

Cette article a été publié dans *LesEchos.fr*, 7 novembre 2006

La séparation réseau-services comme outil de dérégulation

Faut-il une modification des textes communautaires pour que l'Arcep puisse imposer la séparation fonctionnelle à France Télécom comme l'Ofcom l'a négociée avec BT ? La question juridique reste ouverte. Quant à la séparation structurelle écartée par la Commission européenne dans les télécoms, elle est une bonne idée en théorie mais mauvaise en pratique.

Par Winston Maxwell, avocat associé chez Hogan & Hartson Paris.

Séparation fonctionnelle et séparation structurelle sont de nouveau d'actualité, la première prenant à ce jour l'avantage. La séparation fonctionnelle consiste en la séparation des équipes et activités au sein d'une même entreprise, avec la mise en place éventuelle de « Murailles de Chine » entre les équipes, pour éviter des échanges d'informations. La séparation structurelle, elle, est un mode d'intervention plus invasif, qui passe par la création d'une entité juridique distincte pour chaque activité. Un discours de Viviane Reding du 27 juin 2006 vantait les mérites de la séparation structurelle, tandis que les actionnaires de Telecom Italia et Eircom ont annoncé, en août et septembre 2006, l'idée de créer une entité « réseau » séparée de l'entité « services », ceci dans un but d'optimisation financière du groupe. Le 12 octobre 2006, le groupe européen des régulateurs (GRE) a annoncé qu'il était favorable à une modification des directives de 2002 pour inclure le remède de séparation fonctionnelle. Le 18 octobre 2006, l'Ofcom s'est déclaré satisfait de la séparation fonctionnelle de BT dans le cadre de « Openreach ». Passé l'effet d'annonce, la séparation structurelle n'est en réalité pas à l'ordre du jour [voir analyse en ligne]. Malgré les déclarations du 27 juin 2006 de la commissaire européenne en charge de la société de l'information et des médias, la Commission européenne a écarté cette option dans ses propositions de réforme du 28 juin 2006 en estimant qu'une telle séparation entre entités juridiques pourrait avoir un intérêt dans le cadre limité de la construction de nouveaux réseaux (« *greenfield* ») financés par des fonds publiques. Mais hormis ce cas, la séparation juridique serait trop coûteuse et a conduit, dans d'autres secteurs, à des résultats mitigés. L'exécutif européen a indiqué en outre que « *la séparation structurelle ne peut être imposée au titre des directives actuelles, mais pourrait en principe être imposée au titre du droit de la concurrence.* » Cette conclusion diffère légèrement des conclusions du rapport Hogan & Hartson/Analysys de juillet 2006 [voir document en ligne], qui a indiqué qu'un pays membre pourrait imposer une séparation structurelle au titre des directives actuelles mais que ce remède, n'étant pas sur la liste de remèdes prévus dans la directive « Accès », serait soumis au veto éventuel de la Commission européenne.

Cela étant, même si la séparation structurelle était possible au regard des directives actuelles, cette mesure nécessiterait, en France au moins, l'intervention du législateur national. Une proposition de loi sur la séparation structurelle de France Télécom serait accueillie fraîchement, surtout compte tenu de l'expérience douloureuse du plan câble, lequel avait effectivement créé un régime où le propriétaire du réseau (France Télécom) était séparé de l'exploitant des services. Il s'agissait d'une bonne idée en théorie mais mauvaise en pratique car l'entité qui maîtrisait le réseau n'était pas encouragée commercialement à effectuer des investissements nécessaires pour améliorer celui-ci. Comme la Commission européenne l'a indiqué, la séparation structurelle pourrait retrouver un sens dans le cadre de nouveaux projets de construction de réseaux en fibre optique par les collectivités selon un modèle d'accès ouvert. Mais même dans ce cas, les problèmes d'investissements et de maintenance du réseau devront être traités pour éviter les difficultés du plan câble. De plus, la séparation structurelle va dans le sens contraire de la tendance chez France Télécom et d'autres opérateurs tels que Belgacom qui ont tendance à réintégrer des activités Internet, voire mobile, au sein de l'entreprise afin de proposer des offres convergentes.

La séparation fonctionnelle, en revanche, pourrait avoir un bel avenir, car elle pourrait être un moyen d'accélérer la réduction du poids de la régulation *ex ante* sur certains marchés. France Télécom a mis en place une forme limitée de séparation fonctionnelle en créant la « Divop », division opérateurs, dans le but notamment d'assurer que les informations transmises par les opérateurs dans le cadre de leur relation d'interconnexion ne se retrouvent pas entre les mains de la branche de détail de France Télécom. Au Royaume Uni, BT est allé plus loin, en créant « Openreach », une division au sein de BT qui gère l'accès à certains éléments de réseau (notamment le réseau d'accès) pour lesquels BT occupera, pendant longtemps encore, une position dominante. La division Openreach traite les autres divisions de BT comme des clients, appliquant à ces clients internes les mêmes procédures qu'elle applique aux opérateurs tiers. Les systèmes d'information, les systèmes de production, la structure de rémunération du personnel, tout est fait pour assurer un traitement non-discriminatoire entre les clients externes et les clients internes au groupe. La non-discrimination est contrôlée par un comité en charge de l'égalité d'accès, qui rend compte au Conseil d'administration de BT. Le système « Openreach » n'a pas été imposé par l'Ofcom dans le cadre de remèdes issus des analyses de marché, mais dans une négociation bilatérale conduisant à un « engagement » pris par l'opérateur historique. Cette démarche a un intérêt pour BT dans la mesure où la séparation fonctionnelle favorisera en théorie une dérégulation plus rapide de ses autres activités, lui laissant une marge de manœuvre plus grande sur les marchés de détail. L'opérateur historique britannique estime que si les conditions d'accès aux « briques de base » du réseau sont les mêmes pour tout le monde, et cette équivalence d'accès est vérifiable et vérifiée, le régulateur pourra se concentrer sur cette partie de BT et alléger son contrôle sur les autres activités du groupe. En créant une situation où le groupe est irréprochable en amont, BT espère gagner une liberté d'action en aval.

Comme l'Arcep l'a expliqué en juin 2004 dans la consultation publique sur le marché haut débit (page 155), la séparation fonctionnelle est une forme poussée de non-discrimination. Elle a estimé qu'une

séparation « managériale » était envisageable comme mesure accessoire à la non-discrimination. Le remède de non-discrimination existe depuis les premières directives européennes « Services » et « ONP » (Open Network Provision) de 1990, mais sa mise en œuvre a toujours été problématique en raison du manque de visibilité sur les différentes activités et services de l'opérateur. La séparation comptable est utile mais connaît elle-aussi des limites. La séparation fonctionnelle selon le modèle britannique mettrait fin aux accusations de traitement discriminatoire au sein de l'opérateur historique, en rendant les relations entre la branche « réseau » et les autres branches de l'opérateur transparentes et irréprochables. La difficulté sera de trouver le périmètre approprié de la branche « réseau » à mettre derrière la Muraille de Chine. Idéalement, il s'agirait des parties du réseau (accès, collecte, fourreaux) pour lesquelles l'opérateur historique sera, pendant longtemps encore, dominant. Ce qui permettra une régulation efficace de cette partie de l'activité de l'opérateur historique, tandis que les marchés en aval s'achemineront naturellement vers la dérégulation.

Faut-il une modification des textes communautaires pour que l'Arcep puisse imposer la séparation fonctionnelle ? Certaines mesures de séparation fonctionnelle pourraient être imposées par le régulateur sans modification de la loi ou des directives européennes existantes, en s'appuyant sur le remède de non-discrimination dont elle serait l'accessoire. Cependant, imposer une séparation aussi profonde que celle acceptée par BT dans le cadre de « Openreach » nécessiterait probablement une base légale plus précise. C'est sans doute pour lever toute ambiguïté sur ce point que le président du GRE a souhaité, le 12 octobre dernier [voir slides de l'intervention de Kip Meek], que la directive européenne « Accès » mentionne expressément ce remède. Si la séparation fonctionnelle était expressément visée par la directive communautaire et la loi nationale, elle pourrait être étudiée dans le « Remedies Paper » du GRE et gagner ainsi en légitimité. Le régulateur sectoriel pourrait dans ce cas plus facilement aborder le sujet avec l'opérateur historique, éventuellement dans le cadre d'un dialogue plus large sur l'allègement de la régulation sur les autres branches de l'opérateur. Certains opérateurs verront, comme BT, la séparation fonctionnelle comme un moyen d'accélérer le processus de dérégulation, notamment pour les offres convergentes.

Lire l'analyse « Convergence numérique : l'Europe renonce à démanteler les opérateurs "puissants" », publiée le 27 octobre 2006

<http://comelec.lesechos.fr/premium/comelec/debat/300110908.htm>

Lire l'étude "Preparing the next steps in regulation of electronic communications", par Hogan & Hartson avec Analysys, Juillet 2006

Voir la présentation de président du GRE, Kip Meek : « ERG Plenary, 4-6 octobre 2006 »