La scission des organisations : un dilemme pour les autorités de réglementation

Grant Forsyth, David Lewin, Sam Wood,
Peter McCarthy-Ward, David Stewart

Dans le secteur des télécommunications, les opérateurs historiques fonctionnent traditionnellement sur un modèle d'intégration verticale. C'est-à-dire qu'ils assument l'intégralité des fonctions, de la constitution et l'exploitation du réseau en passant par la conception et le développement de produits, jusqu'à la vente au détail et à la fourniture de services. Ce modèle crée une tension entre, d'un côté, leur rôle de fournisseurs de services de gros pour l'ensemble des opérateurs, dont leurs concurrents, et de l'autre, leurs activités de détail. Soucieux de résoudre cette contradiction, autorités de réglementation et gouvernements à travers le monde envisagent donc une scission ou « séparation » des opérateurs historiques. La présente analyse se place dans une perspective d'intérêt public pour expliquer comment et pourquoi une telle mesure pourrait être mise en œuvre.

Introduction

Le modèle de l'intégration verticale se voit aujourd'hui menacé par l'évolution de la technologie, la concurrence, l'intervention des gouvernements et l'emprise mondiale des fournisseurs de services (y compris de services par contournement ou « OTT »). Pour s'adapter à ces facteurs, certains opérateurs ont eux-mêmes choisi de séparer les différentes fonctions au sein de leur organisation en plusieurs activités, plus ciblées et plus cohérentes, susceptibles d'attirer des investissements plus pertinents et ainsi, de créer davantage de valeur pour les parties prenantes.

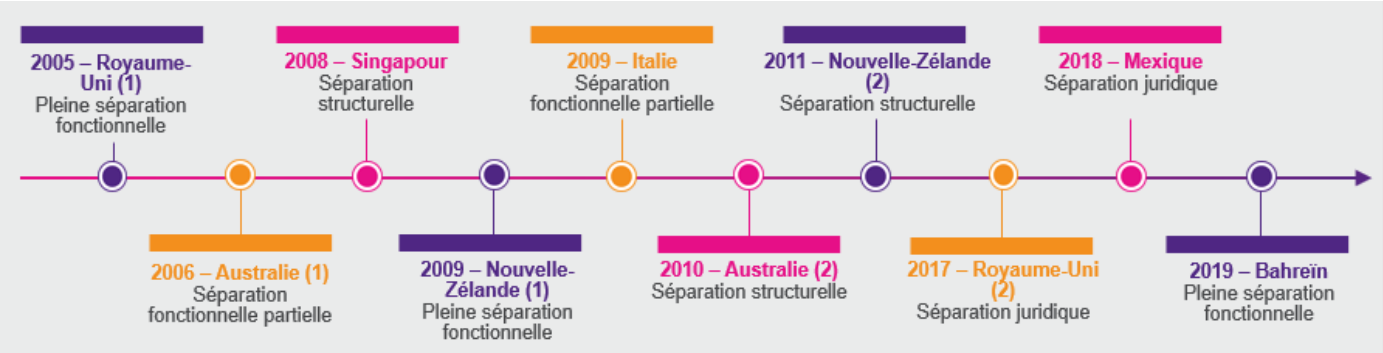
D'autres ont été forcés d'entreprendre cette scission soit par la loi, soit en pratique via la négociation d'un accord. La mesure intervient généralement dans le cadre d'un programme d'investissement gouvernemental ou en vue de mettre fin à une domination concurrentielle prolongée.

Le graphique ci-dessous représente les principaux types de division des activités de réseau fixe des opérateurs de télécommunications historiques ayant eu lieu dans les 15 dernières années, sur requête ou sur ordre des autorités de réglementation (voir Figure 1).

Leur étendue et leur variété soulèvent un certain nombre de problématiques pour les organes de réglementation et le pouvoir exécutif d'autres pays qui envisageraient de suivre la même voie, à savoir :

- Est-ce vraiment dans l'intérêt public de procéder à une telle séparation dans leur pays ?
- Si oui, quelle forme devrait-elle prendre ?
- Où placer la frontière entre les activités ?
- Comment l'autorité de réglementation nationale devrait-elle mettre cette mesure en œuvre ?

Figure 1 : Récentes séparations d'opérateurs de télécommunications



© 2019 Plum Consulting

Quel est le moment le plus opportun pour une scission ?

Il n'est pas évident qu'une séparation, qu'elle résulte d'une réglementation ou qu'elle soit imposée, génère forcément davantage de bénéfices que de coûts et serve donc nécessairement l'intérêt public. En plus de représenter un effort non négligeable, cette démarche occasionne aussi pour le secteur des télécommunications un coût supplémentaire qui, à terme, est endossé par les clients.

Au Royaume-Uni, par exemple, BT a estimé que sa séparation fonctionnelle réalisée en 2005 aura coûté plus d'un milliard de livres sterling à mettre en place. Même si, avec le recul, il semble qu'une partie de ces coûts pourrait aujourd'hui être évitée, les bénéfices d'une séparation se doivent d'être considérables pour justifier d'une telle décision.

Ainsi, lorsqu'un pays ne couvre tout simplement pas assez de territoire ou possède un secteur de télécommunications fixe trop réduit par rapport aux réseaux mobiles, une scission semble malavisée. Dans d'autres pays, la présence d'un opérateur national dont l'infrastructure constitue un fort avantage concurrentiel pour l'opérateur historique rend une séparation de ses fonctions verticales moins judicieuse.

Considérons cependant les cas où le réseau haut débit fixe est largement développé et où les services haut débit sont dépendants de ressources non-reproductibles, fournies par le réseau d'accès fixe de l'opérateur historique à intégration verticale. Cette situation procure à ce dernier à la fois une forte *incitation* et une *capacité* à adopter un comportement discriminatoire envers ses concurrents, qui ont besoin de ces ressources pour offrir des produits compétitifs, aux consommateurs comme aux professionnels, sur le marché du haut débit fixe de détail.

Dans ces circonstances, la séparation représente un moyen efficace de réduire le potentiel discriminatoire de l'opérateur à intégration verticale sur le haut débit de gros qu'il fournit à ses propres activités de détail dominantes ainsi qu'à ses rivaux. Ces pratiques discriminatoires peuvent se manifester sur les prix ou sur d'autres conditions d'approvisionnement telles que les délais de prestation et de réparation, les produits de gros proposés ou encore la qualité du service fourni.

Si les différences tarifaires peuvent être détectées au moyen d'une séparation comptable rigoureuse, la discrimination exercée sur les autres conditions d'approvisionnement est bien plus difficile à identifier et à prévenir sans une scission appropriée. La séparation est normalement considérée comme l'étape suivante, complémentaire d'un régime de réglementation de l'accès au réseau (par réglementation sectorielle et / ou par législation sur la concurrence). Elle permet cependant une intervention plus décisive et plus durable que ce dernier, qui s'avère généralement laborieux. Dans les marchés du haut débit fixe de détail soumis à la prédominance prolongée d'un opérateur à intégration verticale, l'option d'une scission doit être sérieusement envisagée par le gouvernement et les autorités de réglementation des juridictions concernées.

Si oui, quelle forme devrait-elle prendre ?

Une autorité de réglementation qui envisage la séparation d'un opérateur historique a typiquement affaire à une situation de départ comportant :

- **une séparation comptable** : cette solution, généralement reconnue et acceptée, au problème de tarification discriminatoire, garantit la transparence des coûts et des frais des services réglementés d'une société à intégration verticale ;
- sur le plan organisationnel, un **service distinct d'accès de gros** fournit les demandeurs d'accès, parallèlement à la chaîne d'approvisionnement verticale en interne qui elle, est conservée pour les propres besoins de l'opérateur historique.

Afin d'empêcher la discrimination entre l'approvisionnement de l'opérateur lui-même et celui de ses clients grossistes concurrents, l'autorité de réglementation aura probablement imposé des exigences en termes d'**équivalence des extrants (EoO).** Cette garantie, fondée sur l'étude d'indicateurs fondamentaux de performance (KPI) et d'autres instruments de mesure, devra démontrer que le recours à des mécanismes d'approvisionnement séparés pour les activités de détail de l'opérateur et celles de ses concurrents ne donne pas lieu à une forme de concurrence faussée ou déloyale.

De nombreuses autorités de réglementation s'inquiètent cependant de l'incapacité de ces exigences d'équivalence des extrants et de séparation comptable à détecter des formes plus subtiles mais non moins concrètes de discrimination, difficiles à mesurer objectivement. Étant donné que les processus de réglementation ne sauraient être parfaits et qu'ils comprennent toujours une marge d'erreur, tout régime reposant sur la détection et la résolution de pratiques discriminatoires est intrinsèquement moins efficace qu'un système consistant à prévenir leur apparition même.

Équivalence des intrants

La méthode d'**équivalence des intrants (EoI)** offre une meilleure protection contre la discrimination, en interdisant au service de gros de l'opérateur historique d'avoir recours à des services différenciés ou à des chaînes logistiques séparées pour fournir les clients externes et ses propres entreprises de détail. Les mêmes services doivent être offerts à chacun, avec les mêmes systèmes et les mêmes processus d'approvisionnement.

Éliminant le risque de discrimination lié à l'utilisation de différents produits ou mécanismes logistiques, cette approche est centrale à trois formes distinctes de séparation mises en place par les autorités de réglementation. Ces variantes sont répertoriées ci-dessous par ordre croissant d'efficacité.

- La **séparation fonctionnelle** introduit davantage de segmentation organisationnelle au sein du service de gros de l'opérateur historique, afin de renforcer l'équivalence d'approvisionnement entre ses propres activités de détail et tous ses clients en aval et par extension, l'équivalence des intrants.

  Les activités de gros et de détail restent au sein de la même entité à intégration verticale, mais des règles peuvent être mises en place pour les séparer au sein de l'entreprise. De même, des mesures peuvent être prises en vue de contrôler l'accès à l'information et d'adopter des mécanismes

© 2019 Plum Consulting

de conformité. La séparation fonctionnelle limite la capacité à recourir à des pratiques discriminatoires, mais des actions supplémentaires sont nécessaires pour que les opérateurs ne soient pas incités à le faire.

- La **séparation juridique** repose sur une séparation fonctionnelle mais y ajoute une obligation de création d'une entité juridique distincte, munie de son propre conseil d'administration, pour contrôler le service de gros. Composé au moins en partie de membres externes à l'opérateur historique, ce conseil a l'obligation légale de veiller à la non-discrimination (cette responsabilité peut notamment figurer dans les documents officiels de constitution de l'entité séparée). Il est cependant nommé par l'administration générale de l'opérateur, à qui il doit également rendre compte de ses activités. Cela signifie que l'entité séparée devra probablement manœuvrer au sein du cadre financier et opérationnel défini par le conseil d'administration de la société mère. L'opérateur historique reste le seul propriétaire de l'entité juridiquement distincte.

  Une telle structure permet de mieux contrôler la capacité à opérer selon des pratiques discriminatoires et de réduire l'incitation du groupe historique à adopter un tel comportement, sans l'éliminer entièrement.

- La **séparation structurelle** représente la forme de séparation la plus efficace. Elle prévoit non seulement la séparation juridique du service de gros (avec son personnel et ses actifs) de l'opérateur historique, mais également son appartenance propre. Ainsi, le conseil d'administration de l'entité créée rend compte de ses activités directement à ses propriétaires et non au conseil de l'opérateur. Ce modèle empêche ainsi les pratiques discriminatoires, tant sur le plan de la capacité que de l'incitation.

L'équivalence des intrants (EoI) a-t-elle fait ses preuves, et sous quelle forme est-elle la plus efficace ?

Concernant les produits de gros, l'expérience témoigne de l'efficacité d'une séparation axée sur l'équivalence des intrants. Elle donne en effet lieu à une concurrence plus dynamique et à une adoption plus importante du haut débit fixe, alimentant par-là le développement économique du secteur. L'adoption du haut débit exprimée en pourcentage de foyers desservis est représentée ci-dessous par rapport aux années suivant la séparation de l'opérateur (voir Figure 2). On remarque une adoption nettement plus élevée dans les pays ayant suivi le principe de l'EoI que dans ceux ayant opté pour l'EoO.

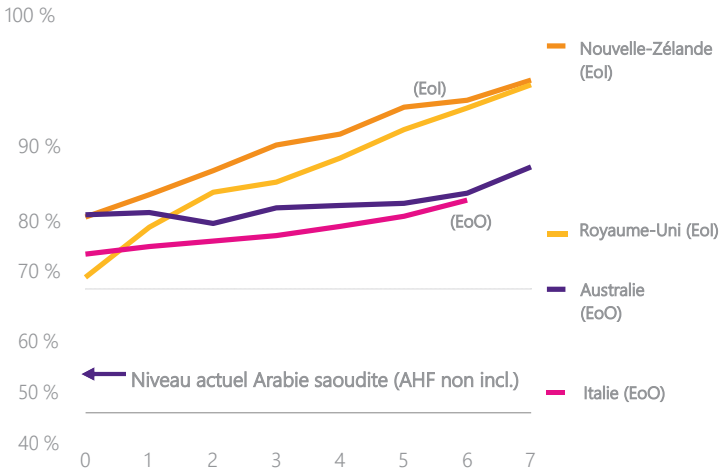
Ce sont ces bénéfices qu'il faut comparer aux coûts de la réalisation d'une telle approche, qui peut se révéler onéreuse et perturbatrice. Reste à déterminer si les avantages économiques supplémentaires d'une séparation axée sur une approche EoI parviennent à l'emporter sur les frais de mise en œuvre anticipés. La dépense la plus lourde est liée à la transition des services de détail de l'opérateur historique d'un système d'approvisionnement interne vers un système et des processus communs à ceux offerts aux concurrents. Ces coûts sont présents dans les trois formes de séparation. En résumé :

La **séparation fonctionnelle** selon le principe EoI limite la capacité des opérateurs à recourir à des pratiques discriminatoires, mais nécessite des actions supplémentaires pour qu'ils ne soient pas incités à le faire.

La **séparation juridique** est plus susceptible d'éliminer la discrimination que la séparation fonctionnelle, car elle s'appuie sur les outils déjà créés par le droit des sociétés et la gouvernance des entreprises afin d'atteindre l'objectif de la réglementation (c'est-à-dire : la non-discrimination). Les coûts supplémentaires dépendent largement de la facilité ou de la complexité de la séparation juridique des actifs historiques critiques, par exemple.

La **séparation structurelle** est la plus efficace pour éliminer la discrimination. En plus de rendre les pratiques discriminatoires plus faciles à détecter, elle réduit l'incitation de l'entité séparée à favoriser les activités de détail de l'opérateur historique en lui accordant un statut indépendant.

Figure 2 : Adoption du haut débit après séparation



Où placer la frontière entre les activités ?

Une question importante se pose quant au niveau où il convient de séparer les entités. L'entité séparée doit-elle uniquement correspondre à la toute dernière étape du réseau d'accès fixe ? Doit-elle inclure la transmission vers le réseau central ? Ou bien la séparation devrait-elle plutôt se faire entre les activités de détail et celles de réseau de l'opérateur à intégration verticale ? La deuxième de ces trois options est validée par de solides arguments, empiriques comme théoriques :

- La plupart des pays ayant procédé à une séparation à ce jour ont transféré la dernière étape d'accès et l'étape intermédiaire de la transmission vers l'entité séparée.
- Cette délimitation signifie que l'entité séparée contient des ressources non-duplicables plutôt que duplicables et qu'en matière d'approvisionnement de haut débit fixe, la concurrence peut s'appuyer davantage sur les infrastructures

Plusieurs opérateurs ont pris la décision de procéder soit à une séparation volontaire de type réseau / exploitation, soit à une refonte complète les faisant devenir des fournisseurs neutres d'accès au réseau fixe sans intégration verticale, uniquement consacrés à l'accès de gros. Dans tous les cas, dès lors que l'entité séparée chargée de l'accès de gros inclut des ressources duplicables (telles qu'un réseau central national), il est fort probable qu'une réglementation spécifique soit mise en place pour empêcher tout groupage abusif de ressources reproductibles et non-reproductibles.

© 2019 Plum Consulting

Comment la séparation devrait-elle être mise en œuvre ?

La mise en place d'une séparation efficace et réussie pourrait comporter les étapes suivantes.

1. L'autorité de réglementation consulte le secteur des télécommunications et les autres parties prenantes concernées sur l'utilité d'une séparation éventuelle et sur l'approche à adopter.
2. Si une séparation est décidée, l'autorité de réglementation entre en négociation active avec l'opérateur historique à intégration verticale en vue de mettre au point un plan de mise en œuvre de la scission.
3. Les deux acteurs discutent et s'accordent sur les principaux points de la séparation, conformément aux principes convenus lors de la consultation (voir ci-dessous).
4. L'autorité de réglementation s'entretient avec les demandeurs d'accès sur les détails techniques d'un plan provisoire, tels que le développement des systèmes et des procédures de l'entité séparée, en vue d'assurer l'équivalence des intrants. Les demandeurs d'accès devront, de leur côté, créer des interfaces à ces systèmes et procédures.
5. L'opérateur historique met au point un plan de mise en œuvre détaillé qui devra être révisé et approuvé par l'autorité de réglementation.
6. Le plan de mise en œuvre final est traduit en termes juridiques sous forme d'engagements contraignants par l'opérateur.

Principaux points de la séparation :

- Frontière de la séparation
- Services offerts par l'entité séparée
- Propriété des actifs impliqués
- Provisions pour la prestation de services historiques tels que les communications vocales via réseau téléphonique commuté public
- Exigences de comptabilité et de reporting
- Exigences d'équivalence des intrants
- Provisions pour la gouvernance et la dotation en personnel
- Réglementation future de l'entité séparée
- Calendrier de la mise en œuvre de la séparation
- Provisions de reporting pour la surveillance de la progression de la mise en œuvre du plan

Il est fort possible que l'opérateur historique commence par résister à ce processus de séparation, protestant que ses bénéfices et le prix de ses actions en pâtiront. Pourtant, cela n'a pas été le cas pour la majorité des opérateurs historiques concernés : en Nouvelle-Zélande, à Singapour comme au Royaume-Uni, les bénéfices et le prix des actions des opérateurs historiques se sont maintenus au cours des années suivant la séparation.

L'expertise Plum

Plum a réuni une équipe de projet forte d'une longue expérience en matière de séparation d'organisations, notamment au Mexique, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni et plus récemment en Arabie saoudite. Elle a élaboré des réponses à des problématiques fondamentales de la séparation pour divers clients, parmi lesquels des autorités de réglementation, des opérateurs historiques et des demandeurs d'accès. Elle a également réalisé des études de cas sur les raisons et les modalités de séparations conduites dans d'autres pays, dont l'Australie et Singapour.

Grant Forsyth, chef de projet et associé chez Plum

Grant Forsyth a été invité à rejoindre BT Global Services suite à la séparation fonctionnelle de l'opérateur BT. Il en a dirigé l'équipe des affaires réglementaires internationales chargée de requérir un accès dans 170 pays. Il a participé à la réalisation de la récente séparation juridique de BT au Royaume-Uni et a dirigé l'équipe de consultants de Plum mandatée pour des projets de séparation au Mexique et en Arabie saoudite.

Sam Wood, consultant senior chez Plum

Sam Wood est spécialiste de l'analyse économique des télécommunications, de la technologie et des médias ainsi que de l'application pratique des théories économiques aux problèmes rencontrés dans ces secteurs.

David Lewin, directeur fondateur et désormais associé chez Plum

David Lewin a travaillé sur des projets de séparation pour les autorités de réglementation du Mexique et d'Arabie saoudite, ainsi que pour les opérateurs historiques au Royaume-Uni, au Mexique et à Bahreïn.

Peter McCarthy-Ward, consultant externe pour Plum

Peter McCarthy-Ward a dirigé le projet de développement et de mise en œuvre de la séparation de BT en 2005. Il a depuis participé à d'autres projets de séparation et de développement de sociétés de gros en Australie, au Costa Rica et au Botswana. Il a également été membre de l'équipe de consultants de Plum mandatée pour des missions similaires au Mexique et en Arabie saoudite.

David Stewart, partenaire chez Towerhouse LLP (en collaboration avec Plum)

Avocat spécialisé dans la réglementation des télécommunications, David Stewart a participé à de nombreux projets de séparation fonctionnelle, juridique et structurelle dans le cadre d'une activité salariée et en tant qu'indépendant. Il a occupé divers postes à responsabilités pendant huit ans chez Ofcom et a joué un rôle de conseil déterminant dans des processus de séparation au Royaume-Uni, ainsi que sur des marchés d'Amérique centrale, d'Asie-Pacifique et du Moyen-Orient.

Pour plus d'informations, veuillez nous contacter sur :

www.plumconsulting.co.uk

+44 20 7047 1919
+33 (0)6 23 33 83 97

© 2019 Plum Consulting