aux applications des TIC. Le niveau de service est en général bon, de même que la fiabilité. Importantes améliorations du niveau des services locaux.	Effets néfastes sur l'emploi.	Gain de productivité.
<b>Transport aérien</b>	Marché concurrentiel..	Baisse des tarifs et arrivée de plusieurs nouveaux transporteurs sur le marché..	Le niveau de service est bon, de même que la fiabilité.		
<b>Transport routier</b>	Nombreux petits opérateurs. Marché concurrentiel pour le transport de marchandises..	Baisse des tarifs.			
<b>Services postaux</b>	Monopole partiel.	Légère baisse des tarifs en termes réels.	Choix limité pour le client, sauf pour les services de coursier.	Baisse de l'emploi.	Gain de productivité.
<b>Pharmacie</b>	Potentiellement concurrentiel.				
<b>Commerce de détail</b>	Marché concurrentiel.		Amélioration du niveau de service grâce à l'assouplissement des heures d'ouverture.		

Source : OCDE.

## Bibliographie

- AIE (2002a), *Energy Policies of IEA Countries: Germany 2002 Review*, OCDE/AIE, Paris.
- AIE (2002b), *Security of Supply in Electricity Markets*, OCDE/AIE, Paris.
- Australian Competition and Consumer Commission (2000), « ACCC Submission to the Task Force on Industry Self-Regulation », janvier.
- BKA (2002), Communication au Secrétariat de l'OCDE.
- Commission européenne (2002), « Livre vert – Vers une stratégie européenne de sécurité d'approvisionnement énergétique », document technique.
- Gerber, David J. (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford.
- Gouvernement allemand (2000), *Joint Rules of Procedure of the Federal Ministries*, Berlin.
- Gouvernement allemand, Commission des monopoles (2001), *Problems Consequent upon the Reform of the European Cartel Procedure*.
- Handelsblatt (2002), « E.On's "For Sale," List Arouses Competitors' Interest », 8 juillet.
- Independent Regulators Group (2002), « Principles of implementation and best practice regarding accounting separation and cost accounting as decided by the Independent Regulators Group », novembre.
- OCDE (1997), *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation. Synthèse*, Paris.
- OCDE (1999), « Autorités de la concurrence et responsables de la réglementation : rôles respectifs », Paris.
- OCDE (2001a), *Perspectives économiques de l'OCDE*, « Effets croisés des politiques sur les marchés du travail et des produits », Paris.
- OCDE (2001b), *Le rapport de l'OCDE sur la croissance. La nouvelle économie : mythe ou réalité ?*, Paris.
- OCDE (2002), *Perspectives économiques de l'OCDE*, n° 71, Paris, juin.
- OCDE (2003a), *Statistiques du commerce international par produit*, Paris.
- OCDE (2003b), *Statistiques de l'OCDE sur les échanges internationaux de services*, Paris.
- Office of Regulation Review (Australia) (1998), *A Guide to Regulation*, 2<sup>e</sup> édition, voir : [www.pc.gov.au/orr/](http://www.pc.gov.au/orr/).
- Statistisches Bundesamt (2002), *Statistisches Jahrbuch*, Wiesbaden.

LES ÉDITIONS DE L'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16  
IMPRIMÉ EN FRANCE  
(42 2004 07 2 P) ISBN 92-64-10785-1 – n° 53458 2005