

Unclassified

DAF/COMP(2006)18



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

23-Jun-2006

English/French

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**DAF/COMP(2006)18
Unclassified**

THE IMPACT OF SUBSTITUTE SERVICES ON REGULATION

JT03211270

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

English/French

FOREWORD

This document comprises proceedings in the original languages of a Roundtable on the Impact of Substitute Service on Regulation, held by the Working Party n°2 of the Competition Committee in May 2005.

It is published under the responsibility of the Secretary General of the OECD to bring information on this topic to the attention of a wider audience.

This compilation is one of a series of publications entitled "Competition Policy Roundtables".

PRÉFACE

Ce document rassemble la documentation dans la langue d'origine dans laquelle elle a été soumise, relative à une table ronde sur l'Incidence des Services substituables sur la Réglementation, qui s'est tenue en mai 2005 dans le cadre du Groupe de Travail n°2 du Comité de la concurrence.

Il est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE, afin de porter à la connaissance d'un large public les éléments d'information qui ont été réunis à cette occasion.

Cette compilation fait partie de la série intitulée "Les tables rondes sur la politique de la concurrence".

Visit our Internet Site -- Consultez notre site Internet

<http://www.oecd.org/competition>

OTHER TITLES**SERIES ROUNDTABLES ON COMPETITION POLICY**

1.	Competition Policy and Environment	OCDE/GD(96)22
2.	Failing Firm Defence	OCDE/GD(96)23
3.	Competition Policy and Film Distribution	OCDE/GD(96)60
4.	Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements	OCDE/GD(96)65
5.	The Essential Facilities Concept	OCDE/GD(96)113
6.	Competition in Telecommunications	OCDE/GD(96)114
7.	The Reform of International Satellite Organisations	OCDE/GD(96)123
8.	Abuse of Dominance and Monopolisation	OCDE/GD(96)131
9.	Application of Competition Policy to High Tech Markets	OCDE/GD(97)44
10.	General Cartel Bans: Criteria for Exemption for Small and Medium-sized Enterprises	OCDE/GD(97)53
11.	Competition Issues related to Sports	OCDE/GD(97)128
12.	Application of Competition Policy to the Electricity Sector	OCDE/GD(97)132
13.	Judicial Enforcement of Competition Law	OCDE/GD(97)200
14.	Resale Price Maintenance	OCDE/GD(97)229
15.	Railways: Structure, Regulation and Competition Policy	DAFFE/CLP(98)1
16.	Competition Policy and International Airport Services	DAFFE/CLP(98)3
17.	Enhancing the Role of Competition in the Regulation of Banks	DAFFE/CLP(98)16
18.	Competition Policy and Intellectual Property Rights	DAFFE/CLP(98)18
19.	Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry	DAFFE/CLP(98)20
20.	Competition Policy and Procurement Markets	DAFFE/CLP(99)3
21.	Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence	DAFFE/CLP(99)1

22.	Relationship between Regulators and Competition Authorities	DAFFE/CLP(99)8
23.	Buying Power of Multiproduct Retailers	DAFFE/CLP(99)21
24.	Promoting Competition in Postal Services	DAFFE/CLP(99)22
25.	Oligopoly	DAFFE/CLP(99)25
26.	Airline Mergers and Alliances	DAFFE/CLP(2000)1
27.	Competition in Professional Services	DAFFE/CLP(2000)2
28.	Competition in Local Services	DAFFE/CLP(2000)13
29.	Mergers in Financial Services	DAFFE/CLP(2000)17
30.	Promoting Competition in the Natural Gas Industry	DAFFE/CLP(2000)18
31.	Competition Issues in Electronic Commerce	DAFFE/CLP(2000)32
32.	Competition and Regulation Issues in the Pharmaceutical Industry	DAFFE/CLP(2000)29
33.	Competition Issues in Joint Ventures	DAFFE/CLP(2000)33
34.	Competition Issues in Road Transport	DAFFE/CLP(2001)10
35.	Price Transparency	DAFFE/CLP(2001)22
36.	Competition Policy in Subsidies and State Aid	DAFFE/CLP(2001)24
37.	Portfolio Effects in Conglomerate Mergers	DAFFE/COMP(2002)5
38.	Competition and Regulation Issues in Telecommunications	DAFFE/COMP(2002)6
39.	Merger Review in Emerging High Innovation Markets	DAFFE/COMP(2002)20
40.	Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates	DAFFE/COMP(2002)21
41.	Communication by Competition Authorities	DAFFE/COMP(2003)4
42.	Substantive Criteria used for the Assessment of Mergers	DAFFE/COMP(2003)5
43.	Competition Issues in the Electricity Sector	DAFFE/COMP(2003)14
44.	Media Mergers	DAFFE/COMP(2003)16
45.	Non Commercial Services Obligations and Liberalisation	DAFFE/COMP(2004)19
46.	Competition and Regulation in the Water Sector	DAFFE/COMP(2004)20
47.	Regulating Market Activities by Public Sector	DAFFE/COMP(2004)36

48.	Merger Remedies	DAF/COMP(2004)21
49.	Cartels: Sanctions against Individuals	DAF/COMP(2004)39
50.	Intellectual Property Rights	DAF/COMP(2004)24
51.	Predatory Foreclosure	DAF/COMP(2005)14
52.	Competition and Regulation in Agriculture: Monopsony Buying and Joint Selling	DAF/COMP(2005)44
53.	Enhancing Beneficial Competition in the Health Professions	DAF/COMP(2005)45
54.	Evaluation of the Actions and Resources of Competition Authorities	DAF/COMP(2005)30
55.	Structural Reform in the Rail Industry	DAF/COMP(2005)46
56.	Competition on the Merits	DAF/COMP(2005)27
57.	Resale Below Cost Laws and Regulations	DAF/COMP(2005)43
58.	Barriers to Entry	DAF/COMP(2005)42
59	Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement	DAF/COMP/GF(2006)7

TABLE OF CONTENTS

EXECUTIVE SUMMARY	9
SYNTHÈSE.....	15
BACKGROUND NOTE.....	21
NOTE DE RÉFÉRENCE.....	63
NATIONAL CONTRIBUTIONS	
Brazil.....	109
European Commission.....	119
France	131
Hungary	155
Italy	167
Korea.....	171
Mexico	175
Chinese Taipei	185
Turkey.....	191
United Kingdom	195
United States.....	201
SUMMARY OF THE DISCUSSION	209
COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION	219

EXECUTIVE SUMMARY

by the Secretariat

In the light of the written submissions, the background note and the oral discussion, the following points emerge:

- (1) *Services which are subject to various forms of regulation often compete with other substitute services which are subject to different regulatory controls. Two forces lead to the emergence of substitute services: (a) technological developments which allow new services to be provided over new or existing infrastructures; and (b) regulatory developments (including trade liberalisation) which allow new or existing firms to provide competing services.*

The effects of competition from substitute services are particularly important in telecommunications, transport and financial services. The emergence of a substitute service generally enhances competition, promoting economic efficiency, and, in general, should be encouraged.

In defining a regulatory regime policy-makers must, amongst other things, define the boundaries of the services subject to regulation. In some industries there is no clear “bright line” at which to draw this boundary. In this case, regulated services will, at the margin, compete with services subject to different or no regulation. This has particularly been an issue in the market for postal services, where letter mail (which is usually differentiated by weight and delivery time) competes at the margin with parcel carriers, on the one hand, and courier/express mail services on the other.¹

In addition, over time, as a result of technological developments or regulatory developments, new services may emerge which are potentially a good substitute for the regulated services. Examples include competition between:

- Rail and road transport (for freight services), or between rail and air transport (for passenger services);
- Fixed-wire telephony services and either mobile or voice-over-IP (VoIP) services;
- Cable TV and ADSL broadband service providers;
- Retail banks and “near-banks” such as credit unions;
- Taxis and “private hire vehicles” in the UK.

In the case of the telecommunications industry, a primary driver of the emergence of substitute services is the process of “digitalisation” which allows a wide range of media and communications services to be provided over different underlying infrastructure. Such developments are sometimes referred to as the process of “convergence”.

1 See the EC submission, page 6.

In some cases, regulatory developments allow substitute services to emerge, such as “private hire vehicles” which compete in the provision of private transport services in many cities in the UK. Regulations which enforce access to essential facilities also allow new entrants to provide services which compete with those of the incumbent. In Italy, a change in regulations which gave email the same legal validity as postal delivery has strengthened the extent to which emails can compete with traditional postal services.

The emergence of substitute services increases competition which, in turn, usually promotes economically desirable outcomes. In those instances where the existing regulations are not promoting overall economic welfare (for example, where the existing regulations are protecting private rather than public interests) competition from new emergent services can enhance overall welfare (in effect, such competition amounts to a form of “deregulation by stealth”). Competition from unregulated emergent services can also serve to break-down inefficient cross-subsidies, so that tariffs more closely reflect the underlying costs. For example, in Hungary, VoIP services were specifically differentiated from conventional telephony to ensure that such services could develop “despite the fact that the incumbent had exclusive rights over the provision of telephone calls using PSTN infrastructure”.² In general, competition from substitute services should, wherever possible, be welcomed and encouraged.

- (2) *When the existing regulatory regime promotes a legitimate public policy objective, competition from substitute services subject to different regulations may give rise to a problem of “regulatory asymmetry”.*

Regulatory asymmetry is a potential problem for three reasons: (a) the public policy objectives behind the regulation may be undermined (depending on the way the regulation is implemented); (b) the market outcome may be inefficiently distorted and; (c) firms may have an incentive to expend resources to maintain or eliminate the existing regulatory arrangements in order to preserve or overcome any existing competitive advantage.

Some regulations of existing services may be designed to promote legitimate public interests, such as the promotion of universal service, control of pollution, or control of risk-taking by banks. In these cases, an absence of or a difference in regulation on the substitute services – which is not justified through differences in the underlying “market failure” or need for the regulation – may give rise to a problem of regulatory asymmetry, distorting the market in favour of the more lightly regulated service.

For example, the choice of unregulated voice-over-IP services may allow consumers to avoid making a contribution to fund “universal service” in telecommunications; the Internet may allow consumers to transact with financial institutions in other jurisdictions which are not subject to the same prudential regulation oversight; the Internet may also allow consumers to avoid content restrictions or local-content requirements on domestic broadcasters.

Note that regulations can be symmetric in their effect without being exactly the same for each distinct service. For example, to the extent that roads are unpriced with respect to infrastructure costs (because the construction costs of roads were paid for by the state and not billed to the users) and railway operators are expected to pay the infrastructure costs of track, railway operators might be justified in receiving compensation from the state so that road transport does not have an artificial pricing advantage based on the implicit subsidy to roads. The impact of selective subsidies could be to create symmetry, even though only one service would receive

2 Hungary submission, page 10.

direct subsidies. Article 10 of Directive 2001/14/EC specifically foresees that “Member States may put in place a time-limited compensation scheme for the use of railway infrastructure for the demonstrably unpaid environmental, accident and infrastructure costs of competing transport modes in so far as these exceed the equivalent costs of rail”.³

The term asymmetric regulation is sometimes also used to refer to the need to impose stronger regulatory controls on incumbent telecommunications operators who, as a result of their control over access to essential facilities⁴, are able to restrict the development of competition. In that sense of this term, asymmetric regulation is a necessary consequence of the fact that the incumbent operator provides services which are not available elsewhere. This roundtable used the term asymmetric regulation in a slightly different manner, to refer to the case where two competing services, as opposed to service suppliers, are subject to different regulatory obligations.

- (3) *There are at least three possible policy responses to regulatory asymmetry: maintaining asymmetry, “levelling up” (by extending existing regulation to the unregulated service) or “levelling down” (by lifting regulation on both services). Levelling down is particularly relevant when the existing regulatory regime is designed to control for a lack of competition.*

The emergence of substitute services is an opportunity to review the need for the existing regulatory obligations. Where the public policy goals underlying those regulatory obligations remain legitimate, some changes in the regulatory regime may be necessary to eliminate any regulatory asymmetry. The Italian submission notes that VoIP services are not currently obliged to meet universal service obligations. “The solution is not the blocking of the introduction of VoIP services, or trying to make sure VoIP conforms to traditional fixed line telecommunications. ... The solution is to allow the new services and, in time, to adapt existing regulations, not trying to solve everything beforehand”.⁵

In other cases, however, regulators have not been quick to encourage new VoIP services, fearing the threat to existing universal service obligations. In Brazil, for example, VoIP telephony providers are not yet able to provide communication services between two normal telephones. “This protects PSTN operators from losing part of their business and probably is done with the issue of guaranteeing universal service in mind, and sacrifices competition in the name of the greater good of universalisation”.⁶ In most cases such competition from VoIP could be accommodated through a reform of the mechanisms for funding universal service – by, for example, requiring a contribution from all operators holding telephone numbers, regardless of the technology used to provide services with those numbers.

If the emergent service is not to be blocked or restricted, there are just two possibilities for eliminating the regulatory asymmetry: “levelling the playing field” through “levelling up”, or “levelling down”. Levelling down is particularly likely to be appropriate where the existing regulations were put in place to control the impact of an absence of competition. Several countries noted that the emergence of new services (particularly in telecommunications) has

3 EC submission, page 11.

4 This access to essential facilities may include two-way call termination or “interconnection”. When an incumbent network is much larger than an entrant it may be able to credibly refuse to interconnect – an option which is not available to the entrant.

5 Italian submission, page 3.

6 Brazil submission, page 8.

increased the number of competitors for each different service, allowing a relaxation of regulatory controls.

In the telecommunications industry, the process of convergence has led to a complete overhaul of the regulatory regime at the level of the EU. The 2002 package of EC telecommunications reforms “aims to establish a harmonised regulatory framework for networks and services across the EU and seeks to respond to convergence trends by covering all electronic communications networks within its scope”.⁷

Harmonisation of regulatory rules may not lead to competitively neutral outcomes when those rules are interpreted differently by different regulatory authorities. As a result harmonisation of regulatory regimes is often associated with re-organisation and, particularly, consolidation of regulatory authorities. For example, Chinese Taipei notes that: “To accommodate the convergence of technology and the emergence of innovations in services, Chinese Taipei is beginning to consolidate regulations governing the telecommunications and broadcasting industries into a single regulatory body (known as the NCC)”.⁸

(4) *The emergence of substitute services creates challenging issues for competition law and policy.*

One issue relates to market definition: i.e., whether or not the emergent service should be considered to be in the same market as existing services. This is a particularly controversial issue in the EU where market definition has a direct impact on the degree of regulation to which a service may be exposed. Another issue relates to incumbent responses to the rise of substitute services. To the extent that a substitute threatens the incumbent services, it may be met with a variety of anti-competitive actions by the incumbent, requiring on-going vigilance in competition law enforcement.

The emergence of substitute services obviously has direct implications for defining the boundaries of the relevant market – which is often a key input into competition enforcement and regulatory decision-making. Chinese Taipei writes: “On account of the presence of substitute services, the borders of product markets and geographic markets will gradually blur and, as a result, it will not be easy to accurately define the scope of a given market. It will, therefore, be necessary to collect a great deal more market data and to gain more professional knowledge to define the precise boundaries of a relevant market, each on a case-by-case basis”.⁹

Whether or not substitute services should be classified in the same market as regulated services will depend on a country-by-country and case-by-case analysis. The EC, in its submission, provides a list of factors which will be taken into account in determining whether or not VoIP services are a competitive constraint on PSTN telephony operators.

Market definition issues are particularly important in the context of the EC, where market definition can determine whether or not a particular carrier is subject to ex ante regulation. The presence of sufficient VoIP competition, for example, could in principle lead to a relaxation of the regulatory controls on the fixed-wire incumbent operators.

7 EC submission.

8 Taiwan submission, page 4.

9 Taiwan submission, page 5.

Market definition decisions will of course, determine which types of potentially anti-competitive actions are allowed. For example, a decision to include emergent services in the same market with incumbent services might allow a competition authority to block a merger of a provider of emergent services with a provider of incumbent services but might also lead the competition authority to allow a merger of two providers of incumbent services.

At the same time, the providers of incumbent services may take a number of actions to restrict the development of competition from emergent services, especially when those services may be able to benefit from a regulatory advantage. The French submission notes that anti-competitive practices which hinder the development of a new innovation are a particularly serious competition problem, requiring urgent action.¹⁰

Several submissions gave examples of such anti-competitive practices. For example, in Brazil, at the end of 2004 “there were rumours that some incumbent operators of the PSTN have been blocking access to the routers of a VoIP provider, Skype.”¹¹ In Turkey, Turk Telecom refused to provide access to other Internet Service Providers to its CATV (cable TV) network. The Turkish Competition Authority held that this was an abuse of a dominant position and argued successfully for the divestiture of Turk Telecom’s CATV network in the subsequent privatisation.

In brief, technological or regulatory developments which give rise to new substitute services, are to be welcomed, and facilitated through regulatory decisions and/or modifications to the regulatory regime wherever possible. In some cases these new services will come into conflict with existing regulatory objectives, necessitating revision or overhaul of the existing mechanisms for achieving those objectives, while preserving a “level playing field” between different competing services. Where there are different regulatory authorities responsible for regulating the different services, regulatory harmonisation will often involve harmonisation or consolidation of the regulatory authorities themselves.

10 Original French: « La restriction de concurrence intervenant au moment du lancement de l’innovation revêt un caractère grave et immédiat nécessitant l’adoption de mesures d’urgence ».

11 Brazil submission, page 10. The submission goes on to point out: “To our knowledge, no formal procedure has been issued to ANATEL on these matters, neither have the regulator taken measures to curb these conducts (if any) to this day”.

SYNTHÈSE

par le Secrétariat

A la lumière des contributions écrites, de la note de référence et des débats, on peut dégager les points suivants :

- (1) *Les services soumis à diverses formes de réglementation sont souvent en concurrence avec des services de substitution faisant l'objet de réglementations différentes. Deux facteurs expliquent l'apparition de services de substitution : (a) le progrès technologique, qui permet de fournir de nouveaux services grâce à de nouvelles infrastructures ou aux infrastructures existantes ; (b) l'évolution de la réglementation (y compris la libéralisation commerciale), qui permet à de nouvelles entreprises ou aux entreprises existantes de fournir des services concurrents.*

Les effets de la concurrence exercée par les services de substitution sont particulièrement marqués dans les télécommunications, les transports et le secteur financier. En général, l'apparition d'un service de substitution intensifie la concurrence en favorisant l'efficacité économique, et il faut en principe l'encourager.

Pour définir un régime réglementaire, il faut, entre autres, fixer les limites des services soumis à réglementation. Dans certains secteurs, il n'y a pas de véritable ligne de démarcation. Dans ce cas, les services réglementés seront à la marge en concurrence avec des services faisant l'objet d'une réglementation différente ou échappant à toute réglementation. Ce problème s'est posé en particulier sur le marché des services postaux, où le courrier (généralement différencié en fonction de son poids et de sa rapidité) est en concurrence à la marge avec les transporteurs de colis, d'une part, et les services de messagerie expresse, de l'autre¹.

De plus, au fil du temps, sous l'influence des évolutions technologiques ou réglementaires, on voit apparaître de nouveaux services qui peuvent être de proches substituts des services réglementés. On citera à cet égard la concurrence entre :

- Le rail et le transport routier (pour le fret), ou entre le rail et le transport aérien (voyageurs) ;
- Les services de téléphonie fixe et les services mobiles ou les services vocaux par internet (VoIP) ;
- Les services haut débit par câble ou ADSL ;
- Les banques de détail et les « quasi-banques » comme les mutuelles de crédit ;
- Les taxis et les « limousines » au Royaume-Uni.

1 Voir la communication de la Commission européenne, page 6.

Dans le cas des télécommunications, le facteur essentiel qui explique l'apparition de services de substitution est la « numérisation », qui permet d'offrir via différentes infrastructures un large éventail de services médias et de services de communication. C'est ce qu'on appelle parfois la « convergence ».

Dans certains cas, l'évolution de la réglementation permet l'apparition de services de substitution, comme les services de « limousine », qui concurrencent les services de taxi dans un grand nombre de villes du Royaume-Uni. Les réglementations qui assurent l'accès aux installations essentielles permettent également aux nouveaux entrants de fournir des services qui concurrencent ceux offerts par l'opérateur historique. En Italie, une réforme de la réglementation qui a conféré au courrier électronique la même valeur juridique que le courrier postal a renforcé sur le plan de la concurrence le courrier électronique par rapport aux services postaux traditionnels.

L'apparition de services de substitution intensifie la concurrence, qui favorise elle-même certains résultats économiques souhaitables. Lorsque la réglementation en vigueur ne promeut pas le bien-être économique global (par exemple, lorsqu'elle protège l'intérêt privé au lieu de défendre l'intérêt public), la concurrence qu'exercent les nouveaux services peut améliorer ce bien-être (en fait, cette concurrence revient à une forme de « déréglementation furtive »). La concurrence qu'exercent les nouveaux services non réglementés peut également servir à éliminer les subventions croisées inefficaces, de façon que les prix reflètent davantage les coûts. En Hongrie, par exemple, les services VoIP ont été spécifiquement différenciés des services classiques de téléphonie pour faire en sorte qu'ils puissent se développer « malgré l'exclusivité de l'opérateur historique pour les appels téléphoniques utilisant le réseau public commuté »². En général, il faut dans toute la mesure du possible accueillir favorablement et encourager la concurrence de la part des services de substitution.

- (2). *Lorsque le régime réglementaire en vigueur poursuit un objectif public légitime, la concurrence de la part des services de substitution soumis à une réglementation différente peut créer un problème d'« asymétrie réglementaire ».*

L'asymétrie réglementaire peut se révéler problématique pour plusieurs raisons : (a) elle peut compromettre les objectifs publics (selon la façon dont la réglementation est appliquée) ; (b) elle peut provoquer sur le marché des distorsions inefficaces ; (c) les entreprises peuvent avoir intérêt à dépenser des ressources pour préserver ou éliminer le dispositif réglementaire en vigueur, afin de sauvegarder leur avantage concurrentiel ou de mettre fin à l'avantage concurrentiel de compétiteurs.

La réglementation applicable aux services existants peut avoir pour but de promouvoir un intérêt public légitime, par exemple un service universel, la lutte contre la pollution ou le contrôle de la prise de risque des banques. En pareil cas, l'absence de réglementation des services de substitution ou l'application à ces services d'un régime réglementaire différent – qui ne sont pas justifiées par des différences sur le plan des « déficiences de marché » ou de la nécessité d'une réglementation – peuvent créer un problème d'asymétrie réglementaire, en faussant le marché en faveur des services les moins réglementés.

Par exemple, en choisissant les services téléphoniques vocaux IP lorsqu'ils ne sont pas réglementés, le consommateur peut éviter de contribuer au financement d'un « service universel » pour les télécommunications ; de plus, Internet permet aux consommateurs de

2 Communication de la Hongrie, page 10.

contracter avec des organismes financiers d'autres pays qui ne sont pas soumis à la même surveillance prudentielle ; enfin, grâce à Internet, les consommateurs peuvent éluder les restrictions qui ont trait au contenu ou les obligations de contenu local que doivent respecter les télédiffuseurs locaux.

On notera que la réglementation peut être symétrique dans ses effets sans être identique pour chaque service considéré. Par exemple, dans la mesure où les coûts d'infrastructure du réseau routier ne sont pas tarifés (parce que les coûts de construction des routes ont été financés par l'État et n'ont pas été facturés aux usagers) et où les exploitants de chemins de fer doivent acquitter les coûts d'infrastructure des voies ferrées, les sociétés de chemins de fer peuvent légitimement obtenir une compensation de l'État afin que le transport routier ne bénéficie pas d'un avantage artificiel de prix résultant du subventionnement implicite du réseau routier. Des subventions sélectives peuvent avoir un effet de symétrie, même si un seul service se voit accorder des subventions directes. L'article 10 de la directive 2001/14/CE prévoit expressément que « les États membres peuvent instaurer un système de compensation à durée limitée, lors de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, des coûts environnementaux, des coûts liés aux accidents et des coûts d'infrastructure non couverts dans les modes de transport concurrents, lorsque la couverture de ces coûts peut être établie et dans la mesure où ils dépassent les coûts équivalents propres au chemin de fer »³.

Parfois, l'expression « réglementation asymétrique » vise également la nécessité d'imposer une réglementation plus stricte aux opérateurs historiques de télécommunications qui, parce qu'ils contrôlent l'accès à des installations essentielles⁴, sont en mesure de limiter le développement de la concurrence. En ce sens, la réglementation asymétrique est une conséquence nécessaire de la fourniture, par l'opérateur historique, de services qui ne peuvent pas être offerts par d'autres entreprises. Lors de cette table ronde, l'expression « réglementation asymétrique » a été utilisée dans une acception légèrement différente : elle s'applique au cas où deux services concurrents (et pas deux fournisseurs de services concurrents) font l'objet d'obligations réglementaires différentes.

- (3) *Il y a au moins trois solutions possibles pour remédier à l'asymétrie réglementaire : le maintien de l'asymétrie, l'« égalisation par le haut » (en appliquant la réglementation en vigueur aux services non réglementés) ou l'« égalisation par le bas » (en supprimant la réglementation applicable aux deux services). L'égalisation par le bas entre tout particulièrement en ligne de compte lorsque le régime réglementaire en vigueur est conçu dans l'optique d'une concurrence insuffisante.*

L'apparition de services de substitution doit être l'occasion de réexaminer la nécessité des obligations réglementaires en vigueur. Lorsque les objectifs publics que reflètent ces obligations réglementaires restent légitimes, il faudra probablement modifier sur certains points le régime réglementaire afin d'éliminer toute asymétrie réglementaire. Comme l'indique la communication italienne, les services VoIP ne sont pas actuellement soumis aux obligations de service universel. « La solution n'est pas d'empêcher l'introduction de services VoIP, ni d'essayer de faire en sorte que ces services soient conformes aux télécommunications traditionnelles par ligne fixe. ... La

3 Communication de la Commission européenne, page 11.

4 Cet accès aux installations essentielles peut comprendre la terminaison d'un appel bidirectionnel ou « interconnexion ». Lorsque l'opérateur historique dispose d'un réseau de très grande dimension par rapport à celui de l'entrant, on peut légitimement penser qu'il pourra refuser l'interconnexion, ce qui n'est pas possible pour le nouvel entrant.

solution est d'autoriser les nouveaux services et, au fil du temps, d'adapter la réglementation en vigueur, et pas de vouloir résoudre préalablement tous les problèmes »⁵.

Néanmoins, le régulateur ne s'est pas toujours montré empressé à encourager les nouveaux services VoIP, par crainte de compromettre les obligations en vigueur de service universel. Au Brésil, par exemple, les prestataires de services VoIP ne peuvent pas encore assurer ces services entre deux téléphones normaux. « Cela protège les opérateurs du réseau public commuté contre la perte d'une partie de leurs activités, probablement dans l'intention de garantir le service universel, mais la concurrence est sacrifiée au nom de l'intérêt suprême de l'universalité »⁶. Dans la plupart des cas, il est possible de laisser jouer la concurrence de la part des services VoIP en réformant le mécanisme de financement du service universel, par exemple en exigeant une contribution de tous les opérateurs détenant des numéros de téléphone, quelle que soit la technologie utilisée pour fournir les services qui se rapportent à ces numéros.

Si l'on ne veut pas bloquer ou limiter le nouveau service, il n'y a que deux possibilités pour éliminer l'asymétrie réglementaire : « l'égalisation des chances » par « égalisation vers le haut » ou « égalisation par le bas ».

L'égalisation par le bas conviendra très probablement lorsque la réglementation en vigueur avait été adoptée pour faire face à l'absence de concurrence. Plusieurs pays ont fait observer que l'apparition de nouveaux services (tout spécialement dans les télécommunications) a accru le nombre de concurrents pour chaque service, ce qui a permis d'assouplir les restrictions réglementaires.

Dans le secteur des télécommunications, le phénomène de convergence a conduit à une refonte complète du régime réglementaire au niveau de l'UE. Les réformes de 2002 dans le secteur des télécommunications visent à établir un cadre réglementaire harmonisé pour les réseaux et services dans l'ensemble de l'UE et à prendre en compte le mouvement de convergence en couvrant tous les réseaux électroniques de communications qui entrent dans son champ d'application⁷.

L'harmonisation des réglementations risque de ne pas donner des résultats neutres du point de vue de la concurrence si les textes sont interprétés différemment par plusieurs autorités de régulation. En conséquence, l'harmonisation des régimes réglementaires se double souvent d'une réorganisation et, plus particulièrement, d'un regroupement des autorités de régulation. Ainsi, le Taipei chinois fait-il observer que : « Pour prendre en compte la convergence des technologies et l'innovation dans les services, le Taipei chinois commence à confier l'application des réglementations qui régissent les télécommunications et l'audiovisuel à un organisme unique de régulation (la NCC) »⁸.

(4) *L'apparition de services de substitution crée de nouveaux défis pour le droit et la politique de la concurrence*

Il s'agit tout d'abord de savoir comment définir le marché : le nouveau service doit-il ou non être considéré comme relevant du même marché que les services existants ? Ce point est

5 Communication de l'Italie, page 3.

6 Communication du Brésil, page 8.

7 Communication de la Commission européenne.

8 Communication du Taipei chinois, page 4.

particulièrement controversé dans l'UE, où la définition du marché a un impact direct sur l'intensité de la réglementation à laquelle un service peut être soumis. Une autre question est celle des mesures pouvant être prises par l'opérateur historique face au développement des services de substitution. Si un service de substitution menace les services de l'opérateur historique, celui-ci peut réagir à cette menace par tout un éventail de pratiques anticoncurrentielles, qui exigent une vigilance constante dans l'application du droit de la concurrence.

L'apparition de services de substitution a manifestement un impact direct sur la délimitation du marché pertinent, lequel est souvent déterminant pour l'application du droit de la concurrence et pour la prise de décision réglementaire. Comme l'indique le Taipei chinois : « Avec la présence de services de substitution, les contours des marchés de produits et des marchés géographiques s'estompent progressivement, de sorte qu'il devient difficile de délimiter avec précision le marché à prendre en compte. Il faudra donc rassembler beaucoup plus de données sur le marché et acquérir une plus grande expertise pour fixer les limites précises du marché pertinent, en procédant chaque fois au cas par cas »⁹.

C'est en fonction de l'analyse qui sera conduite dans chaque pays au cas par cas qu'on saura si, oui ou non, les services de substitution doivent être considérés comme relevant du même marché que les services réglementés. Dans sa communication, la Commission européenne énumère les facteurs qui seront pris en compte pour déterminer si les services VoIP représentent une contrainte concurrentielle pour les opérateurs du réseau public commuté.

La définition du marché est particulièrement importante dans le contexte de l'UE, car elle peut déterminer si un opérateur sera ou non soumis à une réglementation préalable. L'existence d'une concurrence suffisante de la part des services VoIP, par exemple, pourrait en principe conduire à un assouplissement des réglementations applicables aux opérateurs historiques de téléphonie fixe.

Les décisions en matière de définition du marché déterminent, bien entendu, quels sont les types autorisés de pratiques potentiellement anticoncurrentielles. Par exemple, s'il a été décidé que de nouveaux services relevaient du même marché que les services de l'opérateur historique, une autorité de la concurrence aura la possibilité de bloquer une fusion entre un fournisseur de nouveaux services et un fournisseur de services traditionnels, mais elle aura aussi la possibilité d'autoriser la fusion de deux fournisseurs de services traditionnels.

Les fournisseurs de services traditionnels pourront prendre toute une série de mesures pour restreindre la concurrence de la part des nouveaux services, surtout lorsque ces nouveaux services peuvent bénéficier d'un avantage réglementaire. Dans sa communication, la France fait observer que « la restriction de concurrence intervenant au moment du lancement de l'innovation revêt un caractère grave et immédiat nécessitant l'adoption de mesures d'urgence ».

Plusieurs communications illustrent par des exemples ces pratiques anticoncurrentielles. Au Brésil, à la fin de 2004, « des rumeurs circulaient selon lesquelles certains opérateurs historiques du réseau public commuté avaient empêché l'accès aux routeurs d'un prestataire de services VoIP »¹⁰. En Turquie, Turk Telecom refusait aux autres fournisseurs de services Internet l'accès

9 Communication du Taipei chinois, page 5.

10 Cette citation précède le texte ci-après : « A notre connaissance, ANATEL n'a fait l'objet d'aucune procédure formelle dans ce domaine et, à ce jour, le régulateur n'a pris aucune mesure pour mettre fin à ces pratiques (si tant est qu'elles existent) ».

à son réseau de télévision câblée. L'Autorité turque de la concurrence a considéré qu'il y avait abus de position dominante et elle a fait valoir, avec succès, que Turk Telecom devait céder son réseau câblé lors de la privatisation ultérieure.

En résumé, il faut considérer comme salutaires les évolutions technologiques ou réglementaires à l'origine de l'apparition de nouveaux services de substitution et faciliter ces évolutions dans toute la mesure du possible par le biais de décisions réglementaires et/ou de modifications du régime réglementaire applicable. Dans certains cas, ces nouveaux services contrarieront la réalisation des objectifs réglementaires et il faudra revoir ou refondre les mécanismes mis en place pour atteindre ces objectifs, tout en préservant l'égalité des chances entre les différents services concurrents. Lorsque plusieurs autorités de régulation ont en charge les différents services, l'harmonisation des réglementations nécessitera souvent des mesures de coordination ou de regroupement des organismes mêmes de régulation.

BACKGROUND NOTE¹

by the Secretariat

1. Introduction

Many services in OECD economies are subject to sector-specific regulatory regimes. These regulatory regimes impose a range of different requirements such as maximum prices, service obligations, content restrictions (on broadcasters), or minimum levels of capital (on banks). At the same time, virtually all of these regulated services face competition of some kind from various substitute services, at least at the margin. These substitute services are often subject to different regulatory requirements or, in some cases, no sector-specific regulatory requirements at all. For example:

- Rail services (which are typically regulated to some extent) face significant competition from other transport modes for both passenger and freight services;
- Voice communications services over the PSTN face competition from mobile (wireless) services and from voice services over end-to-end² IP networks; Firms which deliver broadband services over local loops using ADSL technology compete with broadband services provided over cable TV infrastructure or the electric power network.
- Traditional regulated postal services face competition from other text communications services such as the Internet, fax, email and SMS;
- Electricity and gas compete in some end-user applications and at different levels of the chain of production – for example, electricity transmission competes with gas transmission in the delivery of energy to major centres.
- In some countries, regulated providers of banking services face competition at the margin from near-banks such as credit unions; in some countries, regulated taxi services face competition from related services subject to less regulation (such as “private hire vehicles” in the UK).

When competing substitute services are subject to different regulatory regimes there arises what is sometimes called a “regulatory asymmetry”. This paper explores the implications of regulatory asymmetry for the design of regulatory regimes. The questions addressed in this paper are the following: What are the problems that arise from asymmetric regulatory requirements? What does it mean to establish a “level playing field” between regulated services and their substitutes? Are there any implications for the

1 The attached background note was prepared by Dr. Darryl Biggar, Senior Economist at the ACCC and Consultant to the OECD Secretariat.

2 Many telecommunications services involving the PSTN will make use of an IP network for at least some component of the service but some IP services can and do bypass the PSTN entirely.

way regulatory authorities should be structured? What are the consequences for the enforcement of competition law?³

The key points of this paper are as follows:

- Virtually all regulated services are subject to competition, at least at the margin, from substitute services. These substitute services emerge either from technological developments or regulatory developments which allow new or existing firms, subject to different regulatory regimes, to provide new services. These developments are sometimes the result of a broader process known as “convergence”. When substitute services are subject to different regulatory requirements there arises a potential problem of regulatory asymmetry. Although substitutes are present for virtually all regulated services, substitute services are currently giving rise to particular regulatory policy issues in three regulated industries:
 - In the telecommunications industry, where different physical infrastructures and different categories of services (which have historically been subject to different regulatory regimes) are increasingly able to provide a wide range of competing services;
 - In the financial services industry, where, institutions subject to different regulatory regimes (e.g., banks, insurance companies, credit unions, savings and loans⁴) have, over time, been allowed to provide similar products and services.
 - In the transportation sector where different transport modes have long been in (partial) competition with one another (e.g., rail and road freight).
- This paper will focus on the “product” dimension of substitute services, but there is equally a “geographic” dimension to substitute services. In fact, with moves to liberalise trade in services, through regional or global economic integration initiatives, the most important substitutes for many regulated services are services provided by firms subject to foreign regulatory regimes. Trade liberalisation raises virtually all of the same issues discussed in this paper, such as issues of conflict between competition and domestic policy objectives, and issues of the structure of regulatory authorities. Regulatory developments which ensure access to essential facilities, by actively encouraging the rise of firms offering substitute services, also raises many of the same issues discussed in this paper.
- Regulatory asymmetry gives rise to three potential problems. First, competition from differently regulated services may undermine certain public policy objectives. Second, the effectiveness of the process of competition in ensuring efficient outcomes may be reduced.

3 The term “asymmetric regulation” is sometimes used to refer to the different treatment of an incumbent firm and new entrant firms in an industry. When the incumbent is able to restrict the development of competition through its control over access to essential facilities it is entirely appropriate for the incumbent firm to be subject to more stringent regulation. However, this stringent regulation is applied because of the incumbent’s market power over certain services. This market power arises because there are no good substitutes for the essential facilities. In this paper I will use the term “asymmetric regulation” to refer to a situation where firms which provide close substitute services are subject to different regulatory obligations.

4 A “Savings and Loans Association” (“S&L”) is a financial institution in the US which, historically, accepted deposits from consumers and made home loans. Liberalisation of the rules governing S&Ls the 1980s allowed S&Ls to offer a wider range of services and to compete more directly with banks.

Third, firms may incur costs in seeking to be regulated under the less-restrictive regulatory regime. This is sometimes known as “regulatory arbitrage” or “forum shopping”.

- In the presence of regulatory asymmetry, the emergence of competition from substitute services will undermine existing regulatory controls. Where the existing regulatory controls are undesirable or out-of-date, this development might enhance overall welfare. But where the existing regulatory controls are based on legitimate public policy objectives, the desire to promote competition from substitute services will often come into conflict with some other desirable public policy objective. For example, where certain non-commercial services are provided through internal cross-subsidies, the desire to promote competition is placed in conflict with the desire to maintain the non-commercial services. This is reflected in the saying: “cross-subsidies are the enemy of competition because competition is the enemy of cross-subsidies”. The same principle applies whenever the pursuit of a regulatory objective is achieved through obligations imposed on a regulated firm but not on its substitutes.
- Eliminating the problems from regulatory asymmetry can be achieved by either preventing the emergence of the substitute service or by “levelling the playing field” – that is, ensuring that the substitute services are subject to comparable regulatory objectives. Differences in regulation should be due only to differences in regulations necessary to correctly control or price differences in “market failures” in the provision of the two services, such as differences in market power. This process of levelling the playing field is sometimes described as regulatory “harmonisation” or as a move towards “technology neutral” regulation. This may be achieved by either extending regulatory obligations to substitute services or removing regulatory obligations on incumbent services; that is, by “levelling up” or “levelling down” existing regulatory requirements.
- In general it is not possible to specify whether “levelling the playing field” should involve “levelling up” or “levelling down”. The decision depends on a review of existing regulation, including answering familiar questions such as “What is the public policy rationale for the existing regulation?”; “What are the different options for promoting this objective?”; “What are the costs and benefits of each option”. If the existing public policy objective remains legitimate and the existing approach for achieving that objective remains the best option, it may be necessary to extend existing regulatory requirements to the new services – a “levelling up”.
- Where the regulatory regime has been set up to control the effects of a lack of competition, the emergence of competition from substitutes will, in principle, allow an alleviation of the existing regulatory obligations (that is, a “levelling down”). This is particularly the case where there is an identifiable group of customers for whom the two services are close substitutes. Care should be taken to ensure that necessary regulatory controls are not lifted on “captive” customers for whom the alternatives are not close substitutes.
- In many industries, the achievement of certain public policy objectives requires the provision of non-commercial services. It may be that one firm has responsibility for funding these non-commercial services, through internal cross-subsidies. In this case, “levelling the playing field” requires the establishment of a new mechanism for funding the non-commercial services, either through a competitively-neutral tax on competing

firms or through other government revenues. There are many mechanisms for funding non-commercial services even in the presence of competition.⁵

- In some industries there are different regulatory authorities with responsibilities for different firms providing competing services. In this case “levelling of the playing field” requires harmonisation of the actions of these regulators, usually through consolidation of the regulatory institutions into a single body. In recent years there has been a trend towards reorganisation of regulators in the telecommunications / broadcasting and financial sectors. This reorganisation has tended to be away from traditional “vertical” or “industry” lines towards “activity” or “objective” lines (e.g., regulation of content on one hand, and regulation of access to infrastructure on the other).
- Whether or not the presence of substitute services enhances or undermines public policy objectives, the incumbent regulated firm(s) are likely to view substitute services as a threat. In addition to seeking regulatory protection from this threat they may engage in anti-competitive practices such as enhancing a dominant position by buying out providers of the substitute services; using its position as the provider of essential facilities to deny the growth of substitute services; or entering the market for substitute services and pricing below cost with the intention of eliminating the competing providers. There will often be a need for vigorous enforcement of competition law to prevent these practices. Competition law enforcement in these sectors will almost always involve careful case-by-case determination of when the two substitute services can be said to be in the same market.

2. Regulated Services and their Substitutes

For any given regulated service, which services should be classified as substitutes? This question is closely akin to the well-known question of “market definition”. As with the market definition question, the question of which services are substitutes must be approached from the perspective of an individual consumer or end-user – for a given consumer what alternative services are available to the consumer? from what alternative service providers? and how does the consumer value these alternative services compared to the original service?

In defining the set of substitutes for a given consumer, it is common to distinguish two different dimensions, known as the “product” dimension and the “geographic” dimension. The product dimension refers to the characteristics of the service itself and how the consumer values those characteristics. The geographic dimension refers to the extent to which, after taking into account transportation costs, the consumer is willing to switch to services provided from a distant production facility relative to services from a local production facility.

Focus first on the “product” dimension. It turns out that for virtually all regulated services there are partial substitutes (that is, substitutes to which the bulk of consumers would turn if the regulated price were high enough, or services which are close substitutes for a minority of consumers⁶). A partial list of regulated services and their potential substitutes is set out in table 1.

5 These alternatives are discussed in greater depth in a recent report “Non-commercial services obligations and liberalization”, OECD (2003b).

6 Note that the statement that two services are substitutes does not mean that they are “perfect substitutes” – that is, perfectly interchangeable in the eyes of all consumers. In this paper, two services are substitutes if a large enough increase in the price of one service would cause a substantial proportion of a group of

Table 1: Regulated Services and their Substitutes

Regulated service	Potential or partial substitute service
Rail freight services	Road freight, air freight, water/maritime freight
Rail passenger services	Private car, bus, air transport
Postal services	Fax, email, SMS
Electricity transmission	Gas transmission
Voice PSTN services	Voice-over-IP services
Broadband Internet via ADSL	Broadband Internet over cable TV infrastructure

In addition, in many countries certain services which are substitutes (and therefore in competition with one another) are subject to different regulatory regimes. For example, in many countries⁷ credit unions (co-operative or “member-owned” financial institutions) provide services which are a close substitute to the services of traditional banks. In some countries, retirement savings products are offered by both insurance companies and other financial companies. In Canada, for example, insurance companies offer a savings product (known as a “segregated fund”) which is a close substitute for traditional mutual funds. In London, the regulatory regime for taxi services allows for a close substitute service (known as “private hire vehicles”) subject to a lower level of regulation.

The extent to which end-users are willing or able to switch to these alternative services will vary from case to case. For example, while the audio and content quality of Internet radio services is equivalent to or better than conventional broadcast radio, at present, most connections to the Internet are from a fixed location, reducing the potential for mobility of the listener, and limiting the scope for substitution between broadcast and Internet radio.⁸ The willingness of consumers to switch will also depend on other factors such as the nature of specific investments made by consumers (e.g., in training or in specific equipment). Obviously, the greater the willingness of end-users to switch to the substitute services, the greater the impact of the substitute services on the regulation of the regulated services.

There are two primary drivers of the emergence of new substitute services:

- technological developments – which make it technically feasible for existing or entrant firms to provide services which compete with existing services; and
- regulatory developments, which make it legally feasible for existing or new firms to provide services which compete with existing service.⁹

These two drivers are not independent of each other – for example, regulatory controls drive investment in innovation to “work around” or avoid those regulatory controls. Conversely, a change in a

identifiable consumers to switch to the other service. Two services do not have to offer the same quality, or have the same price, to be substitutes.

7 According to the World Council of Credit Unions, credit unions are active in around a third of the OECD countries - the UK, Ireland, Czech Republic, Poland, Japan, Korea, Canada, the US, Mexico, Australia and New Zealand). <https://www.woccu.org/>

8 It is not yet common to listen to Internet radio services in a car, for example. Despite this disadvantage, it appears that Internet radio may be increasingly seen as a threat to commercial radio, at least for certain classes of listeners. <http://www.netradiosales.com/mediapost.htm>. In the future it is likely that fully-mobile communications devices based on the Internet Protocol will be developed.

9 Frieden (2004), page 275 cites both of these factors as a driver for regulatory asymmetry and gaming: “The opportunities for gaming the regulatory system appear to have grown rather than narrowed as a product of technological innovations, enactment of the ’96 Act and longstanding FCC regulatory classifications such as the basic/enhanced services dichotomy”.

regulation – such as rule change allowing competition from foreign-based firms, might have little impact without technological change reducing the cost of communicating with foreign firms.

Two different regulatory developments have been particularly important at fostering the rise of substitute services:

- A reduction in barriers to trade in services (through, say, regional integration initiatives) increases the range of substitute services available to consumers and may increase competition between firms subject to different regulatory regimes. This has particularly been an issue in, say, the financial services industry where a reduction in barriers to trade in financial services has allowed consumers to transact with service providers subject to foreign regulatory regimes.¹⁰
- The expansion of the requirement to provide access to essential facilities. The services provided by companies which obtain access to essential facilities are usually substitutes, in some way, for the services of the regulated incumbent and give rise to the same competition issues discussed below.

The emergence of substitute services is sometimes referred to as “convergence”. For example, it is common to hear of “convergence” of the broadcasting and telecommunications industries¹¹, convergence of the gas and electricity sectors¹², or convergence in financial institutions¹³. However, the term convergence in common usage has not yet developed a well-defined meaning and so, for clarity will not be used further in this paper.¹⁴

The emergence of substitute services increases competition for the services of the incumbent and reduces the market power of the incumbent over those consumers who are willing and able to switch to the substitutes. This increase in competition is usually at least partly beneficial. However, as we will see, policy issues arise when substitute services are subject to different regulatory requirements or obligations. This is referred to in this paper as the problem of “regulatory asymmetry”. This paper explores the implications of regulatory asymmetry for policy-makers.

10 As mentioned above, this has been facilitated by technological developments such as the Internet which reduce the costs of transacting with firms which are physically removed from the consumer, further enhancing the range of substitute services subject to different regulatory regimes.

11 See, for example, OECD (1997), “Webcasting and Convergence: Policy Implications”; OECD (1999), “Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence”.

12 See, for example, Cavicchia (2004), “Convergence of Gas and Electricity Markets”; Makhholm (1999), “Gas and Electricity Sector Convergence: Economic Policy Implications”.

13 See, for example, BAI (2000), “Regulating Convergence: Towards a Uniform Framework for Banking, Insurance and Investments”.

14 It has been said that the “use of the term convergence has not yet converged”, Katz and Woroch (1997). Greenstein and Khanna (1997) distinguish “convergence in substitutes” and “convergence in complements”. Using this terminology, this paper is primarily about convergence in substitutes. It is useful to distinguish convergence in complements in production and convergence in complements in consumption. The use of a single infrastructure to provide a number of different services is an example of convergence in complements in production. This sense of the term convergence, which focuses on economies of scope, was used in OECD (1999).

In recent years, problems from regulatory asymmetry have been particularly important in the following industries:

- In the telecommunications industry, where technological developments (particularly digitalisation) have increasingly allowed one physical infrastructure to provide a range of services. Historically, since each infrastructure was linked to the provision of a limited range of services, it was common to link a regulatory regime to a particular infrastructure. As a result, cable television, the PSTN, and the Internet were each subject to different regulatory requirements. Regulatory classifications have traditionally made a distinction between voice and data services with voice services subject to more onerous regulatory requirements. With digitalisation the distinction between voice and data is increasingly meaningless, allowing services formerly classified as “data” to compete in the provision of “voice” services.¹⁵ Policy-makers have responded with a move towards “technology neutral” forms of telecommunications regulation.
- In the financial services industry, where developments have been driven by regulatory reform, technological change and trade liberalisation. Technological change has (as in the telecommunications industry) reduced the cost of expanding the range of services offered, allowing insurance, banking, and superannuation companies to produce competing products. At the same time, trade liberalisation has increased the scope for competition between firms offering similar products but under different regulatory jurisdictions. The relaxation of regulatory controls on the range of services that can be offered has also played a role in allowing different firms to offer competing products.
- In the transportation industry, where technological change and congestion in the road mode have been the main drivers. While the road network in OECD countries has improved dramatically in the past few decades, increasing congestion (particularly in Europe) has increased the relative attractiveness of other transport modes, such as rail. At the same time, developments such as high-speed trains, increase the attractiveness of rail relative to air for shorter-distance passenger travel.

3. The Costs of Regulatory Asymmetry

As mentioned above, the emergence of substitute services is usually at least partly beneficial to overall welfare. In virtually all industries, the public policy objectives for the industry include the objective to provide an efficient range, price and quality of services and for those services to continue to be provided in an efficient manner, with on-going innovation in production, prices and quality, in the future. These objectives are at least partly facilitated by competition from substitute services. The emergence of substitute services reduces the market power and enhances the incentives on the incumbent firms to innovate, at least in the provision of services to those end-users who are willing and able to switch to the substitute services.

15 Leo and Huber (1997): “Existing regulatory codes for telephone, cable and broadcast treat ‘data’ services as largely beneath or outside official attention. ... They are exempt from access charges and almost completely free of most other forms of common-carrier regulation. ... Data has long been the ‘incidental’ service tagged onto something else older and more important. As such data has been the fortunate beneficiary of regulatory accident, inattention, neglect and indifference. ... The data inmates are taking over the regulatory asylum”.

In the case where existing regulatory controls are inappropriate or out-of-date, the emergence of competition from unregulated substitutes may assist the process of undermining inappropriate regulatory requirements, thereby enhancing overall welfare.

In addition, in some sectors the emergence of substitute services may enhance the achievement of other public policy objectives. For example, a common public policy objective in broadcasting is to achieve a “plurality” of voices in the media (to ensure that the public have access to a diverse range of opinions)¹⁶. The emergence of substitute broadcasting services (such as Internet radio or television) enhanced the achievement of this objective.¹⁷

Nevertheless, when the substitute services are subject to different regulatory requirements – that is, when regulatory asymmetry arises – three potentially serious problems can emerge:

- First, competition from substitute services not subject to the same regulatory obligations may undermine legitimate public policy objectives, such as the desire to promote universal service;
- Second, market outcomes will be distorted – that is, firms will be able to thrive and expand not on the grounds that they deliver a better product or can produce more cheaply but on the grounds of a regulatory advantage;
- Third, firms will expend resources or distort production decisions in order to be subject to the less-restrictive regulatory regime. This is sometimes referred to as “regulatory arbitrage”.

Of these three costs, the first is in practice the most important and will be discussed further below. However, the second and third costs are also important and are worth a brief discussion here.

Box 1. Can the emergence of substitute services increase market power?

It was noted above that the emergence of substitute services increases competition and reduces some aspects of the market power of incumbent firms. In particular, the market power of the incumbent is reduced with respect to those customers who are willing and able to switch to the substitute service. But this does not imply that the market power of the incumbent firm is eliminated entirely or that existing regulatory controls on the incumbent can be removed.

For example, suppose there are two sets of customers – some of whom can easily switch to the substitute services and some of whom cannot – these customers are “captive” to the incumbent. If the incumbent cannot price discriminate between these two groups, the emergence of a substitute service might lead those customers who can do so to switch to the substitute, leaving the incumbent with only the captive customers. If the demand elasticity of these captive customers is smaller than the demand elasticity of those customers who have switched it could be the case that the incumbent is left with a greater level of market power overall – only over a smaller group of customers. For example, if a railroad was not able to price-discriminate between different

16 The idea here, using an economic analogy, is to foster the “marketplace of ideas” which encourages scrutiny and testing of ideas, with the ultimate aim of informing democracy and sound public policy.

17 OECD (1997), page 42 observes: “Much of the justification for regulating traditional broadcasting media has been to safeguard the existence of a variety of sources of information and opinion. The rationale for this has largely been that a high degree of ownership concentration may adversely impact on pluralism. ... Webcasting over the Internet adds new sources of information and plurality. Accordingly policies should encourage webcasting as a tool to increase pluralism”.

18 In a recent rate case for the US Postal Service it was found that despite strong competition from Internet services leading to a sizeable drop in total mail volumes, the elasticity of demand for first-class mail services has remained the same.

shippers, the loss of some traffic to trucking might leave the railroad with greater market power over the remaining freight which is captive to the rail mode.¹⁸

As a consequence, it does not automatically follow that the emergence of substitutes reduces the overall market power of the incumbent or should necessarily and automatically imply the lifting of regulatory controls on the incumbent. More generally, the elasticity of the residual demand curve may not be the same for the two services – the elasticity of demand may be much lower for the “incumbent” service than for its rival.

Regulatory asymmetry distorts competition and raises production costs

As noted above, competition has the potential to promote productive and allocative efficiency but when competing firms are subject to different regulatory burdens inefficient firms may survive in the market at the expense of more productive rivals. Economic resources are directed from one firm to another, not on the basis of greater efficiency or higher quality products, but on the basis of differences in regulation. In other words, regulatory asymmetry leads to distorted market outcomes. Ameritech argues this as follows:

“Failure to eliminate asymmetries between the rules governing the activities of [competing firms] distorts the operation of the market by producing differences in costs that result in inefficiencies. Asymmetries also produce distorted incentives for new entrant carriers to employ arbitrage and “cream skimming” to target services that provide subsidy to other regulated services for which incumbents do not have pricing flexibility. It is important that the marketplace, and not regulators, determine winners and losers. Even-handed regulation, competitive neutrality, and minimal marketplace interference will lead to the development of a level playing field”.¹⁹

Similarly Ordoover (2000) notes:

“Asymmetry in regulation will generally result in asymmetry in costs. This, in turn, will distort investment incentives and the workings of competition”.²⁰

Similar problems arise from competition between private firms and government-owned firms when the government owned firms benefit from special privileges such as lower borrowing costs (due to implicit government guarantees), special rights or exemptions from certain taxes. The problem of ensuring that government-owned and private firms compete in the market place on an equal footing is commonly referred to as ensuring “competitive neutrality”.

In addition to distorted market outcomes in the presence of regulatory asymmetry, firms may actively expend resources in an attempt to achieve a lower regulatory burden. This might include, for example, distorting production decisions in order to achieve a different regulatory status. This process is known as “regulatory arbitrage” or (less commonly) as “forum shopping”. The following box provides an example of how different regulatory obligations on call termination charges create strong incentives for telecommunications carriers to disguise the origin of the traffic they produce.

19 SBC Ameritech, Public Policy Issues: Symmetrical Regulation, [http://www.sbc.com/Large-Files/RIMS/Affiliate Transactions/Network/Public Policy Issues/jb_3076.pdf](http://www.sbc.com/Large-Files/RIMS/Affiliate_Transactions/Network/Public_Policy_Issues/jb_3076.pdf)

20 Also: “Regulatory asymmetries typically provide arbitrage opportunities for crafty users and entrepreneurial market entrants. ... The resulting market distortions tilt the competitive playing field in favour of one class of stakeholder over another by adding or reducing financial burdens”. Frieden (2004), page 265.

Box 2. Regulatory Arbitrage in the Telecommunications Industry

When different substitute services face different regulatory burdens firms have a strong incentive to expend resources to have their service classified under the regime which has the lowest regulatory burden. One form of this phenomenon occurs in the telecommunications industry. In most countries the charge for terminating a telephone call differs according to the origin of the service. For example, the charge for terminating a long-distance call might be different from the charge for terminating a local call; the charge for terminating a mobile call might be different from the charge for terminating an international call, and so on. Because of these differences, firms which originate calls have a strong incentive to have their traffic appear to originate on a service which attracts the lowest charge.

Frieden (2004) cites the following differences in charges for terminating calls on a LEC ("Local Exchange Carrier") in the US:

1. "The exchange of traffic between an ISP and a LEC typically triggers no per minute access charge, because the ISP qualifies as an information service provider exempt from LEC access charge payment obligations, making it possible for the ISP to receive and terminate calls via metered business telephone lines [without charge];
2. The exchange of traffic between LECs occurs on a reciprocal basis using zero cost (bill and keep), negotiated, or regulatory-agency prescribed rates typically at a rate ... below one cent;
3. The exchange of traffic between long distance, i.e., interexchange carriers ("IXCs") and LECs occurs on a uniformly tariffed basis with rates that have declined substantially, but still significantly exceed the reciprocal rates paid by LECS; New Competitive Local Exchange Carriers ("CLECs") typically charge higher access fees than Incumbent Local Exchange Carriers ("ILECs"); ...
4. The exchange of international long distance traffic on routes lacking significant competition occurs on a per minute accounting rate ranging from a few cents to more than one dollar which covers long haul and local carriage".²¹

These differences in termination charges allow firms to gain market share and profits on grounds other than offering a better service, better prices, or producing more efficiently. Frieden notes:

"When telecommunication service providers incur different local exchange access charges for the same usage, the competitive playing field tilts to their advantage or disadvantage. Rather than acquire market share and profits based on superior performance, carriers can secure a competitive advantage simply by qualifying for lower cost access even as competitors offering functionally the same service have to pay more".²²

"Regulatory arbitrage in telecommunications has created readily identifiable gaming strategies among stakeholders to:

- Qualify services as interstate instead of intrastate;
- Obscure the origin of traffic with an eye toward making international traffic appear domestic and long distance traffic appear local;
- Characterize traffic as local instead of long haul if doing so classifies the traffic as generating a reciprocal payment obligation instead of an access charge payment;
- Distort or obscure the origin of traffic and method of transmission to reduce or avoid charges imposed by another carrier to deliver the traffic to the intended recipient;

21 Frieden (2004), page 234-236.

22 Frieden (2004), page 239.

- Route traffic via the Internet; and
- Offer telecommunications services as ancillary to ... an enhanced information service”.²³

For example:

- An ISP may set up or affiliate with a CLEC so as to receive a termination payment for the traffic that it receives to its ISP. This is discussed in OECD (2002) and in some detail in OECD (2004).
- Firms with their own private networks of leased lines have for some time been able to make long-distance or international calls originate from their own PBX at the remote location, thereby arbitraging local against local-distance and international charges.
- Where there are large differences in the charges for the same call depending on the originating party, automatic “call-back” services can make the call appear to originate from the receiving-party’s location. “International call-back services provide regulatory arbitrage opportunities resulting from the vastly different charges for international long distance among nations. ... Callers in high cost areas use a service that triggers a request for dial tone in a low cost nation, making it appear as though the call originated in the low cost area inbound to the high cost area. While some nations have deemed call-back illegal, little can be done to block the importation of outbound calling access from lower cost areas”.²⁴
- It is often the case that domestic mobile termination charges are higher than the international mobile termination charge. This creates an incentive for mobile carriers to re-route their mobile termination traffic via a neighboring country to secure the lower international termination charge.²⁵
- Conventionally, IXC’s pay LECs per-minute access charges for both originating and terminating calls. However, voice over IP service providers in most OECD countries are not required to pay per-minute origination charges and (if the call terminate on an IP device) are not required to pay termination charges. This creates an incentive for carriers to convert their traffic into IP traffic to avoid origination and termination payments.²⁶ This is discussed further in the section on Internet telephony below.

In all these cases, differences in regulatory treatment for substitute services create incentives for “regulatory arbitrage”. Economic harm results when inefficient production techniques or production processes are chosen, or resources are expended, merely to classify traffic in such a way as to achieve a lower termination charge.

One clear (albeit minor) example of the potential harm from regulatory arbitrage arises from the experience with the “LAMP” project at MIT. The LAMP project provides a service akin to a campus-wide radio station, streaming songs chosen by students. Originally the radio station was based on digital music content licensed from LoudEye, but when LAMP first went to air it was shutdown on the grounds that LoudEye did not have the legal right to sell the content for this use. In response, engineers replaced LAMP’s digital storage facilities with a series of CD jukeboxes controlled by computers.

“From an engineering standpoint, the new design of LAMP is overly complex, fragile and inefficient. ... LAMP is a great example of regulatory arbitrage: the adoption of otherwise-inefficient behaviour in order to shift from one legal or regulatory regime to another. There’s one

23 Frieden (2004), page 245-246.

24 Frieden (2004), page 251.

25 See OECD (2002), page 30.

26 Frieden (2003) writes: “One can consider Internet-mediated telephony in the same context as other technological innovations like call-back, switched hubbing, refile, and international simple resale that provides new, lower prices alternatives to the ‘retail’ rate for toll telephone services”. (page 5).

set of copyright rules for radio stations and another set for webcasters. LAMP transmits music over the cable-TV system, rather than the more efficient Internet system, in order to stay on the radio-station side of the line. There's one set of rules for direct access to digital music on CDs and another set of rules for copies stored on hard disks. LAMP uses CDs in jukeboxes, rather than more efficient hard-disk storage, in order to say on the CD side of that legal line.

We're going to see more and more of this kind of regulatory arbitrage by engineers. Copyright law is getting more complicated and is accumulating more technology-specific rules, so there are more and more legal lines across which designers will want to step. At the same time, technology is becoming more powerful and more flexible, giving designers an ever wider menu of design options. The logical outcome is a twisting of technology design to satisfy predetermined legal categories rather than engineering efficiency".²⁷

In summary, where two substitute services are subject to different regulatory regimes firms will, in some cases, have an incentive to reorganise their production processes so as to be subject to the less restrictive or less burdensome regulatory regime. This will not always be possible – for example, it might be difficult for a railroad to make its services subject to the rules of the trucking industry. But in many cases it will be possible – for example, a telecommunications carrier might be able to convert all its traffic into IP traffic, to eliminate the need to pay termination charges to local networks. To the extent that such reorganisation or reclassification distorts the production decisions of firms, overall costs are higher and overall productive efficiency is reduced.

Even where such reorganisation or reclassification of services is not possible, the presence of substitute services, subject to a different regulatory regime may undermine the achievement of certain public policy objectives. This is discussed next.

Regulatory asymmetry may undermine legitimate public policy objectives

As discussed earlier, competition from substitute services is, in general, beneficial in that it facilitates the achievement of certain desirable public policy objectives. But often there are many different public policy objectives for a given industry and regulatory regime.²⁸ In the presence of regulatory asymmetry, competition from substitute services may come into conflict with other public policy objectives.

This conflict between competition and other public policy objectives arises when, in seeking to promote or achieve a desired public policy objective, certain regulatory restrictions, constraints, obligations, taxes or charges are imposed on the regulated firm(s) which are not shared by the competing substitute service(s). In this case, allowing the emergence of the competing service would allow end-users to avoid the restriction, constraint, obligation, tax or charge – and the achievement of the public policy objective would be undermined.

For example, financial institutions are conventionally subject to a host of prudential regulations. The public policy objective is to limit systemic risk and to minimise the incentive on the institutions'

27 Felten (2004).

28 The public policy objectives of a regulatory regime often can be related to conventional "market failures" (including natural monopoly, public goods, asymmetric information and negative externalities). For example, a tax on the emissions of a manufacturer might be related to objective to control pollution. Other policy objectives of regulation might include redistribution of income through cross-subsidisation, regional economic development, preservation of services for national security reasons, and protection of favoured suppliers, amongst other things.

owners to take excessive risks with depositor's funds that are protected through deposit insurance. In the US in the 1980s the liberalisation of the regulatory regime governing Savings and Loans associations ("S&Ls")²⁹ expanded the range of services which these associations could offer, allowing them to compete directly with banks, while not subjecting them to the same prudential safeguards as banks. Competition between S&Ls and between S&Ls and banks forced S&Ls to raise the amount they offered on deposits and to engage in risky lending strategies, eventually leading to the insolvency of hundreds of S&Ls, and the insolvency of the deposit insurance authority (the FSLIC).³⁰ In this case, competition (both between S&Ls and between S&Ls and banks) was incompatible with a regulatory regime which failed to penalise risk-taking by S&Ls.

Similarly, free-to-air and cable television broadcasters in most countries are subject to a range of controls, such as local content quotas, limitations on advertising, regulation of the content they are allowed to broadcast, and rules regarding what content they must show. For example, broadcasters in France are subject to limits on the quantity of material they are allowed to broadcast which is not in the French language. At present it is difficult to subject Internet broadcasters to such rules. To the extent that Internet broadcasters compete with other broadcasters, the public policy objectives behind these rules will be undermined. This was noted in an OECD report of 1997:

"Broadcasting policy and regulation have traditionally been very much concerned with national and regional cultural and linguistic issues. ... Convergence of communication technologies raises many new issues in relation to the practicality of enforcing some traditional regulatory approaches. Regulation aimed at content production and broadcast, such as in terms of quantity or linguistic content, which can be readily monitored via traditional broadcasting media, becomes almost impossible for webcasting".³¹

Even more importantly, incumbent regulated service providers are often required (either explicitly or implicitly) to raise revenue above "cost" on some services. This revenue is often (but not always) required to fund other non-commercial services which the incumbent regulated services must provide.³²

For example, certain telecommunications services may be charged above "cost" in order to fund the provision of below-cost telecommunications services to low-income or remote customers. Similarly, it is common for certain postal services (such as delivery in major cities) to be charged above cost in order to fund the provision of below-cost delivery to customers in remote or costly-to-serve areas.³³

Where a public policy objective is pursued by raising revenue above cost on certain services but not on substitute services, the emergence of competition from substitute services is likely to undermine the public policy objective. This often leads to calls to restrict or prevent competition from substitute

29 S&Ls are also informally known in the US as "thrifts".

30 FSLIC is the Federal Savings and Loans Insurance Corporation. The total cost of the bailing out failed S&Ls is expected to cost more than \$500 billion. See: Wikipedia: Savings and Loans Crisis. See also <http://www.econlib.org/library/Enc/DepositInsurance.html>.

31 OECD (1997), page 44.

32 It has been suggested that the use of such cross-subsidies to fund non-commercial services is common, precisely because it is a non-transparent ("off-budget") form of taxation.

33 In fact, postal rates are almost always fully geographically averaged over a region. The term "postalised" or "postage stamp" rates are often used as a synonym for "geographically averaged" rates.

services.³⁴ For example, the rise of internet-based voice communications has led to complaints that IP telephony services undermine price structures which are needed to maintain funding for, say, universal service obligations. As a result, many countries impose restrictions on the use of the internet to carry voice services. This is described further in the next section.

There is a saying that “Cross-subsidies are the enemy of competition because competition is the enemy of cross-subsidies”.³⁵ In fact, the principle is even broader. Whenever, in order to achieve a desired public policy objective, a regulatory regime imposes an obligation which is not shared by substitute services, the presence of those substitute services is a threat to the regulatory regime – the pursuit of the desired public policy objective is placed in conflict with the desire to pursue competition. Regulatory asymmetry places other public policy objectives in conflict with competition.

Table 2 lists, for a number of different regulated services, the public policy objectives pursued by the regulation. As can be seen in table 2, in almost every case, competition yields some benefits in that it enhances some public policy objectives – but in certain cases (depending on how the regulatory regime is framed) competition may also undermine other objectives.

Table 2: Impact of regulatory asymmetry on public policy objectives

Regulated Service	Public policy objectives of regulation	Does competition from unregulated substitutes enhance or undermine the public policy objectives?
Rail freight services	1. Efficient range, price and quality of services; innovation and on-going incentives to maintain efficient range, price and quality. 2. Long-term sustainability of the rail sector (possibly due to a view about the environmental benefits of rail)	1. Enhanced 2. Undermined?
Rail passenger services	1. Efficient range, price and quality of services; etc. 2. Provision of non-commercial services in remote or rural areas.	1. Enhanced 2. Undermined*
Voice telecommunications services	1. Efficient range, price and quality of services; etc. 2. Provision of non-commercial services in low-income or remote, rural areas.	1. Enhanced 2. Undermined*
Banking services	1. Efficient range, price and quality of services; etc. 2. Limitation on the risk-taking behaviour by banks in the presence of deposit insurance.	1. Enhanced 2. Undermined*
Electricity transmission services	1. Efficient range, price and quality of services; etc.	1. Enhanced
Postal services	1. Efficient range, price and quality of services; etc. 2. Uniform pricing (delivery of postal items in remote or rural areas at below cost)	1. Enhanced 2. Undermined*
Free-to-air television broadcasting	1. Efficient range, price and quality of services; etc. 2. Maintenance of a plurality of independent voices in the media.	1. Enhanced 2. Enhanced

34 Katz and Woroch (1997), page 701-718 argue that “For much of the last 60 years, regulators in the United States and many other nations have protected incumbents from competition in order to generate monopoly profits (on a subset of services, at least) that could be used to fund new facilities and to ensure carriers’ willingness to serve all segments of the public”.

35 In a speech in May 1997, Joseph Farrell attributes this saying to Lawrence White.
<http://www.fcc.gov/Bureaus/OPP/Speeches/jf050997.html> .

Regulated Service	Public policy objectives of regulation	Does competition from unregulated substitutes enhance or undermine the public policy objectives?
	3. Reduction in exposure of viewers to undesirable advertising.	3. Undermined*
	4. Limitation on content seen by viewers.	4. Undermined*

* Depending on how the regulatory regime is framed.

4. Case Studies

IP Telephony or “Voice over IP”³⁶

On a digital telecommunications network all traffic (whether voice, data, video, etc.) takes the same digital form. Once a digital broadband network is established between two points, those two points can exchange voice, data or video signals independent of the traditional PSTN. Indeed, for many years large enterprises have used private networks for intra-company voice communications.

The rapid development of private and public digital IP³⁷ networks (including, of course, the public Internet) has greatly enhanced the possibility for voice communication independent of the traditional PSTN. For many years, software has been widely available at no or low cost allowing PC-to-PC voice or video communication over private or public IP networks.³⁸ At the outset the quality of these services was inferior to the PSTN. However, the substantial increase in the capacity of the Internet, combined with a substantial increase in the bandwidth into many homes and workplaces has improved the quality to the point where these services are, in many cases, of an equivalent or even improved quality to the PSTN. In some respects IP services can offer features that are not available on the PSTN – such as the ability to make and receive calls, using the same telephone number, from any geographic location at which it is possible to connect to the Internet. In addition, it is no longer necessary to have a PC to exploit IP telephony - devices are now available which allow direct connection of a telephone to the IP network wherever there is a broadband connection available.³⁹

One of the key features of communications networks is that the value of the network increases with the number of people that can be reached. Achieving ubiquitous reach requires interconnection with existing telephony networks – including other IP networks, but most importantly, interconnection with the existing PSTN. IP calls which terminate on the PSTN may be required to pay a fee to the PSTN for terminating the traffic. Conversely, for a call which originates on the PSTN and terminates on the IP network, the IP network may receive a termination payment, depending on the regulatory arrangements. At present, in OECD countries, traffic which remains entirely on the IP network need not pay any regulatory fees or charges.

36 For more information on IP telephony see the recent OECD paper, OECD (2004b).

37 IP stands for Internet Protocol, a communication standard based on sending data in “packets” of information, which has become widely adopted for both private networks and the public Internet.

38 According to the FCC, “IP telephony has been offered in various forms since at least 1995”. FCC (2004). Paragraph 11. Current providers include www.skype.com, www.dialpad.com, www.paltalk.com, www.phonefree.com and many others. There are currently more than 80 VOIP providers in the UK alone. See <http://www.voipproviderslist.com/country/voip-united-kingdom/voip-providers-united-kingdom/>.

39 See, for example, www.vonage.com.

IP telephony is increasingly a close substitute for the traditional voice services of the incumbent PSTN and is growing rapidly⁴⁰. As mentioned above, IP telephony can offer a service which is of an equivalent or even improved quality over the traditional PSTN, with additional features not available on the PSTN. In addition, since IP “packet-switched” traffic makes more efficient use of network resources than traditional “circuit-switched” traffic, fewer network resources are required to provide IP telephony than to provide traditional telephony services. There is a widely-held view that, in the future, all telecommunications networks (including the PSTN, with the possible exception of the last mile) will be an IP network.⁴¹

The rise of IP telephony creates a classic problem of regulatory asymmetry with respect to the traditional PSTN. The regulatory issues surrounding IP telephony can be summarised as follows:

1. IP telephony threatens to undermine existing telecommunications price structures; to the extent that these price structures are raised above “cost” in order to raise revenue to fund other public policy objectives, competition from IP telephony will threaten these other public policy objectives. This often leads to calls to restrict IP competition from IP telephony, as discussed further below.
2. As discussed earlier, in some countries, IP telephony creates arbitrage opportunities – in particular, where calls terminating from an IP network pay a lower termination charge than calls from other carriers, carriers have an incentive to route their calls via an IP network, even where that is not the most efficient arrangement.⁴² At the same time, in many countries, IP telephony is not required to contribute to universal service funding arrangements. This has the potential to “tilt the playing field” so that IP services may expand even when they are not necessarily the most efficient means of meeting consumer demand. The fact that traditional voice services are “taxed” to contribute to universal service obligations while IP services are not has been called an “economic distortion”⁴³. The state regulatory authorities in the US have argued that “To the extent that these VOIP services terminate on the public switch network and they don’t pay the same rates as other carriers. VoIP [customers] are ... being subsidised by those who use the traditional phone carriers”.⁴⁴
3. As with any telecommunications network, the value of an IP network depends in part on the number of users with whom communication can be established. As mentioned earlier, IP networks require interconnection both with existing networks (fixed and wireless) and with other IP networks.

40 Forecasters expect the number of VoIP subscribers to increase from about one million subscribers in the US now to 18 million by 2008 according to “The Outlook for VoIP: Regulatory Battles and New Competition”, 23 February 2005, available at Knowledge@Wharton.

41 See, for example, INTUG (2003): “Ultimately IP transmission is expected to replace all circuit-switched networks”.

42 Gerald Faulhaber, former chief economist at the FCC is reported as saying that “The idea of enhanced services in a totally unregulated space became an arbitrage opportunity, for example, for people to develop Internet telephony completely outside the realm of traditional telephone regulation” cited in “The Outlook for VoIP: Regulatory Battles and New Competition”, footnote 33.

43 According to the US Congressional Joint Committee on Taxation report of 28 January 2005, “Options to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditures”.

44 James B. Ramsay, General Counsel for the National Association of Regulatory Utility Commissioners, cited in “The Outlook for VoIP: Regulatory Battles and New Competition”, footnote 33.

At present some IP telephony networks use proprietary software. This means that a subscriber on one IP network cannot necessarily communicate with a subscriber on another IP network. In this circumstance, if subscribers only choose to be subscribed to a single IP network there arises a “terminating network monopoly” problem that has arisen in other telecommunications services⁴⁵. Although it is possible that independent networks or groups of networks will choose to interconnect voluntarily, it is also possible that one dominant network (or coalition of networks) will emerge which may seek to retain or extend its dominance by refusing interconnection with other networks. The emergence of open standards for IP telephony would mitigate these concerns. It is theoretically possible that with an open technology standard, IP telephony users would be able to call other IP telephony subscribers without requiring an interconnection agreement with that subscriber’s IP telephony provider.

It is also possible that a dominant traditional carrier (fixed or wireless) might attempt to deny an interconnection request from an IP network, to preserve either its own traditional traffic or to promote its own IP network. Regulatory intervention may be required to ensure access to termination on other telecommunications networks, including other IP networks.

Potential examples of this behaviour are starting to emerge. For example, in the US Clearwire (a provider of wireless broadband Internet access services) was recently reported as denying access to IP telephony providers. Clearwire claims that the reason is that such services require a lot of bandwidth and it wants to preserve quality of service on its wireless networks. However, Clearwire has signed an agreement with Bell Canada to provide voice-over-IP service over its own networks.⁴⁶

4. IP telephony also raises issues regarding backwards-compatibility with existing numbering schemes. Under traditional arrangements, subscribers on the PSTN network were identified with a sequence of numbers (the telephone number) which have historically been associated with the geographic location of the subscriber and often communicate information to the calling party as to the expected cost of the call. IP addresses, however, are completely independent of geographic location of the subscriber. In order to receive calls from subscribers on the PSTN network, IP subscribers need to be assigned a traditional telephone number. There are questions whether this number should be location independent, or should communicate other information (such as the likely quality or cost of the call).⁴⁷
5. IP telephony also raises a number of minor regulatory issues specific to communications law, such as the identification of the location of the subscriber for the purposes of calls to emergency services,⁴⁸ availability of the service in the event of a power failure, the question of listing in public directories, ability to engage in wire-tapping by the relevant authorities, privacy, and so on.

45 See OECD (2002), page 29 and following.

46 “Clearwire may block VoIP competitors”, 25 March 2005, <http://informationweek.networkingpipeline.com/wireless/159905962> .

47 See, for example, the discussion paper of the Australian Communications Authority, ACA (2004).

48 This is also, to a lesser extent, a problem for existing mobile services – but mobile calls are able to provide at least an approximate physical location of the calling party (by identifying the cellular base station which is originating the call).

The most important issue raised by Internet telephony, however, is the threat that it poses to existing price structures, to existing mechanisms for raising revenue, and existing mechanisms for funding non-commercial services:

“Mediation by the Internet qualifies Internet telephony carriers for largely unregulated status as providers of enhanced information services, despite the fact that Internet telephony competes with and constitutes a functional equivalent to conventional dial-up telephony. By simply using the Internet as a medium for carrying long distance telephone traffic part of the way between call originator and call recipient, internet telephony providers qualify for the largely unregulated status as providers of enhanced/information services. Internet telephony service providers also avoid having to make contributions from their revenues or through customer surcharges”.⁴⁹

Many non-OECD countries still maintain a monopoly in telecommunications services. In these countries, telecommunications services are often a key source of government revenue. Competition from IP telephony services is a threat to these revenues. In particular, many countries are a net importer of international phone calls. For these countries, the “international accounting rates” (the price paid per minute for terminating an international call) are often an important source of foreign revenue. The significance of this revenue has declined as call-back and other competitive pressures have driven down accounting rates, but for many countries the potential to bypass the international accounting rate system remains a major threat to the revenue of the incumbent carrier.⁵⁰ In Costa Rica, for example:

“The country's national newspaper, ... noted that some 20 percent of the country's international calls are made using VoIP technology. The use of Skype Technologies' peer-to-peer Web calling is widespread and other VoIP services including U.S. VoIP pacesetter Vonage are also used to make and receive calls to and from the Central American nation.”. This growth in IP telephony “has caused the state-owned telecommunications monopoly in Costa Rica to propose legislation that could criminalize the use of Internet telephone calls.”⁵¹

In OECD countries, IP telephony is not currently regulated. But in these countries IP telephony may still threaten existing arrangements for funding non-commercial service obligations and may place existing retail and wholesale pricing structures under pressure. Frieden (2003):

“Should significant telephony traffic volumes migrate to [IP] routings exempt from universal service contribution requirement, the sum of funds available to achieve the universal service mission will decline. The potential for declining universal service funds occurs just as many governments have articulated a broader and more ambitious universal service mission for all citizens to have access to both basic telephone service and advanced Internet services”.

Traditionally, pricing for voice telecommunications services has depended strongly on the distance and the duration of the call. There has been a substantial rebalancing in recent years – in most countries, tariff schemes exist which are almost entirely independent of distance and sometimes also

49 Frieden (2004), page 256.

50 A 2001 report of the International Telecommunications Union shows that a majority of ITU member countries prohibit voice-over-IP services entirely. See ITU (2001).

51 “Costa Rica may criminalise VoIP”, TechWeb.com, <http://www.techweb.com/wire/networking/60403862> The comments of the Botswana regulatory authority are telling: “Botswana Telecommunication Authority is also concerned that authorizing VoIP will adversely affect BTC's income, given that BTC continues to enjoy a monopoly on fixed-line voice services” See <http://www.bta.org.bw/telecommunications.html>

independent of duration. Competition from IP telephony services is likely to hasten this trend – as already noted, IP traffic is not typically priced in a way which is dependent on either duration or distance. This makes IP telephony especially attractive to subscribers calling over long distances or for long periods. The potential loss of business, especially from heavy users, forces incumbent carriers to offer calling packages which are independent of distance or duration.

This pressure is particular important for international calling since, as noted above, many countries still retain high tariffs for terminating international calls. The FCC has argued that one of the primary potential benefits of IP telephony is to place downward pressure on international settlement rates.⁵² However, the impact of IP telephony is not limited to international services. Even though there has been substantial rebalancing of domestic tariffs in OECD countries, at present, regulated prices for originating or terminating traffic on PSTN networks are usually based on per-minute charges. Therefore the cost structure for existing PSTN networks retains an element which depends on the duration of the call – this limits the ability for existing PSTN providers to compete with IP telephony for heavy-use customers.

As IP networks become more popular it seems likely that existing retail tariff structures on PSTN networks will need to change. This will, in turn, force a change in the way that access (interconnection) prices are calculated. In particular, it seems plausible that there will need to be a move away from per-minute charging for interconnection of telecommunications networks, possibly towards a form of “bill and keep”.⁵³ In turn, this may require further “rebalancing” of telecommunications charges with a possible increase in the fixed monthly line rental.

In addition, the existence of IP telephony may force a review of the way that universal service obligations are funded. As long as existing new entrants in the telecommunications industry require access to services provided by the incumbents, revenue to fund universal service obligations can be raised through a contribution from access charges. However, a service such as IP telephony can, in principle, bypass the PSTN entirely. In this context, it may no longer be possible to raise funds for universal service through per-minute surcharges on call-termination. Instead, it may be necessary to raise funds for universal service through surcharges on other services such as on broadband access to the public network (whether IP or PSTN)⁵⁴, or through surcharges on telephone numbers (or more generally all forms of electronic addresses), or through general government revenues.

In summary, competition from IP telephony is placing under threat existing price structures in voice communications – including price structures needed for supporting universal service and non-commercial service obligations. As the quality of IP telephony improves and as broadband penetration into homes increases, it seems likely that IP telephony will force a further overhaul of current arrangements for funding non-commercial service obligations. In addition it seems likely that new pricing structures for telecommunications will emerge based not on duration or distance but on the quality (bandwidth) of the service.

Road/rail competition

In the first few decades of the rail industry, the rail sector faced relatively limited competition from road transport – the lack of adequate road infrastructure and the lack of efficient motorised vehicles

52 See FCC 98-67, paragraph 93.

53 The FCC has proposed “bill and keep” in the past. See, for example the following: http://www.fcc.gov/Bureaus/OPP/News_Releases/2000/nrop0003.html.

54 Alternatively, it may be necessary to fund universal service obligations with funds from outside the telecommunications industry entirely, such as from general government revenues.

meant that the rail sector had few effective substitutes, and railroads had significant market power. In the US in the 1880s, “mounting public indignation” against “railroad malpractices and abuses”⁵⁵ led to the creation of the Interstate Commerce Commission – the first regulatory commission in US history. The ICC prohibited certain pricing practices, such as price-discrimination between shippers (on the basis of their size or geographic location) and sought to limit price competition between railroads.

In the 1920s and 1930s, however, road transport emerged as a partial competitive threat to the rail sector. The pricing flexibility of trucking companies came into conflict with the pricing restrictions imposed by the ICC on railroads. Rather than “level the playing field” by lifting the regulatory controls on railroads, the regulatory response at that time was to harmonise the regulatory regimes by extending similar restrictions onto the trucking industry, in effect “levelling up” the regulatory obligations.

In 1935 (during the Great Depression) the ICC was given authority to regulate the trucking industry. The ICC granted licenses to less than one third of the carriers which were active prior to regulation. New licenses were only issued where the ICC could issue a “certificate of public convenience and necessity”⁵⁶. All rates were required to be filed with the ICC. A protest by a competitor would lead to an investigation which could take many months. Rates which did not cover the “full cost of transportation” could be rejected by the ICC.

“The ICC also regulated the conditions of trucking services, including the kinds of products that could be hauled, the routes that could be taken, and even the number of cities that could be served along the way. The idea was to limit the versatility of trucks by treating them as if they ran on tracks, thereby reducing any advantage trucks had over the railroad. Truck routes operated on the gateway system, similar to railroad junction points. A trucking company with a license to ship between St. Louis and Chicago and between Chicago and Pittsburgh, could haul between St. Louis and Pittsburgh only if it passed through Chicago on the way. A truck could haul a load from St. Louis to Chicago but could not carry a return load. Such restrictions often required trucks to go hundreds of miles out of their way or to travel empty part of the time.”⁵⁷

Many other countries also responded to the growing threat to the rail industry from road transport by imposing restrictions on the road sector. In Australia, for example, certain agricultural products were required to be carried by rail. In New Zealand, all freight carried over a certain distance was required to be carried by rail.⁵⁸

The public policy objectives which were served by imposing restrictions on the road industry are not entirely clear. On the other hand, it is clear that such policies had a significant harmful impact on competition and on the wider economy:

“For both [the US and Canada] there is an impressive body of research showing that regulation directly created inefficiency and high prices. For Canada, the best estimates suggest that rates in British Columbia, Ontario and Quebec were, depending on the type of movement involved, between 27 percent and 5 percent greater than the competitive level (McRae and Prescott, 1980).

55 See <http://www.answers.com/topic/interstate-commerce-commission>.

56 See “Trucking Deregulation” by Thomas Gale Moore, in the Concise Encyclopaedia of Economics, <http://www.econlib.org/library/Enc/TruckingDeregulation.html>.

57 Gregory Flanagan, <http://www.libertocracy.com/Webessays/USregulation.htm>.

58 Similarly, in 1883 restrictions were imposed on the newly introduced passenger “cable cars” in Melbourne in response to concerns that they would take passengers away from the suburban passenger rail system.

Friedlaender (1969) and Moore (1975) have argued that US rates were between 20 to 40 percent greater than the competitive level”.⁵⁹

After approximately fifty years of these policies, the trucking industry was liberalised, in the US and in other OECD countries.⁶⁰ In the US, the trucking industry was liberalised by the Motor Carrier Act of 1980. In the same year, the US Congress passed the Staggers Rail Act which lifted almost all the regulatory restrictions on the US rail freight industry. Regulatory symmetry was maintained – but this time by “levelling down” the regulatory obligations.

Debate continues over whether or not road and rail freight operate on a level playing field. There are many elements to this debate, but the primary issue concerns the question of cost recovery and/or subsidies. In most OECD countries, both the road and the rail sectors receive government funding of some form – usually in the form of funding for infrastructure projects. In recent years, the rail industry, in particular, has argued that it is operating at a competitive disadvantage relative to the road sector. In the US and Canada, for example, rail operators are typically required to meet all of their own costs, including the cost of purchasing and maintaining their own rights of way, while highway carriers have access to a publicly provided and maintained road system.

“In the case of the trucking sector, road user fees are levied (at least in principle) on those using the road system in the form of fuel taxes and licence fees. If, as rail carriers assert, these user fees are below the cost of providing and maintaining the road system, there is an indirect subsidy to road users. Unfortunately, the issue of indirect subsidisation to the trucking sector has not been adequately studied. In Canada, no data exist to show conclusively whether or not user fees collected from truckers meet the real cost of their use of the publicly provided facilities. The best available evidence strongly suggests, however, that highway trucking is receiving a large indirect subsidy. Toms (1991) estimates that for a wide variety of highway rigs, the cost recovery from registration fees and fuel taxes in Ontario falls very far short of meeting the total costs (and in most cases also the incremental costs) of providing highway services to truckers. For a ‘standard’ highway rig, cost recovery varies between 47 and 74 percent.”⁶¹

Rail carriers are also sensitive to the regulations governing the allowed size and weight of trucks. In the US in the 1980s there was a battle between the rail companies and trucking companies over the appropriate regulated size and weight for trucks on the US highway system:

59 Bonsor (1995). The author goes on: “The vast majority of these gains from regulation were not in fact captured by carriers. The regulatory system directly encouraged large inefficiencies in production (e.g., not being allowed backhauls and thus being forced to run back to the original starting point empty, restrictions on commodities carried, cost of entry-seeking, et cetera) that result in higher costs. It is also clear that unionised labour was one of the major beneficiaries of the regulatory system. Moore (1978) estimated that wage rates in the US regulated industry were 37 to 55 percent greater than would have occurred without regulation. Boucher (1980) argues that in the case of Quebec, regulation caused wage rates to increase by 18 percent”. McRae, J. and D. Prescott. "An Econometric Analysis of the Effects of Regulation on the Canadian Common Carrier Industry." In *Studies of Trucking Regulation*. Ottawa: Economic Council of Canada, 1980; Friedlaender, A. *The Dilemma of Freight Transport Regulation*. Washington, DC: The Brookings Institution, 1969; Moore, T.G. "Deregulating Surface Freight Transportation." In A. Phillips, ed. *Promoting Competition in Regulated Markets*. Washington DC: The Brookings Institution, 1975; Moore, T.G. "The Beneficiaries of Trucking Regulation." *Journal of Law and Economics* 21 (1978): 327-44; Boucher, M. "Regulation of the Quebec Trucking Industry: Institutions, Practices and Analytical Considerations." In *Studies of Trucking Regulation*. Ottawa: Economic Council of Canada, 1980.

60 See OECD (2001).

61 Bonsor (1995)

“The trucking industry ... had invested in 28-foot and 48-foot semi-trailers. The trucking industry wished to use this capital investment to best effect by operating trip 28s and double 48s over the interstate system. ... These vehicles were called long combination vehicles (LCVs) and were strenuously resisted by the railroad companies, the American Automobile Association, and citizen action groups. Railroads argued that trucks were already cross-subsidised and to permit trucks further productivity advantages would be ruinous to US railroad profitability. Studies indicated that shares of various commodity markets would be lost to the more productive LCVs if they were permitted to compete over railroad corridors”.⁶²

In summary, the regulatory history of the road and rail sectors provides a cautionary tale of how not to respond to the emergence of competition. Since the original controls on railroads were primarily designed to control abuse of market power, the appropriate policy response to the rise of competition from the road sector was a “levelling down” of the regulatory requirements, at least for those shippers for whom the road mode was an effective alternative (as discussed later). Instead, there was a “levelling up” of trucking regulation, leading to fifty years of unnecessary waste and increased cost. More recently there has been a broad levelling of the playing field between road and rail freight. Important questions still remain about whether the remaining regulatory differences correctly internalise the economic costs for each mode – in particular, there is a question whether current road pricing arrangements correctly price the infrastructure, congestion and pollution costs especially for the largest trucks. There is more work to be done to ensure that all road users correctly pay the marginal and incremental costs of their road use.

Bank and Credit Union Competition

In many countries, different financial institutions, subject to different regulatory regimes, are allowed to provide competing financial products. For example, in Canada, insurance companies are allowed to provide a mutual fund which is protected against downside risk, known as a “segregated fund” or “seg fund”. Seg funds compete directly with products provided by the mutual fund industry, yet they retain some of the benefits of being regulated under an “insurance” regime (for example, seg funds, because they are considered an insurance, rather than an investment, product are secure from claims by creditors).

In the US, complaints have arisen from banks over “unfair” competition from credit unions. Credit unions are “member-owned” co-operative financial institutions. Historically credit unions originated as co-operative lending arrangements between small groups of individuals. These were often individuals who, because of limited means, would not have had access to credit from the mainstream banks at reasonable rates.⁶³ By limiting membership to individuals in close or regular association (e.g., in the same workplace) the credit union could ensure that loans were repaid.⁶⁴ This form of lending, which has become popular in developing countries, has recently been given the term “micro-credit”.

Credit unions in the US were originally regulated by the 1934 Federal Credit Union Act. This Act required that membership in federal credit unions be limited to “groups having a common bond of occupation, or association or to groups within a well-defined neighbourhood, community, or rural district”.

62 Harrison (1999)

63 In 1936 an article in the New York Times notes that “the credit union movement is designed to promote regular thrift among working people and liberate the man without bank credit from the grip of usurious money lenders”, cited in Chmura (2004).

64 A 1934 New York Times article wrote: “Credit unions are able to make loans safely ... because its members are mutually acquainted and the association has an intimate knowledge of the personal character and responsibility of its borrowers, which could not be obtained by an impersonal commercial lending agency except at great cost” cited in Chmura (2004).

Lending by credit unions was originally limited to loans with a term of no more than two years.⁶⁵ In 1937, credit unions were exempted from taxes. In 1998, the US Congress allowed credit unions to expand their membership by allowing “multiple common bonds”.

Over time, credit unions have expanded the range of services they offer and have slowly but steadily eroded the market share of banks. The share of credit union assets in the total bank and credit union assets has grown from less than 1% in 1950 to over 7% in 2000. For many consumers, credit unions are now indistinguishable from banks. Large credit unions offer the same range of services as retail banks – deposit accounts, transaction accounts, electronic banking, personal loans, home loans, and so on. In 2001 the US Treasury noted:

“Despite their relatively small size and their restricted fields of membership, federally insured credit unions operate under banking statutes and rules virtually identical to those applicable to banks and thrifts. Significant differences have existed in the past, but have been gradually disappearing. Recently, most of the remaining regulatory differences between credit unions and other depository institutions were removed”.⁶⁶

The US banking industry claims that credit unions are subject to an unfair competitive advantage because (a) credit unions are exempt from taxes; and (b) credit unions are not subject to the “Community Reinvestment Act 1977” which requires banks to make discounted loans to low-income residents in the regions in which they operate. The American Banking Association argues that the exemption from taxes allows credit unions to operate on a smaller “spread” (i.e., to pay more to depositors and to offer loans at lower rates) than other commercial banks.⁶⁷ In 1951 the US government decided to repeal the tax-exempt status for Savings and Loans Associations, on the basis of establishing parity between competing financial institutions. The banking industry claims that establishing such parity, especially for the larger credit unions, requires subjecting credit unions to the same tax obligations as ordinary commercial banks.

In summary, credit unions were originally established to provide discount financial services to an underserved part of the market. To achieve this aim they were given few and lighter regulatory obligations. Over time, relaxation of regulatory controls has allowed them provide a range of services to a range of individuals so that they are largely indistinguishable from conventional retail banks. This has created a regulatory asymmetry with many of the problems discussed above.

Resolving this regulatory asymmetry requires either new strict limitations on the services provided by credit unions so as to limit the extent to which they compete with banks (for example, they might be prevented from providing transactions accounts, or prohibited from lending more than a fixed sum, such as \$50,000) or the elimination of the remaining differences in tax and regulatory obligations between the two institutions.

5. The public policy response to regulatory asymmetry

What should be the response of policy-makers when substitute services are subject to different regulatory regimes? The presence of different regulatory obligations on substitute services leads to three problems: (a) a distortion to competition; (b) an incentive to engage in regulatory arbitrage (inefficient use

65 This obligation was later extended and subsequently removed entirely.

66 Summers, Lawrence H. *Comparing Credit Unions with Other Depository Institutions*. United States Department of the Treasury. January 2001, page 1. Cited in Chmura (2004).

67 See <http://www.aba.com/Industry+Issues/OperationCreditUnions.htm> .

of resources in order to obtain a lighter regulatory burden); and (c) may undermine the achievement of certain public policy objectives.

In general then, it is not good public policy to allow a regulatory asymmetry to persist. Differences in regulation across substitute services should, as far as possible be eliminated. Those differences which are allowed to persist should be directly related to differences in the services themselves – such as differences in the level of externalities or other market failures. Ordover (2000) writes:

“Regulatory policy needs to strive towards a level playing field that does not arbitrarily constrict the ability of any one firm to respond to its rivals or to gain competitive advantages”.⁶⁸

In general then, regulatory asymmetries should be eliminated. This can be achieved by what is loosely referred to as “levelling the playing field” or “harmonisation”. Specifically this involves ensuring that:

1. any regulatory obligations that apply to one firm, apply as far as possible, to all firms producing substitute services and that
2. any remaining differences in the regulatory regimes across services arise only from clearly identified differences in market power, externalities, information asymmetries or other market failures – and those differences in market power, externalities, information asymmetries etc. should be carefully and accurately costed and “priced” by the regulatory regime.

Note that this prescription does allow for some remaining differences in regulatory regime across different services – but those differences should be clearly based on differences in market failures. So, for example, road and rail freight transport could be subject to different charges due to differences in externalities associated with each mode (e.g., pollution and congestion) but these differences would correctly reflect the size of the externality in each case and would correctly price the marginal impact of each service on the total externality. Frieden (2003) argues the need for “compelling justifications” for remaining regulatory asymmetries:

“Governments should not automatically extend the application of legacy regulatory regimes to Internet-mediated equivalent services. Nor should governments deregulate incumbent services simply because Internet options have become available and governments have opted to apply a different and probably less burdensome regulatory regime to Internet services. ... To the extent regulation can impose financial and operational burdens, the service provider subject to greater regulation typically suffers a competitive disadvantage vis-à-vis the less regulated operator. Governments should generate compelling justifications for establishing different regulatory regimes in view of the potential for such asymmetry to impact the marketplace attractiveness of one service vis-à-vis others”.

Where the pursuit of a particular public policy objective requires the funding of non-commercial services, the process of “levelling the playing field” will require careful attention to raising those funds in a manner which is competitively neutral. This might include a system of taxes or charges on all competing firms in a symmetric manner or the use of external government revenues. This issue is discussed in detail in OECD (2003b).

68 Ordover (2000), page 55.

Levelling Up or Levelling Down?

The process of “levelling the playing field” may involve increasing the regulatory obligations on the more lightly-regulated service (“levelling up”) or lifting regulatory obligations on the more heavily regulated service (“levelling down”). Either approach could be desirable, depending on the circumstances. The growth of competition from trucking allowed a partial lifting of the regulatory obligations on the rail freight industry (a “levelling down”). On the other hand, in the financial services industry, it may be that banks are required to supply information on their lending to a central credit register. In this case, if new firms are allowed to enter the lending market, it makes sense to extend this obligation to those new entrants (a “levelling up”).⁶⁹

The decision as to whether to “level up” or “level down” is a decision of regulatory policy. To answer this question requires a review of the underlying rationale for the regulation. The questions to be answered in reviewing a regulatory proposal are well known: What is the market failure or public policy rationale for the regulation in the first place? What are the different options for addressing this objective? What are the costs and benefits of each option? If the existing public policy objective remains legitimate, and if the current approach to pursuing the objective remains the best approach, it may be necessary to extend existing regulatory requirements to new services.

Regulatory controls however, almost inevitably introduce their own costs, such as a tendency to reduce innovation. The decision to extend existing regulatory controls should not be taken without a careful consideration of the pros and cons. Indeed, it might be that the harm or cost imposed by the regulation outweighs the harm from the regulatory asymmetry. In this case it would be better to tolerate the problems from asymmetry rather than extend existing regulatory controls. As always, where extending regulatory controls is necessary, those controls should be designed in way to achieve their objectives in a manner which is as “light-handed” as possible.

There is at least one circumstance where “levelling down” is clearly the more appropriate approach – this arises when the existing regulatory obligations are put in place to control the consequences of an absence of competition and/or the presence of market power. In this case the emergence of substitute services, as an additional source of competition, reduces the need for the regulatory controls in the first place. If the degree of competition from the substitute services is adequate (or, if it is possible to distinguish a group of end-users for which the degree of competition from the substitute services is adequate) the regulatory controls could be largely or completely eliminated. For example, competition from Internet broadcasters has led to calls for a reconsideration of ownership restrictions designed to ensure a plurality of voices in the media.⁷⁰

However, care should be taken to ensure that necessary regulatory controls are not lifted on “captive” customers for whom the alternatives are not close substitutes. As noted earlier (in Box 1), where there are a group of customers for whom the alternatives are not close substitutes, the market power of the incumbent service provider might increase following the emergence of a substitute. It would not be appropriate to alleviate the regulatory controls protecting these customers. The continued protection of “captive” customers in the US rail freight sector is one example of this principle.

69 One possible formulation of a possible set of rules to achieve an overall “level playing field” in telecommunications is set out in Weingarten and Stuck (2005).

70 OECD (2003a) writes: “In the past, policies in many member countries accepted that the limitations of analogue technology and economies of scale implied that there would always be only a few broadcasters and that it was necessary to restrict the power of any one operator. The new question is whether digital technology and convergence create the opportunity to increase the number of broadcasters. If so, this would seem to be a more effective way of achieving plurality of ownership in the media”. Page 30.

There is one particular example of this form of “levelling down” which has been particularly contentious and deserves highlighting in its own right. The process of “levelling the playing field” extends, in principle, to requirements to provide access to essential facilities (also known as “unbundling” of network elements). These requirements are put in place precisely in response to a perceived lack of adequate substitutes (the notion of an “essential facility” is usually defined to imply a lack of adequate substitutes and the importance of the facility for downstream competition). Therefore, where the competition from substitute facilities is adequate, it is appropriate to lift such unbundling or access requirements on incumbents.

This has particularly been an issue in the telecommunications industry where competition for the “last mile” access to the end-user has been intensifying. At present virtually all incumbent telecommunications operators in OECD countries are required to provide access to the “unbundled” local loop (usually a “copper pair”). If new technologies such as “broadband over power lines”⁷¹, or broadband “3rd generation” wireless devices develop to the point where they represent a viable competitive alternative for an identifiable group of customers it may be appropriate to lift such requirements to provide unbundled local loops, at least for those customers. At the same time, it may be necessary for unbundling obligations to remain in areas (such as rural areas) where for technological reasons, these alternative technologies are less effective.

Promoting Competition

Once the regulatory asymmetry has been eliminated, enhancing competition between substitute services is likely to enhance the achievement of other public policy objectives. The set of policies which encourage competition from substitute services are familiar to participants in the OECD’s Competition Committee:

- Elimination of controls on pricing flexibility, such as prohibitions on price discrimination (except where necessary to prevent predator pricing).
- Elimination of restrictions on entry (including foreign entry), unnecessary licensing requirements, or ownership requirements (including foreign ownership limitations).
- Ensuring access to essential facilities. This may include the establishment of an independent body for regulating access disputes.
- Action to reduce switching costs (for example, through a requirement to provide number portability).
- Ensuring competitive neutrality between government-owned and privately-owned firms
- Active enforcement of the competition law to prevent anti-competitive actions of the incumbent firms.

In many cases, the process of “levelling the playing field” and harmonising the regulatory requirements is naturally complemented by reform of the structure or organisation of the regulatory authorities. In particular, it is often appropriate to consolidate previously-separate regulatory authorities, or

71 See, for example, Michael Kennedy, “Broadband over Power Line Comes of Age”, *Telecommunications Magazine*, April 2004, <http://www.telecommagazine.com/default.asp?journalid=3&func=articles&page=0407t07&year=2004&month=7>

to organise regulatory authorities around “activity” rather than “industry” lines. This is discussed further in section 6 below.

Finally, in most cases it will be necessary to take action to prevent anti-competitive actions by the incumbent regulated firm(s) in response to the rise of a competitor. This anti-competitive action might include merger or exclusionary activity (and might also include lobbying for regulatory controls on competition). This is discussed in section 7 below.

Note that this paper does not argue that when two firms compete *all* differences in the regulatory treatment of those firms should be eliminated – rather the “level playing field” refers only to the services for which the firms compete. Different firms might provide different services with different levels of market power. In particular, it will often make sense to regulate services with market power more tightly than services without market power. This will inevitably imply that firms offering services with significant market power will be subject to stricter regulatory obligations (at least for those services). To this extent, therefore, “asymmetric” regulation should remain.

In a few limited circumstances, it may not be possible to “level the playing field” in the way the policy-makers would like. This happens when, for technical or legal reasons, it is not possible to extend an existing regulatory requirement to a new service. In these cases there is a clear public policy trade-off – between maintaining an existing regulatory asymmetry, with the problems identified above, or leveling the playing field but foregoing some public policy objective. The following box illustrates how the nature of the Internet, which allows certain services to be provided independent of location, can make it hard to enforce legal requirements on those services.

Box 3. When it is not possible to level the playing field: the case of the Internet

Many commentators have argued that it is difficult to impose regulatory requirements on the Internet. This is due to two features of the Internet – first all material carried over the Internet has essentially the same form (“packets” of digital information) and therefore it is difficult to isolate or identify different types of information streams (such as voice, video, email, etc). Second, the content on the Internet can, in principle be provided from any location. The laws of any one jurisdiction extend only to the limits of that jurisdiction’s boundaries. Until such time as international treaties are signed and enforced it will remain difficult to control content on the Internet. “The boundary-free packet-switched technology of the Internet does not lend itself easily to regulatory constraints”.⁷²

As long ago as 1996 it was argued that Internet will limit the regulatory flexibility of countries:

“Once connected [to the Internet] there is little that a single country can do to prevent citizens from communication with the rest of the world without drastically reducing the economic and intellectual value of the medium. As a result, connection to the Internet enables regulatory arbitrage by which persons can, in certain circumstances, arrange their affairs so that they evade domestic regulations by structuring their communications or transactions to take advantage of foreign regulatory regimes. Regulatory arbitrage reduces the policy flexibility of nations by making certain types of domestic rules difficult to enforce. ... Both censorship and information export restrictions become nearly impossible to enforce, although governments have it in their power to impose some impediments to ease of use. The effectiveness of European-style data protection laws is reduced when personal information can be stored in offshore data havens. Ultimately, restrictions on certain types of transaction, e.g., restrictions imposed by securities laws, also may be undermined if these transactions can easily be carried out offshore”.⁷³

72 Tim Denton et al, “International Charging Arrangements for Internet Services”, Module 3, March 2000.

73 Froomkin, A. Michael, 1997, “The Internet as a source of regulatory arbitrage”, in *Borders in Cyberspace*, Brian Kahin and Charles Nesson, eds., MIT Press, 1997.

If it is difficult to impose regulatory obligations on Internet-mediated services, it is difficult to “level up” the regulatory obligations with competing service providers. For example, it is difficult to enforce content requirements on Internet broadcasters, or to require end-to-end IP telephone calls to contribute to a universal service obligation (at least, in a manner which is parallel to the manner in which existing carriers contribute to universal service obligations). In these cases policy-makers face a starker trade-off – between allowing the Internet-mediated services (even if that means undermining some other legitimate objective) and attempting to prohibit the Internet-mediated services entirely.

6. Implications for regulatory institutions

As noted above, “harmonisation” of regulatory requirements in response to the emergence of substitute services, is often associated with changes to the structure or organisation of the regulatory institutions themselves.

Regulatory authorities (like the regulatory rules they administered) are often strongly linked to a particular set of services. For example, although the precise arrangements vary from country to country, in many countries there is (or was) one regulator with responsibility for the banking sector, and another for the insurance sector, and possibly other regulatory authorities with responsibility for other parts of the financial sector such as retirement savings products; as another example, historically it has been common to have one regulator for telecommunications services and one or more other regulators responsible for broadcasting services; similarly, in some countries there was a separate regulatory for the gas and the electricity industry, or a separate regulator for the rail sector and the trucking industry.

As long as these regulatory authorities administer different rules for services which do not compete, maintaining separate regulatory authorities is of relatively little consequence⁷⁴. However, for the reasons set out earlier in this paper, if these different sectors produce services which are in competition, there are benefits from harmonisation of the regulatory regimes – in order to ensure that competition delivers the most efficient outcomes.

In general, it does not make sense to have two different regulatory authorities administering the same rules on two different competing services, for two reasons:

- First, to the extent that there are economies of scale in the activity of regulation, having two separate regulatory bodies wastes resources.
- Second, to the extent that regulators have some discretion in how they enforce the law, even if two different companies are subject to identical regulatory rules, if those rules are enforced by two different regulatory authorities, some degree of regulatory asymmetry may remain. Put another way, if regulators have discretion over how they enforce the law, eliminating the regulatory asymmetry between two sectors requires not just harmonising the regulatory requirements but also unifying the regulatory authority.

These reasons can be seen reflected in the following explanation of the UK government as to why it had decided to consolidate the regulation of the telecommunications and broadcasting industries into a single regulator (known as OFCOM):

“A number of benefits will flow from the creation of OFCOM:

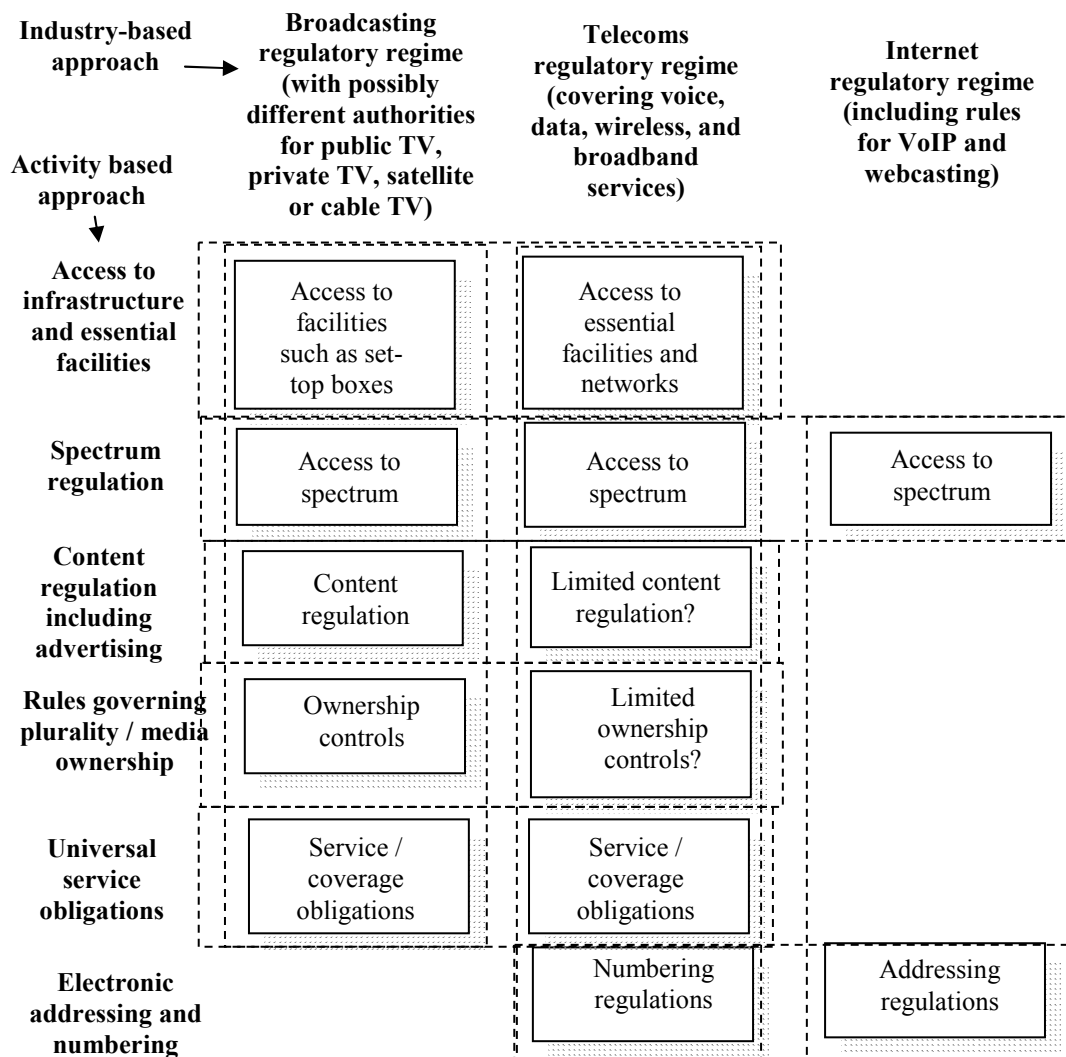
⁷⁴ There may be some administrative efficiencies or other benefits from combining different regulatory institutions but I will not focus on these here.

- A coherent, integrated, balanced approach to regulation across the sector. This is primarily about the quality of decision making, though there will also be advantages in terms of administrative efficiency and cost.
- For the communications sector that means a more flexible approach to regulation, aiming to minimise regulatory burdens and regulatory overlap and avoid the risk that the different regulators might take different approaches to similar issues by virtue of their different responsibilities.”⁷⁵

The following diagram illustrates the process of reorganisation of regulatory authorities from an industry-based approach, to an “activity” based approach in the broadcasting / communications industry.⁷⁶

75 UK Dept of Trade and Industry (2002), Section 3.1.5.

76 For more information on the implications of energy market convergence on gas and electricity regulators see the IEA working paper by Toh (2003).



In practice, this change from an “industry-based” approach to an “activity-based” approach often involves the consolidation of regulatory bodies into a single “mega-regulator” – the different “activities” identified above are then carried out by different divisions within the one authority. To illustrate this process a brief summary of the reform of the financial and communications regulatory institutions in the UK is set out in the box below.⁷⁷

77

Similar reorganisation and consolidation is occurring in other countries. For example, in Australia, the Australian Broadcasting Authority and the Australian Communications Authority are being merged to form the Australian Communications and Media Authority.

Box 4. Reform of the Regulatory Authorities in the UK Financial Services and Communications Industries

In the UK, over a period of several years, a large number of separate authorities with various responsibilities in different segments of the financial services industry have been consolidated into one agency – the Financial Services Authority. This process began in June 1998 when the FSA took over responsibility for banking supervision (prudential regulation) from the Bank of England. In May 2000, the FSA took over responsibility of the UK Listing Authority (a securities regulator) from the London Stock Exchange. In December 2001, the FSA acquired the regulatory responsibilities of several other agencies with sectoral responsibilities: The Building Societies Commission, the Friendly Societies Commission, the Investment Management Regulatory Organisation, the Personal Investment Authority, the Register of Friendly Societies and the Securities and Futures Authority.

In October 2004, the FSA was given responsibility for mortgage regulation and finally, in January 2005, responsibility for regulating general insurance business.

A similar process has taken place in the communications industry. In 1992 a new regulator was established for the communications industry, called the Office of Communications (OfCOM). This regulator has progressively assumed the powers of five previously separate regulatory bodies – 1. OfTel, the telecommunications regulator, 2. ITC, the Independent Television Commission (with responsibilities for regulating privately funded television in the UK, 3. the Broadcasting Standards Commission, 4. the Radiocommunications Agency and 5. The Radio Authority (with responsibilities for regulating broadcast radio).

There is an excellent summary of the issues surrounding the design of the regulatory institutions in the financial sector in OECD (2002b). This paper notes the importance of “convergence” in the financial sector as giving rise to regulatory asymmetry:

“The debate about the organisational structure of regulatory authorities in the financial sector has been sparked by the on-going consolidation within institutional sectors and convergence across categories of financial service providers. These developments have increasingly blurred traditional lines of demarcation among the four pillars of the financial system (banks, insurance companies, pension funds and securities firms) ... Financial institutions of all types are increasingly offering products and services ... that compete not only against those offered by similar types of institutions but also against those offered by other categories of service providers”.⁷⁸

OECD (2002b) discusses the various forms of organisation of regulatory authorities. The paper first distinguishes two primarily “vertical” approaches to organising regulatory responsibilities. In the first approach (referred to as the institutional/sectoral approach⁷⁹) each institution is licensed under a single regime and the sectoral regulator for that regime is responsible for overseeing all the activities of that institution. The primary problem with this approach is the risk of regulatory asymmetry:

“However, when financial institutions are diversified and the scope of their activities broadens to include products and services that are functionally equivalent to those offered by other categories of financial institutions a division of supervision purely by sector or type of institution runs the risk of introducing competitive distortions and thereby increases the chance for regulatory arbitrage”.⁸⁰

78 OECD (2002b), page 82.

79 This approach is referred to as the “pillars” approach in OECD (1998).

80 OECD (2002b), page 96.

Under the functional approach⁸¹ each sectoral regulator is responsible for overseeing only the activities of the institution relating to that sector – that is, the banking regulator regulates the banking activities and the insurance regulator, the insurance activities and so on. The problem with this approach is that the regulation might not be effective. “The most obvious shortcoming of a purely functional approach would be that the solvency position of an institution as a whole could be obscured, as no single regulator would exercise prudential oversight of the institution in its entirety”.⁸²

The paper goes on to discuss a third possible approach proposed by Goodhart et al (1998). This approach organises the regulatory institutions based on the public policy objectives which they oversee. Separate regulatory agencies would then be assigned responsibility for each objective of financial policy. “For example, a single agency would have responsibility for prudential oversight of all financial institutions, while other agencies would pursue other objectives, again for all service providers”.⁸³ Goodhart et al propose the following objectives and hence institutions: (a) a systemic regulator (for banks and other depositories); (b) a separate prudential regulator for securities firms, insurance companies and other non-bank financial institutions; (c) a conduct of business regulator for retail financial businesses (and a separate one for wholesale financial businesses). They also propose the need for a regulator of competition conduct which would normally be the competition authority with wider focus than just the financial sector. The organisational structure in Australia is an example of this approach:

The “approach of the Australian authorities with separate responsibility assigned for system stability (to the Reserve Bank of Australia) for prudential oversight (to the Australian Prudential Regulatory Authority) and for conduct of business and consumer protection (to the Australian Securities and Investments Commission) is akin to the model of supervision by objectives”.⁸⁴

The following graph illustrates how this form of reorganisation of the regulatory institutions in the financial sector might operate:

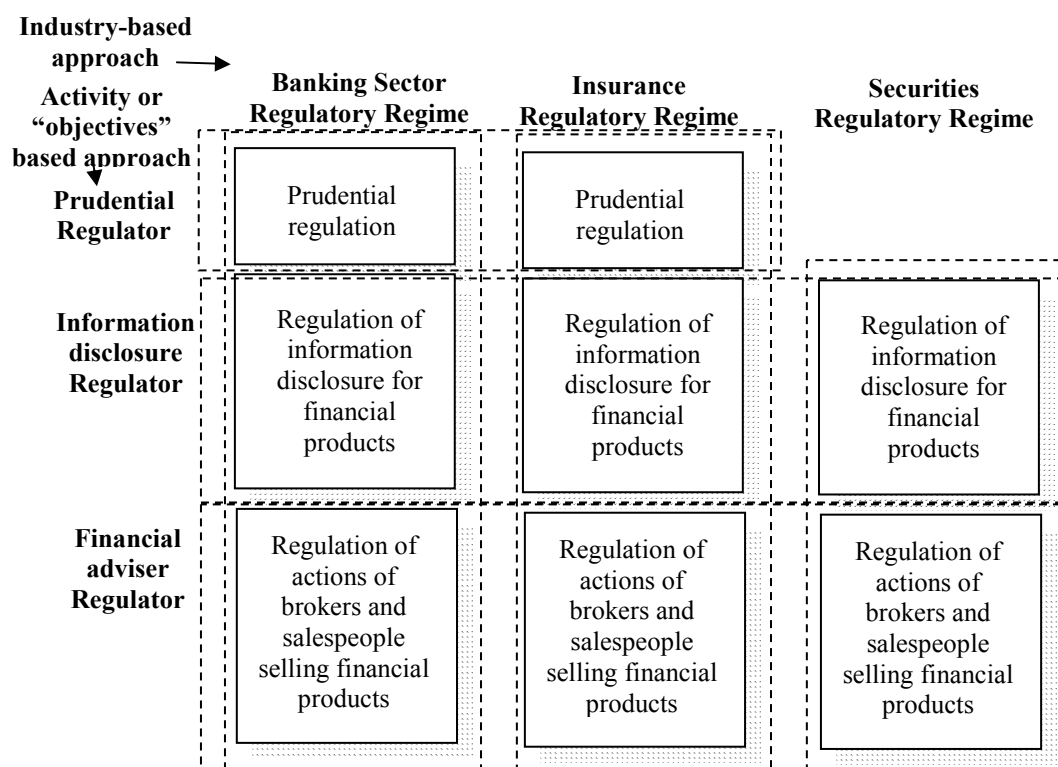
81 Referred to as the “Conglomerate Approach” in OECD (1998).

82 OECD (2002b), page 97.

83 OECD (2002b), page 100

84 OECD (2002b), page 101-102. A number of other countries have integrated prudential financial supervisory authorities (Denmark, Hungary, Iceland, Japan, Korea, Norway, Sweden and the UK). Consideration to this approach is being given in other countries (e.g., Austria, Germany, Switzerland). ...”. OECD (2002b), page 103.

Figure 1: Reorganisation of regulatory institutions in the financial services industry



7. Private responses to the emergence of competition

This paper has focused on the impact of regulatory asymmetry on regulatory policy decisions. However, it is also likely that there will be some response from the firms involved. There are three possible private responses to the emergence of a substitute service:

- (a) Lobbying (or more generally "influence activities") to seek to either defend or eliminate existing regulatory asymmetries.
- (b) Litigation designed to hold-up or forestall the potential application of new regulatory requirements;
- (c) Anticompetitive actions, such as mergers, or exclusionary behaviour. These are discussed further in the section below.

Lobbying and litigation

As discussed, regulatory advantages can be a primary source of competitive advantage and can have a major impact on the profitability of individual firms. In order to capture these rents created by regulation, firms have a strong incentive to lobby governments, to either preserve a regulatory advantage or to eliminate it.

“Evading a regulatory burden can translate into cost savings and greater nimbleness in a competitive environment. Sometimes avoiding a regulatory requirement means that the stakeholder can save money, or even qualify for a flow of unexpected revenues. The arbitrage aspect of this brinkmanship involves the strategic targeting and qualifying to receive lax or favourable regulatory treatment while at the same time retaining the ability to offer functionally equivalent services that compete with offering of other stakeholders subject to more burdensome, costly and unfavourable regulatory treatment”.⁸⁵

Frieden argues that the existing beneficiaries of the arbitrage opportunities in telecommunications have a strong incentive to see them maintained:

“When regulatory arbitrage opportunities exist, stakeholders perceive advantages accruing from efforts to game the system, litigate and delay initiatives that might eventually lead to less regulation and near parity of regulatory status among competitors. Stakeholders’ concerns about short-term profitability may obscure the prospects in the long term for a level competitive playing field. Until then, stakeholders may prefer to compete in the courtroom, at the legislature and the FCC instead of in the marketplace”.⁸⁶

In contrast, of course, those harmed by competition from lightly-regulated substitutes have a strong incentive to argue for a “levelling of the playing field”, “harmonisation” of regulatory requirements, or the elimination of regulatory asymmetries.⁸⁷

It is not clear who will win this battle – those seeking to preserve the regulatory asymmetry or those seeking to eliminate the regulatory asymmetry – but, in some cases, an incumbent firm can shift the chances of winning its own favour. In particular, an incumbent firm might deliberately choose to support the establishment of a regulatory regime which places certain public policy objectives in conflict with competition – precisely in order to enhance its chances of lobbying for protection from “unfair” competition in future.

For example the incumbent may support lobby groups in favour of industry-specific public policy objectives, and then seek to ensure that the pursuit of these objectives is carried out in a manner which is inimical to competition. This point is emphasised by Gómez-Ibáñez (2003):

“The regulated firms usually find it in their interests to join the coalition supporting cross-subsidies. By doing so, the firms ingratiate themselves with the regulatory agency, since the firms’ support makes it easier for the agency to accommodate the pressures for cross-subsidies from proponents of universal access or from subsets of consumers that may have captured it. Equally important, cross-subsidies provide the firm with a rationale for discouraging the development of competition either within or outside the industry. Cross-subsidies can be sustained only if the industry remains a monopoly; the cream will disappear as soon as the firms must compete for customers. Thus a regulatory agency that is committed to cross-subsidies must

85 Frieden (2003), page 4.

86 Frieden (2004), page 245.

87 It is possible to imagine scenarios in which competition might actually be beneficial to the incumbent regulated firm. For example it might be that the owners of the regulated firm find it difficult to improve the efficiency of the regulated firm due to say, opposition from unions or incumbent management. The threat of loss of business to rivals may overcome this resistance to reform and allow the firm to reap an efficiency benefit which exceeds the loss of business to its rivals.

be committed to suppressing competition as well, which is a happy thought for the incumbent firms”.⁸⁸

Even if they fail at preventing the emergence of the new services, the incumbent firms may claim that they should be given a share (ideally a dominant share) of the new market. For example, historically the dominant fixed-line telecommunications operator might argue that it should be given the majority of the spectrum available for mobile services. Currently, as technological developments make more spectrum available for television broadcasting, incumbent broadcasters may argue that they are entitled to a share of the new spectrum.

Anticompetitive behaviour

Equally importantly, the incumbent firms may take private actions to limit the extent of competition from the new sources – perhaps by purchasing the competing firms, or entering the rival market and using predatory pricing to drive out the new entrants. In some instances, targeted price discrimination or discounting may be sufficient to deter entry. The incumbent firms may also be able to deny access to essential facilities in order to restrict the growth of competition. As mentioned earlier, active enforcement of the competition law may be necessary to prevent the incumbent from deterring the emergence of competition.

A key issue for competition enforcers relates to the question of market definition. In most cases, competition enforcers cannot block a merger unless both firms are deemed to be competing in the same relevant market. A key issue, therefore, is the point at which the substitute services could be said to be in the same market as the regulated services. This is, of course, an empirical question which will vary case-by-case and country-by-country. Several of the Competition Committee’s roundtables on competition policy in different industries highlight the considerations of competition authorities in deciding whether or not two services are sufficient substitutes as to be considered to be in the same market. The overall message is that this must be a case-by-case consideration, taking into account factors which are unique to each service, industry and country.

For example, in the OECD’s roundtable on broadcasting competition issues, the European Commission explained its approach to market definition in the broadcasting industry as follows:

“In regard to the product market, a certain number of distinctions have been made. First, a distinction has been made between pay television and free-to-air television. In addition to the mode of financing, the relationship with consumers in each case is different as, in one case, the consumers are subscribers and, in the other case, the consumers are advertisers who purchase broadcasting as a means to show advertising. These two types of television are not in sufficiently direct competition to consider them in the same market. The fact that these are not in the same market can be seen in the decisions of movie distributors to allocate broadcast rights clearly and distinctly in certain “windows”. Free-to-air television is typically the last to receive these broadcast rights, after the rights to broadcast on pay television (and video release, etc.) have been exploited.

The second distinction that might be made is between analogue and digital television. The position of the Commission in this regard is that it is not necessary to distinguish between the two. The two technologies compete in the same market. A third distinction might be made between the different broadcasting modes, i.e., cable, satellite, etc. There have been several cases dealing with this question, the most recent of which is the decision in the BIB case concerning

88 Gómez-Ibáñez (2003), page 57-58.

the British market. In that decision, the three transmission modes were considered as belonging to the same market. In this case (and this result is, of course, specific to the British market), it was observed that in cabled regions, consumers often take up satellite and other sources in place of cable. In addition, there are, at present, no effects by which a consumer becomes locked into one source as the cable companies have a commercial policy of buying back the customer equipment from the customer. Finally, when one looks at the rental or subscription fee, you find that the price levels are comparable across the different modes.

... Full consideration has not yet been given to whether or not one should distinguish separate pay television markets. Is traditional subscription-based pay television in a different market from pay-per-view or near-video-on-demand? In the Bertelsmann-Kirch case it was considered that these three were in the same market. The possibility remains open, however, that a more fine market distinction might be made in the future.”⁸⁹

In the transport industry, competition authorities have often had occasion to determine whether or not, say, air transport and rail transport are in the same market. The following is a summary of a number of European decisions:

“In Lufthansa/Austrian Airlines the European Commission found that, in addition to qualitative factors, total travelling time rather than distance is the decisive factor for consumers in relation to the substitutability of alternative means of transport.⁹⁰ The European Commission concluded that, as a rule, other means of transport, such as rail and road, do not offer an alternative for time-sensitive travellers on direct routes between Germany and Austria.⁹¹ In the recent British Airways/SN Brussels Airlines case the European Commission found that the relevant market in the Brussels O&D pair was broader than direct air services and included high-speed rail transport (i.e. the Eurostar).⁹² Rail was considered to be a competitive alternative to air transport for both non time-sensitive and time-sensitive passengers. In BA/City Flyer the UK Competition Commission found that rail services, in particular on domestic routes and the European routes to Brussels and Paris (served by Eurostar), operated in the same market as airlines on these routes.⁹³ However, in the Lufthansa/Eurowings case the German Bundeskartellamt concluded that there is (still) no homogenous market for land- and air-based means of transport for German domestic traffic.⁹⁴ The Italian Competition Authority came to the same conclusion in the Alitalia/Volare case.”^{95,96}

89 OECD (1999), page 319-320.

90 Lufthansa/Austrian Airlines, OJ 2002 L 242/25, para 53 (http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/l_242/l_24220020910en00250043.pdf), para 57-58.

91 Lufthansa/Austrian Airlines, para 61.

92 See European Commission, case 38.477 - British Airways/SN Brussels Airlines, paras. 18 ff. (<http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38477/en.pdf>).

93 See CC, British Airways Plc and City Flyer Express Limited, Cm 4346 (20.07.1999). (http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/1999/430ba.htm#full).

94 See Bundeskartellamt, case B 9 – 147/00 - Lufthansa/Eurowings, decision of 19.09.2001 http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion01/B9_147_00.pdf. The Bundeskartellamt reasoned that travelling by rail normally takes considerably longer than by plane. Even where rail travel times are becoming shorter and consequently coming more into line with air travel times (e.g. in the case of the “Sprinter” fast-train service between Frankfurt and Berlin), the frequencies offered are still insufficient, at least from the point of view of business travellers. At any rate the price level of

The question of when substitute services should be included in the same market has also been a key issue in the energy sector. Since gas is a primary fuel for the production of electricity, control of gas supplies in a region allows an electricity company to control the scope for new entry by rivals. Depending on the capacity of electricity transmission links into or out of the region, this may confer market power. For example, the European Commission recently opposed the merger of Energias de Portugal (the incumbent electricity company in Portugal) and Gás de Portugal (the incumbent gas company in Portugal).⁹⁷ The recent OECD roundtable on competition issues in the electricity sector highlighted a number of gas/electricity mergers that have been blocked, such as a merger in the US which:

“involved an electric power distributor (DTE) and a natural gas distributor (MichCon) that both serve the Detroit, Michigan, area. In that investigation, the FTC staff found that electric power distribution services competed with natural gas distribution services for some customers and that the competition between the two would likely increase over time (absent the merger). The case was settled with an agreement by which the acquirer divested a perpetual right to use a portion of the natural gas distribution system in the Detroit area to a new entrant. The capacity available to the entrant can be increased as demand grows for end uses, subject to competition between gas and electric distribution services. The settlement was modelled on release capacity arrangements, which were effectively implemented previously for interstate natural gas pipelines”.⁹⁸

In contrast, a 2002 merger decision by the New Zealand competition authority (the Commerce Commission) determined that gas and electricity are not in the same market for retail consumers:

“None of the evidence presented to the Commission points to a clear cut answer to the market definition problem. However all of the evidence is consistent with the conclusion that natural gas and other fuels, especially electricity and to a lesser extent coal, are indeed substitutes for each other, both technically and commercially – but they are at best imperfect substitutes, and cannot be regarded as being in the same market”.⁹⁹

Of course, the same issues also arise in the financial services industry. Mergers between banks and credit unions are not currently possible (credit unions are required to be organised as co-operative associations whereas most banks are for-profit corporations), but there still remains an important question whether credit unions should be included in the definition of the relevant market, for the purposes of estimating market shares and market concentration. A recent paper by Frank Schmid surveys the empirical literature on competition between banks and credit unions and concludes:

“The gist of these empirical studies is that credit unions indeed matter for the degree of concentration in local deposit markets (Emmons and Schmid 2000), for deposit rates (Tokle and Tokle 2000, Hannan 2003) and bank loan rates (Feinberg 2001, 2002 and Feinberg and Rahman

domestic German flights at the time of the merger were significantly higher than Deutsche Bahn AG tariffs.

95 See Autorità garante della Concorrenza, decision in the case Alitalia/Volare Group, July 2003 (available at www.agcm.it).

96 European Competition Authorities Air Traffic Working Group, “Mergers and alliances in civil aviation”, page 12.

97 Case No. COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP Commission decision of 9/12/2004.

98 OECD (2003c), page 415. For more information on this case see Hilke (2001).

99 New Zealand Commerce Commission, Decision no. 475, Genesis Power / Natural Gas Corporation, September 2002.

2001).... Tokle and Tokle (2000) study the effect of savings and loan and credit union competition on bank behaviour in Idaho and Montana. The authors use, among other data, information from a May 1998 phone survey on bank deposit rates covering more than 120 banks. The study finds that bank deposit rates are sensitive to local deposit market shares of credit unions and savings and loan institutions. For instance, a 10 percent rise in the credit union deposit market share raises rates on two-year bank certificates of deposits (CDs) paid by 4.2 basis point”.¹⁰⁰

In summary, it is clear that in the industries highlighted in this paper competition authorities have grappled with questions of the nature of substitute services and the impact of these substitute services on competition. Of course, it is not clear that active or effective enforcement of the competition law implies that one particular market definition is preferred over another. A finding that services A and B are in the same market will, of course, limit mergers between firms producing service A and firms producing service B but will facilitate mergers between firms producing service A or service B alone. For example, a finding that gas and electricity compete in the same market, may allow a competition regulator to block a gas/electricity merger but makes it harder to block electricity/electricity or gas/gas mergers.

8. Conclusion

Virtually all regulated services face some form of competition from substitute services, especially at the margin. Even where no or few substitutes exist at the time a regulatory regime is established, over time technological change may give rise to new services which are significant substitutes for existing regulated services. Indeed, regulatory restrictions may direct innovation efforts to develop new techniques for “working around” existing regulatory requirements. Similarly, trade liberalisation, by allowing the entry of new foreign providers offering substitute services, increases the scope for competition from firms subject to different requirements. These developments give rise to a potential “regulatory asymmetry”.

A regulatory asymmetry is typically undesirable for three reasons:

3. The uneven regulatory burdens distort market outcomes, and reduce the efficiency of the market;
4. Firms have an incentive to expend resources in an effort to be classified under the service with the lighter regulatory burden;
5. Legitimate public policy objectives may be undermined.

Where these problems arise, regulatory asymmetries should be eliminated. The only differences in regulation which should be allowed to persist are those which are necessary to reflect differences in

100 Schmid (2004). Emmons, William R., and Frank A. Schmid (2000) “Bank Competition and Concentration: Do Credit Unions Matter?” Federal Reserve Bank of St. Louis *Review* 82(3), 29-42; Tokle, Robert J., and Joanne G. Tokle (2000) “The Influence of Credit Union and Savings and Loan Competition on Bank Deposit Rates in Idaho and Montana,” *Review of Industrial Organization* 17, 427-439; Hannan, Timothy H. (2003) “The Impact of Credit Unions on the Rates Offered for Retail Deposits by Banks and Thrift Institutions,” Board of Governors of the Federal Reserve System Working Paper 2003-6, <http://www.federalreserve.gov/pubs/feds/2003/200306/200306pap.pdf>; Feinberg, Robert M. (2001) “The Competitive Role of Credit Unions in Small Local Financial Services Markets,” *Review of Economics and Statistics* 83, 560-563; Feinberg, Robert M. (2002) “Credit Unions: Fringe Suppliers or Cournot Competitors,” *Review of Industrial Organization* 20, 105-113; Feinberg, Robert M., and A.F.M. Ataur Rahman (2001) “A Causality Test of the Relationship between Bank and Credit Union Lending Rates in Local Markets,” *Economics Letters* 71, 271-275.

market power, externalities or other market failures in the underlying services themselves. In general, the elimination of regulatory asymmetries requires that the regulatory regime be reformed so as to achieve a “level playing field”.

In principle, the achievement of a “level playing field” may involve either “levelling up” or “levelling down” the regulatory requirements. The emergence of substitute services is an opportunity to reconsider the original regulatory requirements to determine if relaxing those requirements is appropriate. At least in the case where the existing regulatory controls are designed to protect against the consequences of a lack of competition, levelling the playing field will usually involve “levelling down” the regulatory requirements at least for that group of consumers which is most likely to switch (taking care to retain protection on customers that do not face viable alternatives).

In many industries the achievement of a given public policy objective requires the provision of non-commercial services. Often the funds for those non-commercial services are raised through internal cross-subsidisation within a single firm. In this case “levelling the playing field” requires establishing a funding mechanism to which, if any one firm is required to contribute, all firms contribute in a competitively neutral manner.

There may also be implications for the organisation of regulatory institutions. Where the two services were previously subject to two different regulatory authorities, levelling the playing field requires not just harmonizing the regulatory rules but also consolidating the regulatory authorities which enforce those rules.

Perhaps the clearest examples of the problems of regulatory asymmetries arise in the telecommunications industry. Historically regulatory regimes drew a distinction between data and voice services, and have imposed greater regulatory requirements on voice services. More recently “data” services have emerged – particularly, voice over IP – which provide close substitutes for traditional voice services but which remain largely unregulated. This raises serious questions about the sustainability of existing regimes for interconnection charging and existing mechanisms for funding universal service obligations. It is likely that IP telephony services will force a major reform of the charging structures for telecommunications services.

BIBLIOGRAPHY

- ACA, (2004), "Regulatory Issues Associated with Provision of Voice Services Using Internet Protocol in Australia", October 2004,
http://internet.aca.gov.au/ACAINTER.852416:STANDARD:274549514:pc=PC_8002 .
- BAI, (2000), "Regulating Convergence: Towards a Uniform Framework for Banking, Insurance and Investments", BAI Regulatory Affairs Council, Melanie Fein,
http://www.bai.org/pdf/regresearch_toc.pdf
- Bonsor, Norman, (1995), "Competition, Regulation, and Efficiency in the Canadian Railway and Highway Industries", chapter 2 in *Essays in Canadian Surface Transportation*, Filip Palda, ed., The Fraser Institute, Canada,
<http://oldfraser.lexi.net/publications/books/essays/chapter2.html>.
- Cavicchia, Vincenzo, (2004), "Convergence of Gas and Electricity Markets", presentation at an IEU/IGU workshop, 14 June 2004,
http://www.iea.org/textbase/work/2004/power_generation/Vincenzo%20Cavicchia.pdf
- Chmura Economics and Analytics, (2004), "An assessment of the Competitive Environment Between Credit Unions and Banks", May 2004.
<http://www.thomasjeffersoninst.org/pdf/articles/cu-study.pdf>
- FCC, (2004), "NPRM In the Matter of IP-Enabled Service", FCC 04-28, March 2004.
- Felten, Edward, (2004), "LAMP and Regulatory Arbitrage", posted at Freedom to Tinker,
<http://www.freedom-to-tinker.com/archives/000706.html>
- Frieden, Rob, (2000), "Regulatory Opportunism in Telecommunications: The Unlevel Competitive Playing Field", A presentation at the 28th Annual TPRC, 23-25 September 2000
<http://www.personal.psu.edu/faculty/r/m/rmf5/TPRC2.ppt>
- Frieden, Rob, (2004), "Regulatory Arbitrage Strategies and Tactics in Telecommunications", *North Carolina Journal of Law & Technology*, 5 (2), Spring 2004
- Gómez-Ibáñez, José, (2003), *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, Discretion*, Harvard University Press, 2003, page 57-58.
- Goodhart, Charles A.E., Philipp Hartmann, David Llewellyn, Liliana Rojas-Suárez, and Steven Weisbrod. (1998), *Financial Regulation, Why, how and where now?* London. Routledge, in association with the Bank of England.
- Greenstein, Shane and Tarun Khanna, (1997), "What does it mean for industries to converge?", in David Yoffie, ed., *Competing in an Age of Digital Convergence*, Harvard University Press, 201-226

- Harrison, Rob, (1999), "Harmonizing Truck Transportation", presented at the 5th Agriculture and Food Policy Systems Information Workshop, March 1999, Acapulco, Mexico
<http://pdic.tamu.edu/maroon/harrison.pdf>
- Hilke, John, (2001), "Convergence Mergers: A New Competitive Settlement Model from Detroit", *Electricity Journal*, 14(8), October 2001, 13-18
- INTUG, (2003), "IP Telephony: A discussion paper",
http://www.intug.net/views/ip_telephony_discussion.html
- ITU, (2001), World Telecommunications Policy Forum, 31 January 2001, *Report of the Secretary-General on IP Telephony*.
- Leo, Evan and Peter Huber, (1997), "The Incidental, Accidental Deregulation of Data ... and Everything Else", *Industrial and Corporate Change*, 6(4), 1997
- Makholm, Jeff, (1999), "Gas and Electricity Sector Convergence: Economic Policy Implications", conference presentation, Energy Week '99, World Bank, 6-8 April 1999,
http://www.worldbank.org/html/fpd/energy/energyweek/makholm_speech.doc
- Katz and Woroch (1997), "Introduction: Convergence, Regulation and Competition", *Industrial and Corporate Change*, 6(4), December 1997
- OECD, (1997), "Webcasting and Convergence: Policy implications", OCDE/GD(97)221, February 1998
- OECD, (1998), "Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry", DAF/CLP(98)20, December 1998
- OECD, (1999), "Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence", DAF/CLP(99)1
- OECD, (2001), "Competition Issues in Road Transport", DAF/CLP(2001)10
- OECD, (2002a), "Competition and Regulation Issues in Telecommunications", DAF/COMP(2002)6, February 2002
- OECD, (2002b), "Supervision of Financial Services in the OECD area", prepared by Stephen Lumpkin, in *Financial Market Trends*, No. 81, April 2002.
- OECD, (2003a), "The Implications of Convergence for Regulation of Electronic Communications", DSTI/ICCP/TISP(2003)5/FINAL
- OECD, (2003b), "Non-Commercial Service Obligations and Liberalisation", DAF/COMP/WP2(2003)5/FINAL, 11 April 2005
- OECD, (2003c), "Competition Issues in the Electricity Sector", DAF/COMP(2003)14, April 2003
- OECD, (2004a), *Access Pricing in Telecommunications*, 2004
- OECD, (2004b), "VoIP: Developments in the Market", October 2004.

- Ordover, Janusz, (2000), “Effective Telecommunications Service Competition in Australia and the Need for Regulatory Reform”, 26 November 2000, <http://www.pc.gov.au/inquiry/telecommunications/subs/sub043.pdf>
- Schmid, Frank, (2004), “When for-profits and not-for-profits compete: Theory and empirical evidence from retail banking”, 8 November 2004, <http://frankschmid.com/nonprofits.pdf>
- Toh, Kyung-Hwan, (2003), “The Impact of Convergence of the Gas and Electricity Industries: Trends and Policy Implications”, IEA Working Paper, 2003, <http://www.iea.org/textbase/papers/2003/toh.pdf>
- UK Dept of Trade and Industry, “A New Future for Communications”, 2002, Section 3.1.5. http://www.communicationsbill.gov.uk/policy_narrative/550801.html
- Weingarten, Michael and Bart Stuck, (2005), “Harmonizing Unequal Telecom Regulations”, *Business Communications Review*, January 2005, pages 16-17.

NOTE DE RÉFÉRENCE¹

par le Secrétariat

1. Introduction

Dans les pays de l'OCDE, de nombreux services sont assujettis à des régimes réglementaires spécifiques aux secteurs concernés. Ces régimes imposent différentes exigences : prix maximums, obligations de service, restrictions quant au contenu (pour les radiodiffuseurs), ou niveaux minimums de capitalisation (pour les banques). Dans le même temps, presque tous ces services réglementés sont concurrencés dans une certaine mesure par divers services de substitution, du moins à la marge. Ces services de substitution sont souvent soumis à des exigences réglementaires différentes et dans certains cas, ne sont visés par aucune exigence réglementaire spécifique au secteur. Par exemple :

- Les services ferroviaires (qui sont habituellement réglementés dans une certaine mesure) sont fortement concurrencés par d'autres modes de transport de voyageurs et de fret ;
- Les services de communication vocale sur le RTPC sont concurrencés par les services mobiles (sans fil) et les services vocaux sur les réseaux IP de bout en bout² ; les opérateurs qui fournissent des services haut débit sur la boucle locale avec la technologie ADSL concurrencent ceux qui proposent des services haut débit sur l'infrastructure de la télévision par câble ou le réseau électrique.
- Les services postaux réglementés classiques sont concurrencés par d'autres services de communication de texte : Internet, télécopie, courrier électronique et SMS ;
- L'électricité et le gaz sont en concurrence dans certaines applications destinées à l'utilisateur final et à différents niveaux de la chaîne de production – par exemple, les entreprises de transport d'électricité et de transport de gaz s'affrontent pour assurer la distribution d'énergie dans les grands centres.
- Dans certains pays, les fournisseurs de services bancaires réglementés sont concurrencés à la marge par des établissements parabancaires comme les coopératives de crédit ; les services de taxi réglementés sont parfois aussi concurrencés par des services connexes moins réglementés (par exemple, au Royaume-Uni, par les services de « minitaxis »).

La concurrence de services de substitution soumis à des régimes réglementaires différents donne lieu à ce que l'on appelle parfois une « réglementation asymétrique ». Le présent document examine les implications de la réglementation asymétrique pour la conception des régimes réglementaires. Il aborde les questions charnières suivantes : quels problèmes l'asymétrie des exigences réglementaires entraîne-t-elle ? Qu'implique l'application des mêmes règles aux services réglementés et à leurs substituts ? Cela a-t-il une

1 La Note de référence a été préparée par Dr. Darryl Bigar, Economiste de l'ACCC et Consultant du Secrétariat de l'OCDE

2 De nombreux services de télécommunications faisant intervenir le RTPC ont recours à un réseau IP pour au moins une des composantes du service mais certains services IP peuvent contourner entièrement le RTPC, et ils le font.

incidence sur la manière dont les autorités de réglementation doivent être structurées ? Quelles conséquences cela entraîne-t-il pour l'application du droit de la concurrence³ ?

Les idées dominantes développées dans le présent document sont les suivantes :

- Presque tous les services réglementés sont concurrencés, du moins à la marge, par des services de substitution. Ces services de substitution sont issus soit de l'innovation technique (qui favorise la montée d'entreprises nouvelles fournissant de nouveaux services), soit des tendances nouvelles de la réglementation (qui permettent à des entreprises en place, soumises à des régimes réglementaires différents, de fournir de nouveaux services). Ces évolutions sont parfois le résultat du processus de plus grande ampleur qu'est la convergence. Le fait que ces services de substitution soient soumis à des exigences réglementaires différentes peut entraîner un problème de réglementation asymétrique. Il existe des substituts de presque tous les services réglementés, mais les services de substitution soulèvent actuellement des problèmes de politique réglementaire particuliers dans trois secteurs réglementés :
 - Dans le secteur des télécommunications, où différentes infrastructures physiques et catégories de services (qui ont dans le passé été soumises à des régimes de réglementation différents) sont de plus en plus à même de proposer des prestations concurrentes ;
 - Dans les services financiers, où des institutions soumises à des régimes réglementaires différents (par exemple, les banques, les compagnies d'assurance, les coopératives de crédit et les associations d'épargne et de prêt⁴) ont progressivement été autorisées à fournir des produits et services similaires.
 - Dans les transports, où différents modes ont longtemps été en concurrence (partielle) les uns avec les autres (par exemple, le fret ferroviaire et le fret routier).
- Le présent document porte sur la dimension « produit » des services de substitution, qui revêtent néanmoins également une dimension « géographique ». En effet, la libéralisation des échanges de services, par le biais d'initiatives d'intégration économique régionale ou mondiale, fait que pour de nombreuses sociétés réglementées, les substituts sont essentiellement les services fournis par des entreprises soumises à un régime réglementaire dans un pays étranger. Les problèmes soulevés par la libéralisation des échanges sont pratiquement tous les mêmes que ceux qu'examine le présent document, par exemple la contradiction entre les objectifs de la politique de la concurrence et ceux de la politique interne, et la structure des autorités de réglementation. La réforme de la réglementation engagée pour assurer l'accès aux installations essentielles, en encourageant activement la

3 La réglementation asymétrique renvoie parfois à la différence de traitement entre une entreprise dominante et les nouveaux entrants dans un secteur donné. Dans le présent document, la « réglementation asymétrique » désigne non pas la différence de traitement entre deux entreprises offrant des services différents et n'ayant pas le même degré de pouvoir de marché, mais plutôt le traitement réglementaire différent reçu par des entreprises qui produisent des services de substitution.

4 Aux États-Unis, une association d'épargne et de prêt est une institution financière qui, par le passé, acceptait les dépôts des consommateurs et accordait des prêts immobiliers. Pendant les années 80, la libéralisation des règles régissant les associations d'épargne et de prêt a permis à ces institutions d'offrir des services plus diversifiés et de concurrencer plus directement les banques.

progression des entreprises qui offrent des services de substitution, pose également bon nombre des problèmes qui sont abordés ici.

- La réglementation asymétrique peut soulever trois problèmes. Premièrement, la concurrence de services soumis à des réglementations différentes peut nuire à certains objectifs des pouvoirs publics. Deuxièmement, elle peut porter atteinte à l'efficacité du processus concurrentiel même. Troisièmement, elle peut inciter les entreprises à engager des dépenses dans le but de relever d'un régime réglementaire moins restrictif. La pratique consistant à rechercher le cadre réglementaire le plus favorable est parfois appelée « arbitrage réglementaire » ou encore « *forum shopping* ». La réglementation asymétrique va rarement de pair avec une bonne politique gouvernementale.
- L'application d'une réglementation asymétrique fait naître une contradiction entre le souci de favoriser la concurrence de services de substitution et la poursuite d'autres objectifs d'action. Par exemple, lorsque certains services non commerciaux sont fournis à l'aide de subventions croisées internes, le souci de favoriser la concurrence se trouve en contradiction avec celui de maintenir des services non commerciaux. On dit que les subventions croisées sont les ennemies de la concurrence parce que la concurrence est l'ennemie des subventions croisées. Le même principe s'applique chaque fois que la poursuite d'un objectif réglementaire conduit à imposer des obligations à une entreprise réglementée, mais non à ses substituts.
- La seule façon de résoudre les problèmes causés par la réglementation asymétrique sans porter préjudice à la concurrence est d'appliquer les mêmes règles à tous – c'est-à-dire de veiller à ce que les services de substitution soient soumis à des objectifs réglementaires comparables. Les différences qui subsisteront au plan de la réglementation ne doivent être imputables qu'à la nécessité de contrôler ou de calculer correctement les différences entre les « défaillances du marché » dans le cadre de la fourniture des deux services, par exemple les différences de pouvoir de marché. Ce processus d'égénéralisation est parfois appelé « harmonisation de la réglementation ». Il peut être mené à bien soit en étendant les obligations réglementaires aux services de substitution, soit en supprimant les obligations réglementaires imposées aux services en place ; autrement dit, il consiste à renforcer ou à assouplir les exigences réglementaires existantes. Dans le secteur des télécommunications, on parle de « réglementation technologiquement neutre ».
- En général, il n'est pas possible de préciser si l'application des mêmes règles à tous doit passer par un renforcement ou par un assouplissement des règles. La décision doit se fonder sur l'examen de la réglementation existante, notamment sur les réponses apportées à des questions courantes : quelle est la raison d'être de la politique gouvernementale qui sous-tend la réglementation existante ? Quels sont les différents moyens de favoriser cet objectif ? Quels sont les coûts et les avantages de chaque option ? Si l'objectif de l'action des pouvoirs publics paraît toujours légitime et que l'approche retenue pour l'atteindre demeure la meilleure, il est peut-être nécessaire d'étendre les exigences réglementaires existantes aux nouveaux services – c'est-à-dire de renforcer les règles.
- Lorsque le régime réglementaire a été mis en place pour contrôler les effets d'une absence de concurrence, l'apparition de la concurrence de substituts permet en principe d'alléger les obligations réglementaires existantes. Tel est en particulier le cas lorsqu'il existe un groupe identifiable de clients pour lesquels les deux services sont des substituts proches. Il faudrait veiller à ne pas faire cesser les contrôles réglementaires nécessaires pour les clients « captifs » pour lesquels les substituts éventuels ne sont pas des substituts proches.

- Dans de nombreux secteurs, la réalisation de certains objectifs de l'action des pouvoirs publics nécessite la fourniture de services non commerciaux. Il incombe parfois à une entreprise de financer ces services non commerciaux au moyen de subventions croisées internes. Dans ce cas, l'application des mêmes règles à tous exige l'établissement d'un nouveau mécanisme de financement des services non commerciaux, que ce soit par le biais d'une taxe neutre du point de vue de la concurrence prélevée sur les entreprises en concurrence ou par le biais d'autres recettes publiques. Il existe de nombreux mécanismes de financement des services non commerciaux même en situation de concurrence, de sorte que l'entreprise qui fournit les services non commerciaux ne les finance pas nécessairement par des subventions croisées internes seulement⁵.
- Dans certains secteurs, des régulateurs différents sont chargés d'entreprises différentes fournissant des services concurrents. Dans ce cas, l'application des mêmes règles à tous nécessite l'harmonisation des initiatives des régulateurs, qui prend habituellement la forme d'un regroupement des organismes de réglementation en une seule instance. Ces dernières années, certains régulateurs des télécommunications, de la radiodiffusion et du secteur financier ont fait l'objet d'une réorganisation. La réorganisation s'est écartée des axes verticaux ou sectoriels classiques pour se porter sur les activités ou les objectifs (c'est-à-dire sur la réglementation du contenu d'une part et la réglementation de l'accès aux infrastructures d'autre part).
- Que la présence de services de substitution favorise ou non la réalisation des objectifs de l'action gouvernementale, les opérateurs historiques réglementés sont susceptibles de la considérer comme une menace. Ils ont recours à la réglementation pour s'en protéger mais peuvent également adopter des pratiques anticoncurrentielles qui consistent à renforcer leur position dominante en rachetant les fournisseurs de services de substitution ; à user de leur position de fournisseurs d'installations essentielles pour empêcher la croissance des services de substitution ; ou à entrer sur le marché des services de substitution et à y pratiquer des tarifs inférieurs aux coûts dans le but d'éliminer les concurrents. La mise en œuvre vigoureuse du droit de la concurrence sera souvent nécessaire pour lutter contre ces pratiques. L'application du droit de la concurrence dans ces secteurs nécessite presque toujours un examen au cas par cas afin de déterminer si les deux services de substitution peuvent être considérés comme étant présents sur le même marché.

2. Les services réglementés et leurs substituts

Quels services pourrait-on considérer comme les substituts d'un service réglementé donné ? Cette question en rappelle une autre, souvent posée, qui porte sur la « définition du marché ». Dans les deux cas, il faut se placer sous l'angle du consommateur ou de l'utilisateur final – autrement dit, il faut se demander quels sont les autres services disponibles pour un consommateur donné, qui en sont les fournisseurs, et dans quelle mesure ce consommateur les apprécie comparativement au service original.

Lorsque l'on définit l'ensemble des substituts offerts à un consommateur donné, il convient généralement de différencier deux dimensions, à savoir le produit et la géographie. Le produit se rapporte aux caractéristiques du service même et à l'appréciation qu'en fait le consommateur. La géographie concerne la question de savoir dans quelle mesure, compte tenu des coûts du transport, le consommateur est disposé à choisir des services fournis depuis une installation de production distante, plutôt que des services provenant d'une installation de production locale.

5 Ces solutions sont examinées plus en détail dans un rapport récent intitulé « Les obligations de services non commerciaux et leur libéralisation » (OCDE, 2003b).

Prenons d'abord le cas du produit. Il s'avère que presque tous les services réglementés ont leurs substituts partiels (c'est-à-dire des substituts que la plupart des consommateurs choisiraient si le prix réglementé était suffisamment élevé, ou des substituts proches pour une minorité de consommateurs⁶). Le tableau 1 fournit une liste partielle de services réglementés et de leurs substituts proches potentiels.

Tableau 1 : Services réglementés et leurs substituts

Service	Substitut éventuel ou partiel
Transport ferroviaire de fret	Transport routier, aérien et maritime/fluvial de fret
Transport ferroviaire de voyageurs	Transport en voiture particulière, en autobus et transport aérien
Services postaux	Télécopie, courrier électronique, SMS
Transport d'électricité	Transport de gaz
Services vocaux sur RTPC	Services vocaux sur IP
Internet haut débit sur l'ADSL	Internet haut débit sur l'infrastructure de télévision par câble

En outre, dans certains pays, des services substituts (qui sont par conséquent en concurrence les uns avec les autres) sont soumis à des régimes de réglementation différents. Par exemple, dans de nombreux pays⁷, les coopératives de crédit (institutions financières appartenant à ceux qui en sont membres) fournissent des services qui sont des substituts proches des services fournis par les banques classiques. Dans certains pays, les produits d'épargne-retraite sont offerts par les compagnies d'assurance et d'autres sociétés financières. Au Canada, par exemple, les compagnies d'assurance proposent un produit d'épargne (appelé « fonds distinct ») qui est un substitut proche des fonds communs de placement classiques. À Londres, le régime de réglementation des services de taxi autorise un substitut proche (les « minitaxis ») soumis à une réglementation moins stricte.

La volonté des utilisateurs finaux de se tourner vers ces services de substitution ou la possibilité qu'ils ont de le faire sont variables. Par exemple, même si la qualité du son et du contenu des services de radio sur Internet est équivalente ou supérieure à celle de la radiodiffusion classique, la plupart des connexions à Internet se font actuellement depuis un emplacement fixe, ce qui réduit la mobilité potentielle de l'auditeur, et limite la possibilité de remplacement de la radiodiffusion classique par la radio sur Internet.⁸ Le fait que les consommateurs souhaitent changer de fournisseur est également fonction d'autres facteurs comme la nature des investissements spécifiques effectués par les consommateurs (par exemple dans la formation ou dans de l'équipement spécifique). Manifestement, plus les consommateurs sont attirés par les services de substitution, plus ces services ont un impact sur la réglementation des services déjà réglementés.

6 À noter que l'énoncé selon lequel deux services sont substituables l'un à l'autre ne signifie pas qu'ils sont parfaitement substituables – c'est-à-dire parfaitement interchangeables aux yeux des consommateurs. Dans le présent document, on considère que deux services sont substituables l'un à l'autre si une augmentation assez forte du prix d'un service incite une proportion substantielle de consommateurs identifiables à choisir l'autre service. Pour être substituables l'un à l'autre, deux services ne doivent pas nécessairement offrir la même qualité ou avoir un prix identique.

7 Selon le Conseil mondial des coopératives d'épargne et de crédit, ce type d'établissement est actif dans environ le tiers des pays de l'OCDE – Royaume-Uni, Irlande, République tchèque, Pologne, Japon, Corée, Canada, États-Unis, Mexique, Australie et Nouvelle-Zélande). <https://www.woccu.org/>

8 Par exemple, l'écoute des services de radio sur Internet lors de déplacements en voiture est encore peu répandue. Malgré cet inconvénient, il semble que la radio sur Internet soit de plus en plus perçue comme une menace pour la radio commerciale, du moins en ce qui concerne certaines catégories d'auditeurs. <http://www.netradiosales.com/mediapost.htm>. À l'avenir, il est probable que des appareils de communication entièrement mobiles fondés sur le protocole Internet seront mis au point.

Deux facteurs principaux sont à l'origine du développement de nouveaux services de substitution :

- les innovations techniques – elles procurent aux entreprises existantes ou entrantes la possibilité technique de fournir des services qui concurrencent des services existants ; et
- les tendances nouvelles de la réglementation, qui donnent aux entreprises existantes ou nouvelles l'autorisation légale de fournir des services qui concurrencent un service existant⁹.

Ces deux facteurs ne sont pas indépendants l'un de l'autre. Par exemple, les contrôles réglementaires incitent à investir dans l'innovation dans le but de les contourner ou de s'y soustraire. Inversement, la modification d'une réglementation – par exemple, la modification d'un règlement qui permet la concurrence d'entreprises installées à l'étranger, peut avoir un impact limité si elle ne s'accompagne d'aucune évolution technologique ayant pour effet de réduire le coût des communications avec les entreprises étrangères.

Deux tendances nouvelles bien distinctes de la réglementation ont particulièrement favorisé l'apparition des services de substitution :

- La réduction des obstacles aux échanges de services (par le biais, par exemple, des initiatives d'intégration régionale) élargit la gamme des services de substitution disponibles pour les consommateurs et pourrait renforcer la concurrence entre des entreprises soumises à des régimes de réglementation différents. Tel a notamment été le cas dans le secteur des services financiers, où l'atténuation des obstacles aux échanges a permis aux consommateurs de réaliser des opérations avec des prestataires assujettis à des régimes de réglementation étrangers¹⁰.
- La généralisation de l'obligation de fournir l'accès aux installations essentielles. Les services fournis par les sociétés qui obtiennent un accès aux installations essentielles sont habituellement, en un sens, des substituts des services de l'opérateur historique réglementé et donnent lieu à des problèmes de concurrence identiques à ceux examinés ci-après.

L'apparition de services de substitution est parfois appelée convergence. Par exemple, il est souvent question de la convergence des services de radiodiffusion et de télécommunications¹¹, de la convergence des secteurs du gaz et de l'électricité¹², ou de la convergence des institutions financières¹³. Le

9 Pour Frieden (2004, p. 275), ces deux éléments favorisent la réglementation asymétrique et l'élaboration de stratégies en matière de réglementation : les possibilités de contourner le système réglementaire semblent avoir augmenté plutôt que diminué à la faveur des innovations technologiques, de l'adoption de la loi de 1996 et du maintien des classifications réglementaires instaurées de longue date par la FCC, comme la distinction entre services de base et services améliorés.

10 On a vu que ces pratiques ont été facilitées par les innovations techniques comme Internet, qui réduisent le coût des opérations avec des entreprises physiquement distantes des consommateurs, et élargissent davantage l'éventail des services de substitution soumis à des régimes de réglementation différents.

11 Voir, par exemple, les documents OCDE (1997), « Diffusion sur le web et convergence : implications pour l'action des pouvoirs publics » et OCDE (1999), et « Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence ».

12 Voir, par exemple, Cavicchia (2004), « Convergence of Gas and Electricity Markets » ; Makholm (1999), « Gas and Electricity Sector Convergence: Economic Policy Implications ».

13 Voir, par exemple, BAI (2000), « Regulating Convergence: Towards a Uniform Framework for Banking, Insurance and Investments ».

terme « convergence » n'a toutefois pas fait l'objet d'une définition précise, et il a été décidé, par souci de clarté, de ne pas l'utiliser ici.¹⁴

L'apparition de services de substitution accroît la concurrence pour les services de l'opérateur historique et réduit le pouvoir de marché que celui-ci exerce sur les consommateurs qui souhaitent se tourner vers les substituts et sont en mesure de le faire. L'accroissement de la concurrence induit par les services de substitution comporte habituellement des avantages, du moins en partie. Cependant, comme on le verra, l'imposition d'exigences ou d'obligations réglementaires différentes aux services de substitution soulève des questions de fond liées à cette réglementation asymétrique. Le présent document examine les implications de cette réglementation asymétrique pour les responsables de l'élaboration des politiques.

Ces dernières années, des problèmes de réglementation asymétrique se sont posés avec une acuité particulière dans les secteurs suivants :

- Dans le secteur des télécommunications, où les innovations techniques (en particulier la numérisation) ont progressivement permis de fournir divers services à l'aide d'une même infrastructure physique. Étant donné que dans le passé, chaque infrastructure était associée à la fourniture d'un ensemble restreint de services, le régime réglementaire était le plus souvent rattaché à l'infrastructure. Les services que chaque infrastructure est en mesure de fournir s'étant diversifiés, on peut penser que les services soumis à des exigences réglementaires différentes se concurrenceront de plus en plus les uns les autres. Les décideurs ont réagi à cette situation en appliquant au secteur des télécommunications des formes de réglementation technologiquement neutres. Dans le même temps, les classifications réglementaires faisaient habituellement une distinction entre les services voix et les services donnés, les premiers étant soumis à des exigences réglementaires plus coûteuses. La numérisation a rendu la distinction voix-données de plus en plus inopérante, et permet à des services auparavant rangés dans la catégorie des données de faire concurrence aux services voix¹⁵.
- Dans le secteur des services financiers, où les innovations sont attribuables à la réforme de la réglementation, à l'évolution technologique et à la libéralisation des échanges. Comme dans les télécommunications, l'évolution technologique a réduit le coût associé à la diversification de la gamme de services offerts, et permis aux sociétés des secteurs de l'assurance, des banques et des retraites de mettre au point des produits concurrents. Dans le même temps, la libéralisation des échanges a intensifié la concurrence entre des entreprises

14 Pour certains auteurs, l'utilisation du terme convergence n'a pas encore fait l'unanimité (Katz et Woroch (1997). Greenstein et Khanna (1997) distinguent la « convergence des services de substitution » et la « convergence des services complémentaires ». Suivant cette terminologie, le présent document concerne principalement la convergence des substituts. Il est selon moi utile de faire une distinction entre la convergence des services complémentaires au niveau de la production et la convergence des services complémentaires au niveau de la consommation. L'utilisation d'une infrastructure unique pour fournir un certain nombre de services variés est un exemple de convergence des services complémentaires au niveau de la production. Cette acception du terme convergence fondée sur les économies de gamme est retenue dans le document OCDE (1999).

15 Selon Leo et Huber (1997), les codes réglementaires existants pour le téléphone, le câble et la radiodiffusion traitent les services données comme étant largement au-delà ou hors de l'intérêt officiel. (...) Ces services sont exemptés des redevances d'accès et échappent presque entièrement à la plupart des autres formes de réglementation des opérateurs. (...) Les services données ont longtemps été des services accessoires associés à d'autres services plus anciens et plus importants. Les données ont donc bénéficié du hasard, de l'inattention, de la négligence et de l'indifférence des régulateurs. (...) Les données sont en train de prendre le contrôle de l'établissement réglementaire.

offrant des produits similaires mais relevant d'autorités de réglementation différentes. L'assouplissement des contrôles réglementaires applicables à la gamme de services qui peuvent être offerts a également permis que des entreprises différentes offrent des produits concurrents.

- Dans le secteur des transports, où l'évolution technologique et la saturation du transport routier ont été les principaux facteurs. Alors que le réseau routier des pays de l'OCDE s'est considérablement amélioré au cours des dernières décennies, la saturation croissante (en particulier en Europe) augmente l'attrait relatif exercé par d'autres modes de transport. Dans le même temps, la mise au point des trains à grande vitesse augmente l'attrait du rail par rapport à l'avion pour le transport de voyageurs sur de courtes distances.

3. Les coûts de la réglementation asymétrique

Comme on l'a vu, l'apparition de services de substitution est habituellement un avantage, du moins en partie, pour la société en général. Dans presque tous les secteurs, les objectifs d'action portent notamment sur la fourniture et le maintien de services efficaces par la diversité, le prix et la qualité, et sur l'innovation continue au plan de la production, des prix et de la qualité. La réalisation de ces objectifs est, du moins en partie, facilitée par la concurrence des services de substitution. L'apparition de ces services diminue le pouvoir de marché et incite les entreprises en place à innover davantage, du moins en ce qui concerne la fourniture de services aux utilisateurs finaux qui veulent se tourner vers les services de substitution et sont en mesure de le faire.

Dans certains secteurs, l'apparition de services de substitution peut en outre favoriser la réalisation d'autres objectifs des pouvoirs publics. Par exemple, dans le secteur de la radiodiffusion, l'un des objectifs d'action concerne souvent la pluralité des médias (afin de veiller à ce que le public ait accès à des opinions diversifiées¹⁶). La réalisation de cet objectif est facilitée par l'apparition des services de radiodiffusion de substitution (comme la radio ou la télévision sur Internet), qui concurrencent les radiodiffuseurs traditionnels¹⁷.

Cependant, lorsque les services de substitution sont soumis à des exigences réglementaires différentes – c'est-à-dire en cas de réglementation asymétrique – trois problèmes potentiellement graves peuvent se poser :

- Premièrement, la concurrence des services de substitution non soumis aux mêmes obligations réglementaires que les services en place risque de nuire aux objectifs d'action existants, par exemple celui de favoriser le service universel.
- Deuxièmement, les résultats sur le marché sont faussés – autrement dit, les entreprises peuvent prospérer et se développer non parce qu'elles offrent un produit meilleur ou

16 Il s'agit dans ce cas, pour utiliser une analogie économique, de favoriser le « marché » des idées, qui encourage l'examen et l'évaluation des idées dans le but d'éclairer la démocratie et les politiques menées par les pouvoirs publics.

17 Voir la remarque suivante dans le document de l'OCDE (1997), page 42 : « Dans le passé, on justifiait en grande partie la réglementation des médias de radiodiffusion par le souci de maintenir un éventail varié de sources d'information et d'opinion. On pensait essentiellement qu'une forte concentration de la propriété de ces médias pouvait nuire au pluralisme. (...) Le Webcasting sur l'Internet ajoute des sources nouvelles d'information et de pluralité. En conséquence, les politiques devraient encourager le Webcasting en tant qu'outil pour accroître le pluralisme ».

peuvent produire à un coût moindre, mais parce qu'elles tirent avantage de la réglementation.

- Troisièmement, les entreprises engagent des ressources ou orientent leurs décisions de production de manière à être soumises à un régime réglementaire moins restrictif. C'est ce que l'on appelle parfois l'arbitrage réglementaire.

Sur ces trois types de coûts, le premier est dans la pratique le plus important et fait l'objet d'un examen détaillé plus loin. Les deux autres ont aussi leur importance et sont abordés brièvement.

Encadré 1. L'apparition de services de substitution peut-elle accroître le pouvoir de marché ?

Il a été noté ci-dessus que l'apparition de services de substitution renforce la concurrence et réduit certains aspects du pouvoir de marché des entreprises en place. En particulier, le pouvoir de marché de l'entreprise en place est réduit du fait des clients qui souhaitent se tourner vers le service de substitution et sont en mesure de le faire. Mais cela ne signifie pas que l'opérateur historique perd tout son pouvoir de marché ou que les contrôles réglementaires existants dont il fait l'objet peuvent être levés.

Supposons par exemple que l'opérateur historique possède une clientèle formée de deux groupes de consommateurs – ceux qui peuvent facilement se tourner vers les services de substitution et ceux qui ne le peuvent pas, et qui représentent la clientèle captive. Si l'opérateur historique ne peut différencier les prix pratiqués à l'égard des deux groupes, l'apparition d'un service de substitution peut inciter les clients qui le peuvent à changer de fournisseur, ce qui fait que l'opérateur historique ne conserve que les clients captifs. Si l'élasticité de la demande de ces clients captifs est inférieure à celle des clients qui ont changé de fournisseurs, il se peut que l'opérateur historique détienne au bout du compte un plus grand pouvoir de marché – qu'il exercera toutefois sur un plus petit groupe de clients. Il se peut par exemple qu'un opérateur ferroviaire qui n'est pas en mesure de faire une différenciation par les prix entre les différents chargeurs et qui perd une partie du trafic en faveur du transport routier détienne un pouvoir de marché accru sur le transport de fret qui demeure captif du transport ferroviaire¹⁸.

En conséquence, l'apparition de services de substitution ne réduit pas nécessairement le pouvoir de marché de l'entreprise en place et ne doit pas systématiquement impliquer la levée des contrôles réglementaires dont celle-ci fait l'objet. De manière plus générale, il se peut que l'élasticité de la demande résiduelle des deux services soit différente – l'élasticité de la demande peut être beaucoup plus faible pour le service en place que pour sa rivale.

La réglementation asymétrique fausse la concurrence et augmente les coûts de production

Comme cela a déjà été noté, la concurrence peut favoriser l'efficacité productive et allocative, mais lorsque des entreprises concurrentes sont soumises à des charges réglementaires différentes, celles qui sont inefficaces peuvent survivre sur le marché au détriment de leur concurrentes plus productives. Les ressources économiques circulent alors d'une entreprise à l'autre non pas en fonction de la supériorité au plan de l'efficacité ou de la qualité des produits, mais en fonction des différences de réglementation. En d'autres termes, la réglementation asymétrique entraîne une distorsion des résultats sur le marché. Ameritech l'explique comme suit :

Le fait de ne pas supprimer les asymétries des règles qui régissent les activités [des entreprises concurrentes] fausse le fonctionnement du marché en produisant des écarts de coûts qui entraînent des inefficiences. En outre, les asymétries donnent aux nouveaux entrants des incitations injustifiées à avoir recours à l'arbitrage et à l'écroulement afin de cibler les services destinés à subventionner d'autres services réglementés pour la tarification desquels les opérateurs

18 Dans une affaire récente concernant les tarifs des services postaux des États-Unis, on a constaté que malgré la forte concurrence des services Internet, qui ont entraîné une chute notable du volume total de courrier, l'élasticité de la demande de services de courrier de première classe n'avait pas changé.

en place n'ont pas de marge de manoeuvre. Il importe que ce soit le marché, et non le régulateur, qui détermine les gagnants et les perdants. Ce sont la réglementation équitable, la neutralité concurrentielle et l'ingérence minimale sur le marché qui permettront à tous les acteurs de lutter à armes égales¹⁹.

De même, Ordovery (2000) note :

La réglementation asymétrique entraîne en général l'asymétrie des coûts qui, à son tour, fausse les incitations en matière d'investissement et le jeu de la concurrence²⁰.

Des problèmes similaires naissent de la concurrence entre des entreprises privées et des entreprises publiques lorsque ces dernières bénéficient de privilèges spéciaux comme des coûts d'emprunt inférieurs (grâce aux garanties implicites fournies par l'État), des droits spéciaux ou des exemptions de taxes. Il est difficile de faire en sorte que les entreprises publiques et privées luttent à armes égales sur le marché ou, selon l'expression habituellement utilisée, d'assurer la « neutralité concurrentielle ».

En plus de fausser les résultats sur le marché, la réglementation asymétrique peut inciter les entreprises à engager activement des ressources pour alléger leur charge réglementaire. Cela peut se traduire par la prise de décisions injustifiées en matière de production dans le but de modifier une situation réglementaire. Ce procédé est appelé « arbitrage réglementaire » ou (plus rarement) « recherche de l'instance la plus favorable, ou *forum shopping* ». L'encadré ci-dessous fournit un exemple de la manière dont différentes obligations réglementaires relatives aux redevances de terminaison d'appel incitent fortement les opérateurs de télécommunications à cacher l'origine du trafic qu'ils acheminent.

19 SBC Ameritech, Public Policy Issues: Symmetrical Regulation, [http://www.sbc.com/Large-Files/RIMS/Affiliate Transactions/Network/Public Policy Issues/jb_3076.pdf](http://www.sbc.com/Large-Files/RIMS/Affiliate_Transactions/Network/Public_Policy_Issues/jb_3076.pdf)

20 En outre, les réglementations asymétriques fournissent généralement des possibilités d'arbitrage aux utilisateurs et aux nouveaux entrants astucieux. (...) Les distorsions que cela entraîne sur le marché favorisent une catégorie d'acteurs par rapport à une autre en alourdissant ou en allégeant les charges financières. Frieden (2004), page 265.

Encadré 2. L'arbitrage réglementaire dans le secteur des télécommunications

Lorsque différents services de substitution ne sont pas soumis aux mêmes obligations réglementaires, les entreprises sont fortement incitées à engager des ressources pour que leur service relève du régime qui impose la charge réglementaire la plus faible. Le secteur des télécommunications offre un exemple de ce phénomène. Dans la plupart des pays, les redevances de terminaison des appels téléphoniques diffèrent suivant l'origine du service. Par exemple, les redevances de terminaison d'un appel longue distance peuvent différer de celles qui s'appliquent à un appel local ; les redevances de terminaison d'un appel du service mobile peuvent différer de celles qui s'appliquent à un appel international, et ainsi de suite. Ces différences font que les entreprises qui traitent les appels de départ ont tout intérêt à faire en sorte que leur trafic paraisse provenir du service auquel sont imposées les redevances les plus faibles.

Frieden (2004) montre les différences des redevances de terminaison d'appel sur le réseau d'un opérateur local :

1. L'échange de trafic entre un fournisseur d'accès Internet et un opérateur local ne déclenche habituellement pas de redevances d'accès par minute, étant donné que le fournisseur d'accès Internet a le statut de fournisseur de service d'information et est exempté des obligations de paiement de redevances d'accès à l'opérateur local, et peut donc traiter des appels d'arrivée et de départ par le biais des lignes téléphoniques professionnelles tarifées à la durée [sans frais] ;
2. L'échange de trafic entre opérateurs locaux a lieu sur une base réciproque selon des tarifs de type coût zéro (système du *bill and keep*), négociés ou prescrits par un organisme de réglementation, habituellement inférieurs (...) à un cent ;
3. L'échange de trafic entre opérateurs longue distance et opérateurs locaux intervient sur la base de tarifs uniformes qui ont considérablement diminué, mais qui excèdent toujours les tarifs correspondants payés par les opérateurs locaux ; les opérateurs de services locaux concurrents exigent généralement des redevances d'accès plus élevées que les opérateurs locaux historiques ; (...)
4. L'échange de trafic international sur les trajets où il y a peu de concurrence significative s'effectue moyennant un tarif par minute allant de quelques cents à plus d'un dollar, et qui couvre le service longue distance et local²¹.

Les disparités des redevances de terminaison d'appel permettent aux entreprises de prélever des parts de marché et de réaliser des bénéfices sans avoir à offrir un service et des prix améliorés, ni à rehausser l'efficacité de leur production. Frieden observe :

Lorsque les fournisseurs de services de télécommunications paient au réseau local des redevances d'accès différentes pour un même usage, les règles du jeu concurrentiel peuvent soit les avantager, soit leur nuire. Au lieu d'acquiescer des parts de marché et de réaliser des profits grâce à la supériorité de leur performance, les opérateurs peuvent se ménager un avantage concurrentiel en faisant simplement en sorte d'obtenir l'accès le moins cher, même lorsque les concurrents qui offrent le même service du point de vue fonctionnel doivent payer davantage²².

L'arbitrage réglementaire dans le secteur des télécommunications a engendré des stratégies de jeu facilement identifiables parmi les acteurs dans le but :

- de faire ranger leurs services dans la catégorie des services inter-États plutôt que dans la catégorie des services intra-États ;
- de masquer l'origine du trafic pour que le trafic international paraisse relever du trafic interne et que le trafic longue distance paraisse relever du trafic local ;
- de définir le trafic comme étant local plutôt que longue distance si cela engendre une obligation de paiement réciproque plutôt que des redevances d'accès ;

21 Frieden (2004), page 234-236.

22 Frieden (2004), page 239.

- de fausser ou masquer l'origine du trafic et le mode de transmission afin de réduire les frais imposés par un autre opérateur pour la livraison du trafic au destinataire prévu, ou d'éviter d'acquitter ces frais ;
- d'acheminer le trafic par Internet ;et
- d'offrir des services de télécommunications en tant que services connexes (...) d'un service d'information amélioré²³.

Par exemple :

- Un fournisseur d'accès Internet peut créer un opérateur de services locaux concurrent ou s'associer avec ce type d'opérateur de manière à recevoir un paiement de terminaison pour le trafic d'arrivée qu'il traite en tant que fournisseur d'accès Internet. Cette pratique est mentionnée dans le document OCDE (2002) et examinée en détail dans le document OCDE (2004).
- Les entreprises qui possèdent leurs propres réseaux privés de lignes louées ont pendant un certain temps pu faire passer les appels longue distance ou internationaux par leur propre autocommutateur privé distant et choisir entre payer des tarifs locaux et des tarifs internationaux.
- Lorsque l'écart entre les tarifs appliqués à un même appel est important selon l'origine de l'appel, il est possible d'utiliser des services de « call-back » automatique pour donner l'impression que l'appel provient du lieu où se trouve le destinataire. Les services de call-back international offrent des possibilités d'arbitrage réglementaire en raison des écarts considérables qui existent entre les tarifs des appels longue distance internationaux dans les différents pays. (...) Les clients qui appellent depuis des régions où les tarifs sont élevés utilisent un service qui déclenche une demande de tonalité de numérotation dans un pays où ces mêmes tarifs sont bas, pour que l'appel vers le pays où le tarif est élevé paraisse provenir de celui où le tarif est bas. Même si la pratique du call-back a été déclarée illégale par certains pays, il n'y a pas grand-chose que l'on puisse faire pour bloquer l'importation d'un accès pour les appels de l'étranger depuis les zones à bas tarifs²⁴.
- Il arrive souvent que les redevances de terminaison d'appel sur le service mobile interne soient plus élevées que les redevances de terminaison d'appel sur le service mobile international. Cela incite les opérateurs de service mobile à réacheminer leur trafic de terminaison du service mobile en passant par un pays voisin afin de bénéficier des redevances de terminaison d'appel moins élevées sur le service international²⁵.
- Normalement, les opérateurs longue distance paient des redevances d'accès par minute aux opérateurs locaux pour les appels de départ et les appels d'arrivée. Cependant, dans la plupart des pays de l'OCDE, les fournisseurs de services voix sur IP ne sont pas tenus de payer des redevances d'accès par minute pour les appels de départ, ni (si l'appel aboutit sur un appareil IP) d'acquitter des redevances de terminaison d'appel. Cela incite les opérateurs à convertir leur trafic en trafic IP afin d'éviter de payer des redevances de départ et de terminaison d'appels²⁶. Cette pratique est examinée plus loin dans la section concernant la téléphonie sur Internet.

Dans tous ces cas, les différences des réglementations applicables aux services de substitution incitent à l'arbitrage réglementaire. Cette pratique entraîne des préjudices économiques lorsque des techniques ou des procédés de production inefficaces sont choisis, ou que des ressources sont utilisées simplement pour que le trafic soit rangé dans la catégorie où les redevances de terminaison sont les plus faibles.

23 Frieden (2004), page 245-246.

24 Frieden (2004), page 251.

25 Voir OCDE (2002), page 30.

26 Selon Frieden (2003), on peut considérer que la téléphonie par Internet s'inscrit dans le même cadre que les autres innovations technologiques comme le call-back, la concentration de trafic, le reroutage et la simple revente au plan international, qui offrent des solutions de remplacement nouvelles, moins chères, au tarif de détail des services téléphoniques payants (page 5).

Le projet LAMP (Library Access to Music Project) mené au MIT constitue un exemple manifeste du préjudice potentiel de l'arbitrage réglementaire. Le projet LAMP fournit un service apparenté à celui d'une station de radio sur un campus, consistant à diffuser des chansons choisies par les étudiants. Au début, la station de radio diffusait un contenu musical numérique en vertu d'une licence accordée par LoudEye, mais dès sa première mise en ondes, elle a été fermée au motif que LoudEye n'avait pas le droit de vendre le contenu en cause pour ce type d'utilisation. Des ingénieurs ont alors remplacé les installations de stockage numérique par une série de juke-boxes de CD contrôlés par des ordinateurs.

Du point de vue de l'ingénierie, la nouvelle conception de LAMP est trop complexe, fragile et inefficace. (...) Le projet LAMP est un excellent exemple d'arbitrage réglementaire consistant à adopter un comportement qui serait inefficace dans d'autres circonstances afin de passer d'un régime juridique ou réglementaire à un autre. Il existe un ensemble de règles relatives au droit d'auteur pour les stations de radio et un autre pour la diffusion sur le Web. Pour demeurer une station de radio, LAMP diffuse de la musique sur le système de télévision par câble, au lieu d'avoir recours au système sur Internet, plus efficace. Un ensemble de règles s'applique à l'accès direct à la musique numérique sur des CD et un autre aux copies stockées sur disque dur. LAMP a recours à des CD stockés dans des juke-boxes, plutôt qu'à un système de stockage sur disque dur, plus efficace, afin de demeurer dans le champ de la légalité du point de vue de l'utilisation des CD.

Le recours à ce type d'arbitrage réglementaire sera de plus en plus fréquent dans le domaine technique. La législation sur le droit d'auteur gagne en complexité et comporte un nombre croissant de règles spécifiques à la technologie, de sorte que les concepteurs voudront franchir toujours plus de frontières juridiques. Dans le même temps, la technologie est de plus en plus puissante et souple, et offre aux concepteurs une latitude encore plus grande. Il s'ensuit logiquement un détournement de la conception technologique qui vise la conformité à des catégories juridiques prédéfinies plutôt que l'efficacité technologique²⁷.

En résumé, lorsque deux services de substitution sont soumis à des régimes réglementaires différents, les opérateurs ont dans certains cas une incitation à réorganiser leurs procédés de production pour être assujettis au régime réglementaire le moins restrictif ou le moins lourd. Cela n'est pas toujours possible – par exemple, un opérateur ferroviaire pourrait difficilement faire en sorte que ses services soient assujettis aux règles du transport routier. La possibilité existe toutefois dans de nombreux cas – par exemple, un opérateur de télécommunications pourrait convertir tout son trafic en trafic IP afin de ne pas avoir à payer des redevances de terminaison d'appel aux réseaux locaux. Dans la mesure où ce type de réorganisation ou de reclassification fausse les décisions que prennent les entreprises en matière de production, les coûts globaux sont plus élevés et l'efficacité productive globale est diminuée.

Même dans les cas où une réorganisation ou une reclassification des services n'est pas possible, la présence de services de substitution soumis à un régime réglementaire différent peut nuire à la réalisation de certains objectifs d'action des pouvoirs publics. Ce point est examiné ci-après.

La réglementation asymétrique peut nuire à la réalisation des objectifs d'action légitimes

On a vu que la concurrence de services de substitution est en général bénéfique en ce sens qu'elle facilite la réalisation de certains objectifs souhaitables des pouvoirs publics. Il n'est toutefois pas rare que coexistent de nombreux objectifs d'action pour un secteur donné et un régime réglementaire donné²⁸.

27 Felten (2004).

28 Les objectifs de l'action des pouvoirs publics poursuivis par le biais d'un régime réglementaire peuvent concerner des défaillances courantes du marché (notamment un monopole naturel, des biens publics, une asymétrie d'information et des externalités négatives). Par exemple, une taxe sur les émissions d'un

Lorsque la réglementation est asymétrique, la concurrence des services de substitution peut se révéler difficilement conciliable avec d'autres objectifs publics.

La contradiction entre la concurrence et les autres objectifs d'action survient lorsque, pour favoriser ou atteindre un objectif d'action déterminé, des restrictions, des contraintes, des obligations, des taxes ou des redevances sont imposées en vertu de la réglementation à une ou plusieurs entreprises réglementées mais non aux entreprises de services de substitution concurrentes. Dans ce cas, autoriser l'apparition d'un service concurrent permettrait aux utilisateurs finaux d'éviter la restriction, la contrainte, l'obligation, la taxe ou la redevance – et cela minerait la réalisation de l'objectif gouvernemental.

Par exemple, les institutions financières sont habituellement soumises à une panoplie de règles prudentielles. Dans ce cas, l'objectif des pouvoirs publics est de limiter le risque systémique et de réduire au minimum l'incitation donnée aux propriétaires des institutions à prendre des risques excessifs avec les fonds des déposants qui sont protégés par l'assurance-dépôts. Dans les années 80, aux États-Unis, l'assouplissement de la réglementation des associations d'épargne et de prêt²⁹ a élargi la gamme de services que ces associations peuvent offrir, leur permettant ainsi de concurrencer directement les banques sans être assujetties aux mêmes garanties prudentielles que celles-ci. La concurrence entre les associations d'épargne et de prêt et entre ces dernières et les banques a forcé les associations d'épargne et de prêt à relever le montant qu'elles offraient sur les dépôts et à s'engager dans des stratégies de prêt risquées, qui ont conduit des centaines d'entre elles, y compris l'autorité d'assurance-dépôts (la FSLIC)³⁰, à l'insolvabilité. Dans ce cas, la concurrence (aussi bien entre les associations d'épargne et de prêt qu'entre celles-ci et les banques) était incompatible avec un régime réglementaire qui n'a pas pénalisé la prise de risque des associations d'épargne et de prêt.

De même, dans la plupart des pays, les diffuseurs de télévision gratuite et les câblodistributeurs sont soumis à divers contrôles : quotas de contenu local, limites relatives à la publicité, réglementation du contenu autorisé, et règles concernant le contenu obligatoire. En France, par exemple, les diffuseurs sont soumis à des limites concernant la proportion de leur programmation qu'ils sont autorisés à diffuser dans une autre langue que le français. À l'heure actuelle, il est difficile d'assujettir les diffuseurs sur Internet à ce type de règles. Dans la mesure où ces derniers rivalisent avec les autres diffuseurs, les objectifs d'action qui sous-tendent ces règles seront affaiblies. C'est ce que faisait observer un rapport publié en 1997 par l'OCDE :

« La politique et la réglementation de la radiodiffusion se sont toujours beaucoup préoccupées des questions culturelles et linguistiques nationales. (...) la convergence des technologies des communications pose de nombreuses questions nouvelles concernant l'applicabilité de certaines approches réglementaires traditionnelles. La réglementation visant la production et la diffusion des contenus, par exemple concernant leur quantité ou le contenu linguistique, que l'on peut

fabricant peut être liée à l'objectif de lutte contre la pollution. D'autres objectifs de la réglementation peuvent comprendre notamment la péréquation par le biais des subventions croisées, le développement économique régional, la préservation des services pour des raisons de sécurité nationale, et la protection des fournisseurs préférés.

29 Les associations d'épargne et de prêt sont également appelées caisses d'épargne.

30 FSLIC est l'acronyme de la Federal Savings and Loans Insurance Corporation. Le coût total du sauvetage des associations d'épargne et de prêt devrait s'élever à plus de 500 milliards USD. Voir le site suivant : Wikipedia: Savings and Loans Crisis. Voir également le site suivant : <http://www.econlib.org/library/Enc/DepositInsurance.html>.

facilement surveiller sur les médias de radiodiffusion classiques, devient presque impossible pour le Webcasting³¹. »

Plus important encore, les fournisseurs historiques de services réglementés sont souvent obligés (que ce soit de manière explicite ou implicite) de relever les revenus au-dessus des coûts pour certains services. Ces revenus sont souvent (mais pas toujours) nécessaires au financement des autres services non commerciaux que les fournisseurs historiques de services réglementés sont tenus de fournir³².

Par exemple, le tarif de certains services de télécommunications est parfois supérieur aux coûts afin de financer la fourniture de services de télécommunications fournis en deçà des coûts à des clients à bas revenu ou éloignés. De même, il est fréquent que les tarifs de certains services postaux (par exemple, les services de distribution de courrier dans les grandes villes) soient supérieurs aux coûts afin de financer la prestation de services de distribution à des clients de régions éloignées ou de régions où la desserte est coûteuse³³.

Lorsqu'on tente de réaliser un objectif de l'action des pouvoirs publics en relevant le revenu au-dessus des coûts sur certains services mais non sur les services de substitution, l'apparition de la concurrence de services de substitution est susceptible de nuire à l'objectif en question, ce qui engendre souvent des pressions visant à restreindre ou à bloquer la concurrence des services de substitution³⁴. C'est ainsi que l'essor des communications vocales sur Internet a suscité des plaintes selon lesquelles les services de téléphonie IP fragilisent les structures tarifaires qui sont nécessaires pour maintenir le financement des obligations de service universel, par exemple. De nombreux pays imposent en conséquence des restrictions sur l'utilisation d'Internet pour les services de communication vocale. La section suivante examine cet aspect de façon plus détaillée.

Pour certains, les subventions croisées sont les ennemies de la concurrence parce que la concurrence est l'ennemie des subventions croisées³⁵. De fait, ce principe recouvre une réalité encore plus vaste. Chaque fois que, pour atteindre un objectif souhaité de l'action des pouvoirs publics, un régime réglementaire impose une obligation qui ne s'applique pas aux services de substitution, la présence de ces services de substitution est une menace pour le régime réglementaire – la poursuite de l'objectif visé par les pouvoirs publics est en contradiction avec la volonté de maintenir la concurrence. La réglementation asymétrique rend les autres objectifs d'action des pouvoirs publics difficilement conciliables avec la concurrence.

31 OCDE (1997), page 44.

32 Certains avancent que le recours aux subventions croisées dans le but de financer les services non commerciaux est courant, précisément parce qu'il s'agit d'une forme non transparente (hors budget) d'imposition.

33 De fait, les tarifs postaux font presque toujours entièrement l'objet d'une péréquation géographique dans une région donnée. Les termes « tarifs postalisés » sont parfois utilisés comme synonymes de tarifs établis selon une moyenne géographique.

34 Selon Katz et Woroch (1997), page 701-718, pendant une bonne partie des soixante dernières années, aux États-Unis et dans de nombreux autres pays, les régulateurs ont protégé les opérateurs historiques contre la concurrence afin de générer des profits monopolistiques (pour un sous-ensemble de services, du moins) qui pouvaient servir au financement de nouvelles installations et assurer que les opérateurs desservent tous les segments du public.

35 Dans un discours qu'il a prononcé en mai 1997, Joseph Farrell attribue cette opinion à Lawrence White. <http://www.fcc.gov/Bureaus/OPP/Speeches/jf050997.html>.

Le tableau 2 énumère, pour un certain nombre de services réglementés, les objectifs d'action qui sont visés par la réglementation. Comme on peut le constater, dans presque tous les cas, la concurrence apporte certains avantages dans la mesure où elle améliore certains objectifs de la politique menée – mais il arrive dans certains cas (suivant la structure du régime réglementaire) qu'elle nuise à la réalisation d'autres objectifs.

Tableau 2 : Impact de la réglementation asymétrique sur les objectifs de l'action des pouvoirs publics

Service réglementé	Objectifs d'action visés par la réglementation	La concurrence des services de substitution non réglementés favorise-t-elle la réalisation des objectifs de l'action des pouvoirs publics ou l'entrave-t-elle ?
Services de transport ferroviaire de fret	1. Efficience au plan de la gamme, du prix et de la qualité des services ; innovation et incitation permanente à maintenir l'efficience. 2. La pérennité du secteur ferroviaire (probablement due à la perception des avantages du chemin de fer au plan environnemental)	1. Elle la favorise. 2. Elle l'entrave ?
Services de transport ferroviaire de voyageurs	1. Efficience au plan de la gamme, du prix et de la qualité des services, etc. 2. Fourniture de services non commerciaux dans des régions rurales éloignées.	1. Elle la favorise. 2. Elle l'entrave.
Services de télécommunications vocales	1. Efficience au plan de la gamme, du prix et de la qualité des services, etc. 2. Fourniture de services non commerciaux dans des régions rurales à faible revenu ou éloignées.	1. Elle la favorise. 2. Elle l'entrave.*
Services bancaires	1. Efficience au plan de la gamme, du prix et de la qualité des services, etc. 2. Limitation du comportement de prise de risque par les banques en présence d'assurance-dépôts.	1. Elle la favorise. 2. Elle l'entrave.*
Services de transport d'électricité	1. Efficience au plan de la gamme, du prix et de la qualité des services, etc.	1. Elle la favorise.
Services postaux	1. Efficience au plan de la gamme, du prix et de la qualité des services, etc. 2. Tarification uniforme (distribution de courrier dans des régions rurales à un prix inférieur au coût)	1. Elle la favorise. 2. Elle l'entrave.*
Diffuseurs de télévision gratuite	1. Efficience au plan de la gamme, du prix et de la qualité des services, etc. 2. Maintien d'une pluralité de voix indépendantes dans les médias. 3. Réduction de l'exposition des téléspectateurs à la publicité indésirable 4. Limitation du contenu présenté aux téléspectateurs	1. Elle la favorise. 1. Elle la favorise. 3. Elle l'entrave.* 3. Elle l'entrave.*

* Suivant la structure du régime réglementaire

4. Études de cas

La présente section étudie plus en détail l'impact de la réglementation asymétrique dans certains secteurs.

Téléphonie IP ou « voix sur IP³⁶ »

Sur un réseau de télécommunications numérique, tout le trafic (voix, données, vidéo, etc.) prend la même forme numérique. Lorsqu'un réseau numérique haut débit est établi entre deux points, ces deux points peuvent échanger des signaux voix, données ou vidéo indépendamment du RTPC classique. De fait, pendant de nombreuses années, les grandes entreprises ont utilisé des réseaux privés pour leurs communications vocales internes.

L'essor rapide des réseaux IP³⁷ numériques privés et publics (y compris, bien entendu, l'Internet public) a considérablement amélioré la possibilité de la communication téléphonique hors du RTPC classique. Pendant de nombreuses années, il était possible de se procurer gratuitement ou à peu de frais un logiciel permettant la communication vocale ou vidéo entre deux ordinateurs sur les réseaux IP publics ou privés³⁸. Au début, ces services étaient d'une qualité inférieure à celle des services fournis par le RTPC. Cependant, l'accroissement considérable de la capacité d'Internet, combiné à l'augmentation substantielle du débit dans de nombreux foyers et lieux de travail, a amélioré la qualité au point où ces services sont souvent d'une qualité égale ou même supérieure à celle du RTPC. À certains égards, les services IP peuvent offrir des caractéristiques qui ne sont pas disponibles sur le RTPC – ils permettent de faire et de recevoir des appels avec le même numéro de téléphone depuis n'importe quel lieu géographique où une connexion Internet est possible. En outre, il n'est plus nécessaire de posséder un ordinateur pour utiliser la téléphonie IP – il existe maintenant des appareils qui permettent de se connecter directement depuis un téléphone au réseau IP lorsqu'une connexion haut débit est disponible³⁹.

L'une des principales caractéristiques des réseaux de communications est que leur valeur augmente avec le nombre de personnes qui peuvent être jointes. La portée universelle nécessite une interconnexion avec les réseaux téléphoniques existants – notamment les autres réseaux IP, mais, surtout l'interconnexion avec le RTPC existant. Les appels sur le réseau IP qui aboutissent sur le RTPC peuvent être assortis d'une redevance de terminaison au RTPC. De même, un appel de départ sur le RTPC vers le réseau IP peut nécessiter le paiement d'une redevance de terminaison, suivant les dispositions réglementaires applicables. Actuellement, dans les pays de l'OCDE, le trafic qui est entièrement confiné au réseau IP n'occasionne pas de taxes ou de redevances réglementaires.

La téléphonie IP constitue de plus en plus un substitut proche des services vocaux classiques fournis par les opérateurs historiques du RTPC, et connaît une croissance rapide⁴⁰. On a vu qu'elle peut offrir un service de qualité égale ou même supérieure à celle du RTPC classique et comporte des caractéristiques supplémentaires. En outre, comme le trafic à commutation par paquets sur le réseau IP

36 Pour plus d'information sur la téléphonie IP, voir le document établi à ce sujet par l'OCDE (OCDE (2004b)).

37 La norme IP (Internet Protocol), est une norme de communication fondée sur l'envoi de données en paquets d'information, qui a été largement adoptée pour les réseaux privés et l'Internet privé.

38 Selon la FCC, la téléphonie sur IP a été offerte sous des formes variées depuis 1995 au moins (FCC (2004)), paragraphe 11. Les fournisseurs actuellement présents sur le marché sont notamment www.skype.com, www.dialpad.com, www.paltalk.com, www.phonefree.com et on en compte de nombreux autres. Il existe actuellement plus de 80 fournisseurs de téléphonie IP au Royaume-Uni seulement. Voir <http://www.voipproviderslist.com/country/voip-united-kingdom/voip-providers-united-kingdom/>.

39 Voir, par exemple, le site www.vonage.com.

40 D'après les prévisions, le nombre d'abonnés aux services de téléphonie IP, aux États-Unis, devrait passer d'environ un à 18 millions d'ici à 2008. « The Outlook for VoIP: Regulatory Battles and New Competition », 23 février 2005, disponible à l'adresse suivante : Knowledge@Wharton.

utilise les ressources du réseau de façon plus efficace que le trafic classique à commutation de circuits, la téléphonie IP exige moins de ressources réseau que les services de téléphonie classiques. Selon une opinion largement répandue, à l'avenir, tous les réseaux de télécommunications (y compris le RTPC, à l'exception possible du dernier maillon) seront des réseaux IP⁴¹.

L'essor de la téléphonie IP engendre un problème typique de réglementation asymétrique à l'égard du RTPC classique. Les problèmes réglementaires entourant la téléphonie IP peuvent se résumer comme suit :

1. La téléphonie IP menace de compromettre les structures tarifaires existantes dans le secteur des télécommunications ; dans la mesure où ces structures tarifaires sont relevées au-dessus des coûts afin de générer des revenus destinés à financer les autres objectifs de l'action des pouvoirs publics, la concurrence de la téléphonie IP constituera une menace pour la réalisation de ces autres objectifs. Comme on le verra plus loin, cela occasionne souvent des pressions visant à restreindre la concurrence de la téléphonie IP.
2. On a vu que dans certains pays, la téléphonie IP crée des possibilités d'arbitrage – en particulier, lorsque les terminaisons d'appel sur un réseau IP supposent des redevances inférieures à celles des autres opérateurs, les opérateurs ont une incitation à acheminer leurs appels sur un réseau IP, même si cela ne constitue pas la configuration la plus efficiente⁴². Dans le même temps, dans de nombreux pays, il n'est pas exigé que la téléphonie IP contribue au financement du service universel. Cela risque de fausser le jeu et de favoriser le développement des services IP en dépit du fait qu'ils ne représentent pas le moyen le plus efficace pour satisfaire la demande des consommateurs. Le fait que les services téléphoniques classiques soient « taxés » pour assurer le respect des obligations de service universel alors que les services IP ne le sont pas a été qualifié de distorsion économique⁴³. Aux États-Unis, les régulateurs des États ont soutenu que dans la mesure où ces services de téléphonie IP aboutissent sur le réseau public commuté et ne paient pas les mêmes tarifs que les autres opérateurs, leurs clients sont subventionnés par les clients des opérateurs téléphoniques classiques⁴⁴.
3. Comme pour tout réseau de télécommunications, la valeur d'un réseau IP est en partie fonction du nombre d'utilisateurs avec lesquels la communication peut être établie. On a vu que les réseaux IP nécessitent une interconnexion aussi bien avec les réseaux existants (de téléphonie fixe et sans fil) qu'avec les autres réseaux IP.

Les réseaux de téléphonie IP utilisent actuellement des logiciels propriétaires. Cela signifie qu'un abonné sur un réseau IP donné ne peut pas nécessairement communiquer avec un

41 Voir par exemple INTUG (2003), dans lequel il est affirmé qu'au bout du compte, la transmission sur réseau IP remplacera sans doute tous les réseaux à commutation de circuits.

42 Gerald Faulhaber, ancien économiste en chef à la FCC, aurait affirmé que la fourniture de services améliorés dans un espace totalement exempt de réglementation est devenue une possibilité d'arbitrage, comme l'illustre le développement de la téléphonie sur Internet tout à fait indépendamment de la portée de la réglementation classique applicable à la téléphonie. Cité dans « The Outlook for VoIP: Regulatory Battles and New Competition » note de bas de page 33.

43 Selon le rapport du Comité conjoint du Congrès des États-Unis sur la fiscalité publié le 28 janvier 2005, « Options to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditures ».

44 James B. Ramsay, avocat en chef de la National Association of Regulatory Utility Commissioners, cité dans « The Outlook for VoIP: Regulatory Battles and New Competition », note de bas de page n° 33.

abonné sur un autre réseau IP. Si les consommateurs choisissent de ne s'abonner qu'à un seul réseau IP, il se pose un problème de « monopole du réseau d'arrivée », similaire à celui qui s'est posé dans les autres services de télécommunications⁴⁵. Bien qu'il soit possible que des réseaux ou groupes de réseaux indépendants choisissent d'eux-mêmes de s'interconnecter, il est également envisageable qu'un réseau dominant (ou une coalition de réseaux) voie le jour et cherche à conserver ou à étendre sa domination en refusant de s'interconnecter avec d'autres réseaux. Il se peut également qu'un opérateur classique dominant (de téléphonie fixe ou sans fil) essaie de refuser une demande d'interconnexion d'un réseau IP afin de préserver son propre trafic classique, ou pour favoriser son propre réseau IP. L'intervention du régulateur peut être nécessaire pour assurer l'accès aux services de terminaison sur les autres réseaux de télécommunications, y compris les autres réseaux IP.

On commence à voir ce type de comportement. Aux États-Unis, Clearwire (un fournisseur de services d'accès Internet haut débit sans fil) aurait récemment refusé un accès à des fournisseurs de téléphonie sur IP. Clearwire fait valoir que ces services nécessitent une grande largeur de bande et qu'il entend préserver la qualité du service sur ses réseaux sans fil. Clearwire a toutefois conclu avec Bell Canada un contrat de fourniture de service de téléphone sur Internet sur ses propres réseaux⁴⁶.

4. La téléphonie IP soulève également des problèmes ayant trait à la compatibilité en amont avec les systèmes de numéros existants. Dans les configurations classiques, les abonnés du réseau RTPC étaient identifiés avec une séquence de chiffres (le numéro de téléphone) qui était généralement associée au lieu géographique où se trouvait l'abonné et communiquait souvent de l'information à l'appelant quant au coût prévu de l'appel. Les adresses IP, cependant, sont complètement indépendantes du lieu géographique où se trouve l'abonné. Pour recevoir des appels des abonnés sur le réseau RTPC, les abonnés IP doivent se faire attribuer un numéro de téléphone classique. On peut se demander si ce numéro devrait être indépendant du lieu géographique ou devrait communiquer d'autres informations (concernant, par exemple, la qualité ou le coût probables de l'appel⁴⁷).
5. La téléphonie IP soulève également un certain nombre de problèmes mineurs de réglementation spécifiques au droit des télécommunications, par exemple l'identification du lieu où se trouve l'abonné pour les appels destinés aux services d'urgence⁴⁸, la disponibilité du service en cas de panne de courant, la question de l'inscription dans les annuaires publics, la capacité d'effectuer des écoutes pour les autorités compétentes, le respect de la vie privée, etc.

La question la plus importante soulevée par la téléphonie sur Internet concerne toutefois la menace qu'elle fait peser sur les structures tarifaires et les mécanismes de génération de revenus et de financement des services non commerciaux :

45 Voir OCDE (2002), page 29 et suivantes.

46 « Clearwire may block VoIP competitors », 25 mars 2005, <http://informationweek.networkingpipeline.com/wireless/159905962> .

47 Voir, par exemple, la note de synthèse de l'Autorité australienne des communications (ACA), (2004).

48 Il y a aussi, dans une moindre mesure, un problème pour les services mobiles existants – mais les appels du service mobile peuvent fournir au moins une idée approximative de la provenance géographique de l'appel (la station de base cellulaire de départ est identifiée).

La médiation par Internet permet aux opérateurs de téléphonie sur Internet, en tant que fournisseurs de services d'information améliorés, de se soustraire largement à la réglementation, en dépit du fait que la téléphonie sur Internet est en concurrence avec la téléphonie commutée classique, dont elle constitue un équivalent fonctionnel. Cela tient au fait qu'ils se servent d'Internet comme support pour acheminer le trafic téléphonique longue distance sur une partie du trajet entre l'appelant et l'appelé. Les fournisseurs de téléphonie sur Internet évitent également d'avoir à faire des contributions puisées à même leurs revenus ou de prélever des surtaxes auprès des consommateurs⁴⁹.

Bon nombre de pays non membres de l'OCDE conservent encore un monopole sur les services de télécommunications. Dans ces pays, les services de télécommunications sont souvent une source appréciable de revenus pour l'État. La concurrence des services de téléphonie IP représente une menace pour ces revenus. En particulier, de nombreux pays sont des importateurs nets d'appels téléphoniques internationaux. Pour ces pays, les « taxes de répartition internationales » (prix payé par minute pour la terminaison d'appel international) sont souvent une source non négligeable de recettes étrangères. Ces recettes ont baissé alors que le call-back et d'autres pressions concurrentielles ont fait diminuer les taxes de répartition, mais aux yeux de nombreux pays, la possibilité de contourner le système des taxes de répartition internationales demeure une menace considérable pour les revenus de l'opérateur historique⁵⁰. Au Costa Rica, par exemple :

Le journal national (...) note que quelque 20 % des appels internationaux du pays sont effectués au moyen de la technologie de la téléphonie sur Internet. Les appels poste à poste sur le Web à l'aide du système de Skype Technologies sont très répandus et d'autres services de téléphonie sur Internet comme le système du leader Vonage, aux États-Unis, sont également utilisés pour la réalisation des appels au départ et à l'arrivée de ce pays d'Amérique centrale. La croissance de la téléphonie sur Internet a conduit le monopole public des télécommunications du Costa Rica à proposer qu'une loi érige en infraction pénale l'utilisation des appels téléphoniques sur Internet⁵¹.

Actuellement, la téléphonie IP n'est pas réglementée dans les pays de l'OCDE. Elle y représente néanmoins une menace pour les aménagements existants relatifs au financement des obligations de services non commerciaux et peut exercer une pression sur les structures tarifaires actuelles de gros et de détail. Selon Frieden (2003) :

Si des volumes importants de trafic téléphonique migrent vers les trajets sur des réseaux IP échappant à l'obligation de contribuer au service universel, les fonds disponibles pour les besoins de la mission de service universel diminueront. Le risque potentiel de déclin des financements consacrés au service universel survient au moment même où de nombreux gouvernements ont articulé une mission de service universel plus ambitieuse visant à ce que tous les citoyens aient accès aussi bien au service téléphonique de base qu'aux services Internet de pointe.

49 Frieden (2004), page 256.

50 Un rapport publié en 2001 par l'Union internationale des télécommunications indique que la majorité des pays membres de l'UIT interdisent complètement les services de téléphonie sur IP. Voir UIT (2001).

51 « Costa Rica may criminalise VoIP », TechWeb.com, <http://www.techweb.com/wire/networking/60403862> Le régulateur du Botswana fait remarquer qu'il est également préoccupé par le fait qu'autoriser la téléphonie sur Internet sera préjudiciable aux revenus de BTC, compte tenu du fait que BTC détient toujours le monopole sur les services téléphoniques sur ligne fixe. Voir le site <http://www.bta.org.bw/telecommunications.html>

Jusqu'à présent, la tarification des services de télécommunications vocaux était largement fonction de la distance et de la durée de l'appel. Un rééquilibrage important a eu lieu ces dernières années – dans la plupart des pays, il existe des barèmes presque entièrement indépendants de la distance et, parfois, de la durée. La concurrence des services de téléphonie IP est susceptible d'accélérer le mouvement – on a vu qu'en général, le trafic IP n'est pas tarifé en fonction de la durée ou de la distance. C'est ce qui rend la téléphonie IP particulièrement attrayante pour les abonnés qui effectuent des appels longue distance ou des appels de longue durée. La perte potentielle de chiffre d'affaires, en particulier, celui qui provient des gros utilisateurs, force les opérateurs historiques à offrir des forfaits indépendants de la distance ou de la durée.

Cette pression est particulièrement considérable pour les appels internationaux puisque comme on l'a vu, de nombreux pays pratiquent toujours des tarifs élevés pour la terminaison des appels internationaux. La FCC a fait valoir que l'un des principaux avantages potentiels de la téléphonie IP est qu'elle exerce une pression à la baisse sur les taxes de répartition internationales⁵². Cependant, l'impact de la téléphonie IP ne se limite pas aux services internationaux. Même s'il y a eu un rééquilibrage notable des tarifs internes dans les pays de l'OCDE, à l'heure actuelle, les prix réglementés applicables au trafic de départ et d'arrivée sur le RTPC sont en général fondés sur des redevances d'accès par minute. En conséquence, la structure tarifaire pour le RTPC conserve un élément qui est fonction de la durée de l'appel – cela limite l'aptitude des fournisseurs existants du RTPC à affronter les fournisseurs de téléphonie IP sur le marché des gros clients.

Avec la popularité grandissante des réseaux IP, il est probable que les structures tarifaires actuelles sur le RTPC devront changer. Il sera en conséquence nécessaire de modifier le mode de calcul des prix d'accès (d'interconnexion). En particulier, il faudra vraisemblablement abandonner la facturation par minute pour l'interconnexion des réseaux de télécommunications et passer à un système de compensation entre opérateurs du type « bill and keep⁵³ ». Cela entraînera à son tour un autre rééquilibrage des redevances de télécommunications et l'augmentation probable de la location mensuelle de ligne fixe.

En outre, l'existence de la téléphonie IP pourrait forcer à revoir les modalités de financement du service universel. Tant que les nouveaux entrants dans le secteur des télécommunications ont besoin des services fournis par les opérateurs historiques, il est possible, à partir des redevances d'accès, de tirer des revenus destinés à financer les obligations de service universel. Cependant, un service comme la téléphonie IP peut en principe contourner entièrement le RTPC. Il ne sera peut-être plus possible alors de financer le service universel par le biais des surtaxes à la minute sur les terminaisons d'appel et il pourrait être nécessaire de surtaxer d'autres services comme l'accès haut débit au réseau public (IP ou RTPC⁵⁴).

Pour résumer, la concurrence de la téléphonie IP fait peser une menace sur les structures tarifaires existantes dans le secteur des communications vocales – y compris celles établies pour répondre aux obligations de service universel et de services non commerciaux. L'amélioration de la qualité de la téléphonie IP et la plus grande pénétration du haut débit dans les foyers font que la téléphonie IP rendra vraisemblablement nécessaire une réforme des modalités actuelles de financement des obligations de services non commerciaux. Il faudra sans doute également que les nouvelles structures tarifaires des

52 Voir FCC 98-67, paragraphe 93.

53 La FCC a proposé par le passé d'adopter le système du « bill and keep ». Voir, par exemple : http://www.fcc.gov/Bureaus/OPP/News_Releases/2000/nrop0003.html.

54 Il peut également être nécessaire de financer les obligations de service universel avec des fonds provenant entièrement de l'extérieur du secteur des télécommunications, par exemple à même le budget général de l'État.

télécommunications soient fondées non pas sur la durée ou la distance mais sur la qualité (le débit) du service.

Concurrence entre le transport routier et le transport ferroviaire

Pendant ses premières décennies d'existence, le secteur ferroviaire a été assez peu concurrencé par le secteur routier – vu l'absence d'infrastructure routière adaptée et de véhicules automobiles efficaces, il existait très peu de véritables substituts au rail et les sociétés de chemin de fer détenaient un pouvoir de marché significatif. Dans les années 1880, aux États-Unis, l'indignation publique grandissante soulevée par les pratiques et les abus des sociétés de chemins de fer⁵⁵ a conduit à la création de la Commission pour le commerce entre États (Interstate Commerce Commission) – la première commission de réglementation de l'histoire des États-Unis. L'ICC a interdit certaines pratiques tarifaires, comme la discrimination par les prix entre chargeurs (en fonction de leur taille ou de leur situation géographique) et s'est efforcée de limiter la concurrence par les prix entre les sociétés de chemins de fer.

Pendant les années 20 et 30, la concurrence du transport routier a toutefois commencé à constituer une certaine menace pour le secteur ferroviaire. La souplesse des prix pratiqués par les transporteurs routiers tranchait avec les restrictions sur les prix imposées aux sociétés ferroviaires par l'ICC. Plutôt que d'appliquer les mêmes règles à tous en levant les contrôles réglementaires sur les sociétés ferroviaires, le régulateur a harmonisé les régimes réglementaires en imposant au secteur routier des restrictions similaires qui ont eu pour effet de renforcer les obligations réglementaires.

En 1935 (pendant la grande dépression), l'ICC a été autorisée à réglementer le transport routier. Elle a accordé des licences à moins du tiers des opérateurs qui étaient en activité avant la réglementation et n'a émis de nouvelles licences qu'à ceux reconnus par elle d'utilité publique⁵⁶. Tous les tarifs devaient être soumis à l'ICC. Les contestations présentées par des concurrents donnaient lieu à une enquête qui pouvait s'étaler sur plusieurs mois. L'ICC pouvait refuser d'autoriser les tarifs qui ne couvraient pas entièrement les coûts de transport.

L'ICC réglementait également les conditions de prestation des services de transport par camion, y compris les catégories de produits qui pouvaient être transportés, les trajets qui pouvaient être empruntés, et même le nombre de villes qui pouvaient être desservies sur ces trajets. Il s'agissait de limiter la souplesse des camions en les traitant comme s'ils roulaient sur des voies, et de réduire ainsi tout avantage qu'ils détenaient par rapport au chemin de fer. Les circuits routiers fonctionnaient selon un système de points de passage rappelant les points de jonction du transport ferroviaire. Une société de transport routier titulaire d'une licence de transport entre St. Louis et Chicago et entre Chicago et Pittsburgh devait obligatoirement passer par Chicago pour effectuer une desserte entre St. Louis et Pittsburgh. Un camion pouvait transporter une cargaison de St. Louis à Chicago mais ne pouvait pas en reprendre une au retour. À cause de ces restrictions, les camions devaient souvent faire des détours de plusieurs centaines de kilomètres ou rouler à vide une partie du temps⁵⁷.

De nombreux autres pays ont également réagi à la menace grandissante que représentait le transport routier pour le transport ferroviaire en imposant des restrictions au secteur routier. En Australie,

55 Voir <http://www.answers.com/topic/interstate-commerce-commission>.

56 Voir « Trucking Deregulation » par Thomas Gale Moore, in Concise Encyclopaedia of Economics, <http://www.econlib.org/library/Enc/TruckingDeregulation.html>.

57 Gregory Flanagan, <http://www.libertocracy.com/Webessays/USregulation.htm>.

par exemple, certains produits agricoles devaient être transportés par chemin de fer. En Nouvelle-Zélande, toutes les marchandises transportées au-delà d'une certaine distance devaient l'être par chemin de fer⁵⁸.

Les objectifs de l'action des pouvoirs publics auxquels a bénéficié l'imposition de restrictions au secteur routier ne sont pas tout à fait clairs. Il est en revanche évident que les politiques suivies sont très préjudiciables à la concurrence et à l'économie en général :

Au Canada comme aux États-Unis, d'abondants travaux de recherche montrent que la réglementation a été la cause directe de l'inefficacité et des prix élevés. Pour le Canada, les meilleures évaluations avancent que les tarifs pratiqués en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec étaient, en fonction du type de déplacement, de 27 à 5 % supérieur au seuil concurrentiel (McRae et Prescott, 1980). Friedlaender (1969) et Moore (1975) ont estimé que les tarifs pratiqués aux États-Unis dépassaient de 20 à 40 % le seuil concurrentiel⁵⁹.

Ces politiques ont été menées pendant une cinquantaine d'années, après quoi le secteur routier a été libéralisé aux États-Unis et dans d'autres pays de l'OCDE⁶⁰. Aux États-Unis, la libéralisation est intervenue en 1980, lors de l'adoption du Motor Carrier Act. La même année, le Congrès a adopté le Staggers Rail Act, qui levait la presque totalité des restrictions réglementaires applicables au fret ferroviaire. La réglementation symétrique a été maintenue – mais dans ce cas en assouplissant les obligations réglementaires pour tous.

La question de savoir si le secteur ferroviaire et le secteur routier luttent à armes égales fait toujours débat. De nombreux éléments sont à prendre en compte, mais le principal problème qui se pose concerne le recouvrement des coûts et/ou les subventions. Dans la plupart des pays de l'OCDE, les deux secteurs bénéficient d'une certaine forme de financement public – portant habituellement sur les projets d'infrastructure. Au cours des dernières années, le secteur ferroviaire, en particulier, a soutenu qu'il était désavantagé dans la concurrence avec le secteur routier. Aux États-Unis et au Canada, par exemple, les opérateurs ferroviaires sont généralement tenus de couvrir tous leurs coûts, y compris les coûts d'achat et de maintien de leurs droits de passage, tandis que les transporteurs routiers ont accès à un réseau routier fourni et entretenu par les fonds publics.

58 De même, à Melbourne, en 1883, des restrictions ont été imposées aux nouveaux funiculaires parce que l'on craignait qu'ils attirent les usagers des trains de banlieue.

59 Selon Bonsor (1995), qui ajoute qu'en réalité, les opérateurs n'ont pas bénéficié de la vaste majorité de ces gains issus de la réglementation. Le système réglementaire a directement favorisé d'importantes inefficiences au chapitre de la production (par exemple, l'interdiction de transporter une cargaison au retour, qui forçait le transporteur à regagner vide son point de départ, les restrictions portant sur le type de marchandises transportées, le coût de l'enregistrement, etc.) qui ont à leur tour entraîné une hausse des coûts. Il est également évident que la main-d'œuvre syndiquée a été l'un des principaux bénéficiaires de ce système de réglementation. Moore (1978) a estimé que les taux de salaire dans le secteur réglementé, aux États-Unis, dépassaient de 37 à 55 % ce qu'ils auraient été en l'absence de réglementation. Boucher (1980) estime qu'au Québec, la réglementation a fait augmenter les taux de salaire de 18 %. McRae, J. et D. Prescott, « An Econometric Analysis of the Effects of Regulation on the Canadian Common Carrier Industry », in *Studies of Trucking Regulation*, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1980 ; Friedlaender, A., *The Dilemma of Freight Transport Regulation*, Washington, DC, The Brookings Institution, 1969 ; Moore, T.G., « Deregulating Surface Freight Transportation », in A. Phillips, dir. publ., *Promoting Competition in Regulated Markets*, Washington DC, The Brookings Institution, 1975 ; Moore, T.G., « The Beneficiaries of Trucking Regulation », *Journal of Law and Economics* 21 (1978), p. 327-344 ; Boucher, M., « Regulation of the Quebec Trucking Industry: Institutions, Practices and Analytical Considerations », in *Studies of Trucking Regulation*, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1980.

60 Voir OCDE (2001).

Dans le cas du secteur routier, des redevances d'utilisation des routes sont perçues (du moins en principe) sous forme de taxes sur l'essence et de redevances de licence auprès de ceux qui utilisent le réseau routier. Si, comme l'affirment les opérateurs ferroviaires, ces redevances d'utilisation sont en deçà du coût de fourniture et d'entretien du réseau routier, les utilisateurs du réseau routier bénéficient d'une subvention indirecte. L'octroi de subventions indirectes au secteur routier n'a malheureusement pas été étudiée en détail. Au Canada, on ne dispose pas de données prouvant si oui ou non les redevances d'utilisation perçues auprès des opérateurs routiers correspondent au coût réel de l'utilisation qu'ils font des installations fournies par l'État. Les observations les plus fiables conduisent toutefois à penser que le transport autoroutier reçoit d'importantes subventions indirectes. Toms (1991) estime que pour une grande variété de semi-remorques qui roulent sur les autoroutes, les coûts recouverts à même les redevances d'enregistrement et les taxes sur l'essence en Ontario sont loin de correspondre au total des coûts (et, dans la plupart des cas, des coûts supplémentaires) qu'entraîne la fourniture de services autoroutiers aux routiers. Pour une semi-remorque classique, les coûts recouverts se situent entre 47 et 74 %⁶¹.

Les transporteurs ferroviaires sont également sensibles aux réglementations qui régissent la taille et le poids des camions. Dans les années 80, aux États-Unis, les transporteurs ferroviaires et les transporteurs routiers se sont affrontés sur la question de savoir quels devaient être la taille et le poids réglementés appropriés des camions circulant sur le réseau autoroutier américain :

Le secteur routier (...) a investi dans des semi-remorques de 28 et 48 pieds. Il entendait optimiser cette dépense d'équipement en exploitant des triples semi-remorques de 28 pieds et des doubles semi-remorques de 48 pieds sur le réseau inter-États. (...). Les sociétés de chemin de fer, l'American Automobile Association et des groupes de citoyens se sont fortement opposés à l'introduction de ces trains routiers à plusieurs remorques. Les opérateurs de chemin de fer estimaient que ces véhicules étaient déjà favorisés par des subventions croisées et que leur fournir de plus amples avantages en termes de productivité serait désastreux pour la rentabilité des chemins de fer américains. Des études ont montré que le rail perdrait des parts du marché de différents produits au profit des semi-remorques plus productives si celles-ci étaient autorisées à concurrencer le train sur les corridors ferroviaires⁶².

En résumé, l'histoire de la réglementation des secteurs routier et ferroviaire offre un très bon exemple de ce qu'il ne faut pas faire pour réagir à l'apparition de la concurrence. Comme les contrôles initialement exercés sur les chemins de fer visaient principalement à contrer l'abus de pouvoir de marché, les autorités auraient dû, à l'apparition de la concurrence du transport routier, appliquer les mêmes règles à tous en assouplissant les exigences réglementaires, du moins à l'égard des chargeurs pour lesquels le transport routier représentait une solution de remplacement efficace (comme on le verra plus tard). Au lieu de cela, les réglementations concernant le transport routier ont été renforcées pour tous les acteurs, et, pendant cinquante ans, des ressources ont été gaspillées et les coûts ont été inutilement élevés. Plus récemment, les règles applicables au transport routier et au transport ferroviaire de fret ont fait l'objet d'une harmonisation générale. Il reste d'importantes questions à résoudre, sur le point de savoir si les disparités qui subsistent entre les réglementations internalisent correctement les coûts économiques assumés par chaque mode de transport – et, en particulier, si les dispositifs de prix en place pour le transport routier reflètent précisément les coûts de l'infrastructure, de la saturation et de la congestion, surtout dans le cas des plus gros camions. Il reste encore à faire pour veiller à ce que tous les utilisateurs de la route paient les coûts marginaux et supplémentaires exacts associés à leur activité.

61 Bonsor (1995)

62 Harrison (1999)

Concurrence entre les banques et les coopératives de crédit

Dans de nombreux pays, différentes institutions financières soumises à des régimes réglementaires différents sont autorisées à offrir des produits financiers concurrents. Au Canada, par exemple, les compagnies d'assurance peuvent commercialiser un fonds commun de placement, appelé fonds distinct, qui est protégé contre le risque de phase descendante. Les fonds distincts concurrencent directement les produits proposés par le secteur des fonds communs de placement, mais conservent certains des avantages liés au fait qu'ils sont réglementés au titre d'un régime d'« assurance » (ainsi, les fonds distincts, qui sont considérés comme un produit d'assurance plutôt que comme un investissement, sont protégés contre les actions de créanciers).

Aux États-Unis, les banques se sont plaintes de la concurrence déloyale des coopératives de crédit, qui sont des institutions financières coopératives appartenant à leurs membres. Traditionnellement, les coopératives de crédit étaient issues des accords de prêts coopératifs conclus entre de petits groupes de particuliers qui souvent, en raison de leurs moyens limités, n'avaient pas accès au crédit des principales banques à des taux raisonnables⁶³. En restreignant la participation à des membres associés de manière proche ou régulière (par exemple à des collègues de travail) les coopératives de crédit pouvaient s'assurer que les prêts seraient remboursés⁶⁴. Cette forme de crédit, qui s'est répandue dans les pays en développement, a récemment été appelée micro-crédit.

Aux États-Unis, les coopératives de crédit étaient initialement régies par le Federal Credit Union Act de 1934. Selon la loi, les coopératives de crédit à charte fédérale devaient être formées de groupes ayant un lien commun professionnel ou associatif, ou de groupes d'un quartier, d'une collectivité ou d'une région rurale bien délimités. Les coopératives de crédit consentaient initialement des prêts d'une durée n'excédant pas deux ans⁶⁵. En 1937, elles ont été exonérées de l'impôt. En 1998, le Congrès des États-Unis les a autorisées à accepter des membres ayant des liens communs diversifiés.

Avec le temps, les coopératives de crédit ont étendu leur gamme de services et, lentement mais sûrement, ont érodé la part de marché des banques. La part des actifs des coopératives de crédit dans les actifs réunis des banques et des coopératives de crédit a progressé, passant de moins de 1 % en 1950 à plus de 7 % en 2000. Pour de nombreux consommateurs, les coopératives de crédit sont maintenant difficiles à différencier des banques. Les grandes coopératives de crédit offrent la même gamme de services que les banques de détail – comptes de dépôt, comptes d'opérations, banque électronique, prêts aux particuliers, prêts immobiliers, etc. En 2001, le Trésor américain observait :

Malgré leur taille relativement réduite et leur composition restreinte, les coopératives de crédit assurées par l'administration fédérale fonctionnent en vertu de lois et règlements bancaires pratiquement identiques à ceux qui s'appliquent aux banques et aux caisses d'épargne. Des différences significatives existaient naguère, mais elles ont progressivement disparu.

63 Selon un article paru en 1936 dans le New York Times, le mouvement des coopératives de crédit vise à favoriser les établissements de crédit régulier pour les travailleurs et sortir le particulier qui ne dispose pas de crédit bancaire des griffes des prêteurs pratiquant l'usure. Cité par Chmura (2004).

64 Selon un article paru en 1934 dans le New York Times, les coopératives de crédit peuvent accorder des prêts en toute sécurité (...) parce que leurs membres se connaissent et que l'association possède, sur la personnalité et le sens des responsabilités des emprunteurs, des renseignements précis qu'une institution de prêt commerciale impersonnelle ne pourrait obtenir qu'à grands frais ». Article cité par Chmura (2004).

65 Cette obligation a ensuite été étendue puis complètement supprimée.

Dernièrement, la plupart des différences des réglementations entre les coopératives de crédit et les autres institutions de dépôt ont été supprimées⁶⁶.

Le secteur bancaire américain soutient que les coopératives de crédit bénéficient d'un avantage concurrentiel déloyal parce qu'elles (a) sont exonérées de l'impôt et (b) ne sont pas assujetties au Community Reinvestment Act de 1977 (loi sur le réinvestissement dans les collectivités), qui exige que les banques accordent des prêts moins chers aux résidents à faible revenu des régions dans lesquelles elles mènent leurs activités. L'American Banking Association affirme que l'exonération de l'impôt permet aux coopératives de crédit de fonctionner sur une marge inférieure (c'est-à-dire de rémunérer davantage les déposants et de consentir des prêts à des taux plus bas) à celle des autres banques commerciales⁶⁷. En 1951, le gouvernement américain a décidé de révoquer le statut d'institution exonérée de l'impôt dont jouissaient les associations d'épargne et de crédit, afin d'établir une parité entre les institutions financières concurrentes. Le secteur bancaire affirme que l'établissement de cette parité, en particulier pour les grandes coopératives de crédit, nécessite l'assujettissement des coopératives de crédit aux mêmes obligations fiscales que les banques commerciales ordinaires.

En résumé, les coopératives de crédit ont initialement été créées pour fournir des services financiers moins onéreux à une partie moins bien desservie du marché. Pour que cet objectif puisse être atteint, elles ont été soumises à des obligations réglementaires moins nombreuses et plus souples. Avec le temps, le relâchement des contrôles réglementaires leur a permis de fournir une gamme de services à un ensemble diversifié de particuliers, de sorte qu'il est devenu très difficile de les différencier des banques de détail classiques. Cela a engendré une réglementation asymétrique, à laquelle s'ajoutent bon nombre des problèmes déjà évoqués.

Le traitement de la réglementation asymétrique exige soit l'imposition de nouvelles limites strictes relatives aux services fournis par les coopératives de crédit, de manière à restreindre la concurrence vis-à-vis des banques (il pourrait leur être interdit d'offrir des comptes d'opérations ou d'accorder des prêts dépassant un montant fixe qui serait fixé à 50 000 USD, par exemple), soit l'aplanissement des différences qui subsistent entre les obligations fiscales et réglementaires auxquelles sont soumis les deux types d'institutions.

5. Réaction des pouvoirs publics à la réglementation asymétrique

Quelle devrait être la réaction des responsables de l'élaboration des politiques lorsque des services de substitution sont soumis à des régimes réglementaires différents ? Cette situation engendre les trois problèmes suivants : (a) la distorsion de la concurrence ; (b) l'incitation à se livrer à l'arbitrage réglementaire (utilisation inefficace des ressources dans le but d'obtenir un allègement de la charge réglementaire) ; et (c) l'altération de certains objectifs de l'action des pouvoirs publics.

De manière générale, il n'est pas avisé de maintenir la réglementation asymétrique. Les différences de réglementation entre les services de substitution devraient autant que possible être supprimées. Les différences autorisées devraient découler directement des différences entre les services mêmes – par exemple, celles qui ont trait aux niveaux d'externalités ou à d'autres défaillances du marché. Selon Ordoover (2000) :

66 Summers, Lawrence H. *Comparing Credit Unions with Other Depository Institutions*. Ministère du Trésor des États-Unis, janvier 2001, page 1. Cité par Chmura (2004).

67 Voir <http://www.aba.com/Industry+Issues/OperationCreditUnions.htm>.

La politique réglementaire doit tendre à appliquer les mêmes règles à tous et ne pas limiter arbitrairement l'aptitude d'une entreprise à réagir aux initiatives de ses concurrents ou à obtenir des avantages concurrentiels⁶⁸.

En conséquence, il faudrait en règle générale supprimer la réglementation asymétrique en procédant pour ce faire à ce que l'on pourrait appeler l'égalisation des chances ou l'harmonisation. Cela suppose précisément que :

- les obligations réglementaires qui s'appliquent à une entreprise doivent s'appliquer dans la mesure du possible à toutes les entreprises qui produisent des services de substitution et
- les différences subsistant entre les régimes réglementaires applicables aux services doivent découler uniquement des différences clairement identifiées en ce qui concerne le pouvoir de marché, les externalités, les asymétries d'information ou d'autres défaillances du marché – et être attentivement et précisément évaluées et « tarifées » par le régime réglementaire.

Cela dit, il convient de noter qu'il peut subsister certaines différences entre les régimes réglementaires applicables à différents services – mais que ces différences doivent découler clairement des différences de défaillances du marché. Ainsi, par exemple, le transport routier et le transport ferroviaire de fret pourraient être soumis à des redevances différentes en raison des différences d'externalités associées à chaque mode de transport (par exemple, la pollution et la saturation) mais la taille des externalités devrait être prise en compte avec précision dans chaque cas et le prix de l'impact marginal de chaque service sur l'ensemble de l'externalité calculé avec précision. Frieden (2003) estime qu'il faudrait obligatoirement justifier les réglementations asymétriques subsistantes :

Les pouvoirs publics ne doivent pas étendre systématiquement l'application d'un cortège de régimes réglementaires à des services équivalents assurés sur Internet. Ils ne doivent pas non plus déréglementer les services fournis par l'opérateur historique simplement parce que les possibilités offertes par Internet sont devenues disponibles et que les pouvoirs publics ont choisi d'appliquer un régime réglementaire différent et sans doute moins lourd aux services sur Internet. (...) Dans la mesure où la réglementation peut imposer des charges financières et opérationnelles, le fournisseur de services soumis à une réglementation plus forte est habituellement désavantagé dans la concurrence avec l'opérateur qui fait l'objet d'une réglementation plus légère. Les gouvernements doivent exiger que l'établissement de régimes réglementaires différents soit assorti de justifications, compte tenu de l'impact potentiel de ce type d'asymétrie sur l'attrait sur le marché d'un service par rapport aux autres.

Lorsque la poursuite d'un objectif particulier de l'action des pouvoirs publics nécessite le financement de services non commerciaux, le processus d'harmonisation des règles du jeu doit se faire de manière attentive pour s'assurer que les fonds requis sont prélevés en respectant la neutralité concurrentielle. Pour ce faire, il conviendrait peut-être d'instaurer un système de taxes ou de redevances applicable à toutes les entreprises concurrentes de manière symétrique, ou d'avoir recours à des recettes budgétaires externes. Ce point est traité en détail dans le document OCDE (2003b).

Harmonisation par le renforcement ou l'assouplissement des règles

Le processus d'égalisation des chances peut supposer le renforcement des obligations réglementaires du service le moins réglementé ou l'assouplissement des obligations réglementaires du

68 Ordovery (2000), page 55.

service le plus réglementé. Chaque approche peut être souhaitable, selon les circonstances. L'intensification de la concurrence du transport routier a favorisé l'assouplissement partiel des obligations réglementaires visant le transport ferroviaire de marchandises. En revanche, dans le secteur des services financiers, les banques sont parfois tenues de communiquer de l'information sur les prêts qu'elles consentent à un registre de crédit central. En conséquence, lorsque de nouvelles entreprises sont autorisées à entrer sur le marché du crédit, il est logique d'étendre cette obligation aux nouvelles entrantes (harmonisation par le biais du renforcement des règles⁶⁹).

La décision de renforcer ou d'assouplir les règles relève de la politique réglementaire. Pour la prendre, il faut revoir la logique qui sous-tend la réglementation. L'examen d'un projet de réglementation suppose que l'on réponde à la question de savoir quelle défaillance du marché ou quel objectif d'action sous-tend au premier chef la réglementation envisagée ; quels moyens permettraient d'atteindre cet objectif ; et quels sont les coûts et les avantages de chacun de ces moyens. Si l'objectif de l'action des pouvoirs publics est légitime, et si l'approche retenue pour l'atteindre demeure la meilleure qui soit, il peut être nécessaire d'étendre les exigences réglementaires existantes aux nouveaux services.

L'assouplissement de la réglementation est toutefois préférable lorsque les obligations réglementaires existantes visent à contrôler les conséquences d'une absence de concurrence et/ou d'un pouvoir de marché. Dans ce cas, l'apparition de services de substitution, en tant que source supplémentaire de concurrence, diminue en soi la nécessité des contrôles réglementaires. Si le degré de concurrence des services de substitution est satisfaisant (ou s'il est possible d'identifier un groupe d'utilisateurs finaux pour lesquels le degré de concurrence des services de substitution est satisfaisant), les contrôles réglementaires peuvent être largement ou entièrement supprimés. Par exemple, la concurrence des diffuseurs sur Internet a incité certains intervenants à demander que les restrictions relatives à la participation soient revues afin d'assurer la pluralité des voix dans ce média⁷⁰.

Il faudrait toutefois prendre garde de ne pas assouplir les contrôles réglementaires nécessaires lorsque les clients concernés sont des clients captifs pour lesquels les solutions de remplacement ne sont pas des substituts proches. Comme on l'a vu (encadré 1), lorsqu'un groupe de clients pour lesquels les solutions de remplacement ne sont pas des substituts proches est identifié, le pouvoir de marché du fournisseur de service historique peut être accru à la suite de l'apparition d'un substitut. Il ne serait pas opportun d'alléger les contrôles réglementaires qui visent à protéger ces consommateurs. Ce principe trouve son illustration dans le cas du maintien de la protection assurée aux clients captifs du secteur du transport de marchandises par chemin de fer, aux États-Unis.

Un cas particulier d'assouplissement de la réglementation a suscité la controverse et mérite qu'on s'y arrête. Le processus d'harmonisation des règles du jeu s'étend, en principe, aux exigences concernant la fourniture d'accès aux installations essentielles (également appelé « dégroupage » des éléments d'un réseau). Ces exigences sont précisément mises en place dans le but de remédier à une absence apparente de substituts (la notion d'installation essentielle est habituellement définie comme impliquant un manque de substituts adaptés et l'importance de l'installation pour la concurrence en aval.) En conséquence, lorsque la

69 Weingarten et Stuck (2005) proposent un ensemble de prescriptions susceptibles de permettre l'harmonisation des règles du jeu dans le secteur des télécommunications.

70 Selon le document OCDE (2003a), les politiques autrefois en place dans de nombreux pays membres reconnaissaient que les limites des technologies analogiques et les économies d'échelle laissaient supposer qu'il y aurait toujours un petit nombre de diffuseurs et qu'il était nécessaire de restreindre le pouvoir de marché exercé par un seul opérateur. Se pose dorénavant la question de savoir si la technologie numérique et la convergence favorisent l'apparition de nouveaux diffuseurs. Dans l'affirmative, ce serait semble-t-il un moyen plus efficace de favoriser la pluralité de la participation dans le média (page 30).

concurrence des installations de substitution est satisfaisante, il convient d'exempter les opérateurs historiques de ces obligations relatives au dégroupage et à l'accès.

Cette question s'est posée avec une acuité particulière dans le secteur des télécommunications, où la concurrence sur le dernier maillon (accès à l'utilisateur final) s'est intensifiée. Actuellement, presque tous les opérateurs de télécommunications historiques présents dans les pays de l'OCDE doivent fournir un accès à la boucle locale dégroupée (habituellement une paire de cuivre). Si de nouvelles technologies telles que le haut débit sur lignes électriques⁷¹, ou le haut débit de troisième génération se développent au point de représenter une solution de remplacement concurrentielle viable pour un groupe identifiable de consommateurs, il conviendrait peut-être de ne plus exiger des opérateurs qu'ils procèdent au dégroupage de la boucle locale, du moins en ce qui concerne ces clients. Dans le même temps, il pourrait se révéler nécessaire que les obligations de dégroupage soient maintenues là où, pour des raisons techniques, ces technologies de remplacement sont moins efficaces (par exemple, dans les régions rurales).

Action en faveur de la concurrence

Une fois que la réglementation asymétrique est supprimée, le renforcement de la concurrence entre les services de substitution est susceptible de favoriser la réalisation des autres objectifs des pouvoirs publics. L'ensemble des initiatives qui favorisent la concurrence des services de substitution sont connues des participants aux travaux du Comité de la concurrence de l'OCDE. Elles consistent à :

- Supprimer les contrôles exercés sur la flexibilité des prix, comme les interdictions concernant la discrimination par les prix (sauf lorsque cela est nécessaire pour empêcher la pratique de prix d'éviction).
- Lever les restrictions à l'entrée (y compris de concurrents étrangers), les exigences inutiles concernant les concessions de licences, ou les exigences relatives à la participation (y compris les limitations concernant les participations étrangères).
- Assurer l'accès aux installations essentielles. Cela peut comprendre la création d'un organisme indépendant chargé du règlement des différends relatifs à l'accès.
- Prendre des mesures destinées à réduire les coûts de changement d'opérateur (par exemple, obligation d'accorder la portabilité du numéro).
- Assurer la neutralité concurrentielle entre les entreprises publiques et les entreprises privées.
- Mettre activement en œuvre le droit de la concurrence afin d'empêcher les opérateurs historiques de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.

Dans de nombreux cas, l'égalsation des chances et l'harmonisation des exigences réglementaires sont complétées naturellement par la réforme de la structure ou de l'organisation des autorités de réglementation. En particulier, il est souvent indiqué de regrouper les autorités de réglementation qui étaient autrefois distinctes ou d'organiser les autorités de réglementation par activité plutôt que par secteur. Cette question est approfondie à la section 6 ci-dessous.

71 Voir, par exemple, Michael Kennedy, « Broadband over Power Line Comes of Age », *Telecommunications Magazine*, avril 2004, <http://www.telecommagazine.com/default.asp?journalid=3&func=articles&page=0407t07&year=2004&month=7>

Enfin, dans la plupart des cas, il est nécessaire de prendre les mesures qui s'imposent pour empêcher les opérateurs historiques d'avoir recours à des pratiques anticoncurrentielles en réaction à la montée d'un concurrent. Les pratiques anticoncurrentielles comprennent les fusions ou l'exclusion (et parfois le fait de militer pour l'adoption de contrôles réglementaires sur la concurrence). Cette question est abordée à la section 7 ci-dessous.

Nous ne prétendons pas ici qu'il faut éliminer *toutes* les différences qu'il peut y avoir entre les réglementations applicables à deux entreprises concurrentes – l'égalisation des chances concerne seulement les services qui font l'objet de la concurrence. Un certain nombre d'entreprises peuvent fournir différents services pour lesquels elles détiennent un pouvoir de marché distinct. En particulier, il est souvent logique de réglementer plus strictement les services sur lesquels les entreprises détiennent un pouvoir de marché. Cela suppose automatiquement que les entreprises qui offrent des services bénéficiant d'un pouvoir de marché considérable soient soumises à des obligations réglementaires plus rigoureuses (du moins en ce qui concerne ces services). À cet égard, la réglementation asymétrique doit par conséquent continuer de s'appliquer.

Il est très rare que les responsables de l'élaboration des politiques ne puissent pas égaliser les chances comme ils le souhaiteraient. Tel est le cas lorsque, pour des raisons techniques ou juridiques, il n'est pas possible d'étendre une exigence réglementaire à un nouveau service. La politique menée doit alors de toute évidence faire l'objet d'une mise en balance – entre maintenir une réglementation asymétrique existante, avec les problèmes que cela pose et qui sont évoqués ci-dessus, et égaliser les chances mais renoncer à un objectif d'action donné. L'encadré ci-dessous illustre comment la nature d'Internet, qui permet de fournir certains services sans contraintes de lieu, peut rendre difficile la mise en œuvre effective d'exigences juridiques afférentes à ces services.

Encadré 3. Impossibilité d'égaliser les chances : le cas d'Internet

De nombreux observateurs ont souligné la difficulté qu'il y a à soumettre les services sur Internet à des exigences réglementaires. Cela tient à deux caractéristiques d'Internet – premièrement, tout ce qui est transmis sur Internet a essentiellement la même forme (il s'agit de « paquets » d'information numérique) et il est en conséquence difficile d'isoler ou d'identifier différents types de flux d'information (voix, vidéo, courrier électronique, etc). Deuxièmement, le contenu Internet peut, en principe, être fourni depuis n'importe quel lieu. La législation en vigueur dans un pays donné ne s'applique pas au-delà de ses frontières. D'ici à ce que des traités internationaux soient signés et mis en œuvre, il sera difficile d'exercer un contrôle sur le contenu Internet. La technologie Internet de commutation par paquets sans frontières ne se prête pas aisément aux contraintes réglementaires⁷².

Dès 1996, certains observateurs avaient prévu qu'Internet limiterait la marge de manœuvre des pays en matière de réglementation :

« Une fois la connexion établie [sur Internet] il n'y a pas grand-chose qu'un pays puisse faire pour empêcher ses citoyens de communiquer avec le reste du monde sans réduire considérablement la valeur économique et intellectuelle du support. Il s'ensuit que la connexion sur Internet permet un arbitrage réglementaire grâce auquel des personnes peuvent, dans certains cas, prendre des dispositions pour échapper aux réglementations internes et tirer parti des régimes réglementaires en vigueur à l'étranger. L'arbitrage réglementaire réduit la marge de manœuvre des pays en rendant certaines règles internes difficiles à appliquer. (...) La censure et les restrictions relatives à l'exportation d'information deviennent presque impossibles à mettre en œuvre, bien que les États soient en mesure de mettre certains obstacles rendant l'usage malaisé. L'efficacité des législations relatives à la protection des données que l'on retrouve en Europe se trouve réduite lorsque des informations personnelles peuvent être stockées dans des havres de données à l'étranger. Au bout du compte, les restrictions sur certains

types de transactions, par exemple celles qui sont imposées par la législation relative aux valeurs mobilières, risquent aussi d'être affaiblies si ces transactions peuvent être réalisées à l'étranger sans encombre⁷³.

Il est difficile d'imposer des obligations réglementaires sur les services fournis par le biais d'Internet, comme d'ailleurs de renforcer les obligations réglementaires applicables à des fournisseurs de service concurrents. Par exemple, il est malaisé de mettre en œuvre des exigences de contenu à l'égard de diffuseurs sur Internet ou d'exiger que les appels téléphoniques sur réseau IP de bout en bout contribuent à une obligation de service universel (du moins de façon analogue à celle dont les opérateurs existants contribuent aux obligations de service universel). Dans ces cas, les responsables de l'élaboration des politiques doivent effectuer un arbitrage encore plus ardu – et se demander s'il faut autoriser les services fournis par le biais d'Internet (même si cela nuit à un autre objectif légitime donné) ou tenter d'interdire complètement la prestation de services par le biais d'Internet.

6. Implications pour les institutions de réglementation

Comme on l'a vu, l'harmonisation des exigences réglementaires en réaction à l'apparition des services de substitution est souvent associée à des modifications apportées à la structure ou à l'organisation des institutions de réglementation elles-mêmes.

Les régulateurs (comme les réglementations qu'ils administrent) sont souvent intimement associés à un ensemble particulier de services. Par exemple, bien que les aménagements précis varient selon les pays, dans de nombreux pays il y a (ou avait) un régulateur chargé du secteur bancaire, un autre du secteur de l'assurance et parfois d'autres autorités de réglementation chargées d'autres segments du secteur financier comme les produits d'épargne-retraite ; de même, dans le passé, il était courant de voir coexister un régulateur des services de télécommunications et un ou plusieurs autres régulateurs chargés des services de radiodiffusion ; dans certains pays, il y avait une autorité de réglementation distincte pour les secteurs du gaz et de l'électricité ou pour les secteurs du transport routier et du transport ferroviaire.

Tant que les autorités de réglementation administrent des règles différentes pour des services non concurrents, le maintien d'autorités de réglementation distinctes est relativement sans grande conséquence⁷⁴. Cependant, pour les raisons déjà mentionnées ici, si ces différents secteurs produisent des services concurrents, l'harmonisation des régimes réglementaires engagée pour assurer que la concurrence produit les résultats les plus efficaces possibles présente des avantages.

En général, il n'est pas logique que deux autorités de réglementation administrent les mêmes règlements applicables à deux services concurrents, et ce pour deux raisons :

1. Premièrement, dans la mesure où il y a des économies d'échelle propres à l'activité de réglementation, l'existence de deux organismes de réglementation distincts entraîne un gaspillage de ressources.
2. Deuxièmement, dans la mesure où les régulateurs disposent d'un certain pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les modalités d'application de la loi, même si deux entreprises sont soumises aux mêmes règles, il peut subsister une certaine part de réglementation asymétrique si ces règles sont mises en œuvre par deux autorités de réglementation distinctes. En considérant les choses sous un autre angle, si les régulateurs disposent d'un pouvoir d'appréciation quant à la manière dont ils appliquent la loi, la suppression de la réglementation asymétrique applicable à deux secteurs impose non

73 Fromkin, A. Michael, 1997, « The Internet as a source of regulatory arbitrage », in *Borders in Cyberspace*, Brian Kahin et Charles Nesson, dir. publ., MIT Press, 1997.

74 La combinaison de différentes institutions de réglementation peut présenter des avantages au plan de l'efficacité administrative ou d'autres avantages qui n'entrent toutefois pas dans le cadre de notre propos.

seulement l'harmonisation des exigences réglementaires mais aussi l'unification de l'autorité de réglementation.

Ces raisons sont illustrées dans l'explication suivante fournie par le gouvernement du Royaume-Uni sur sa décision de réunir le secteur des télécommunications et celui de la radiodiffusion sous l'autorité d'un seul régulateur (l'OFCOM) :

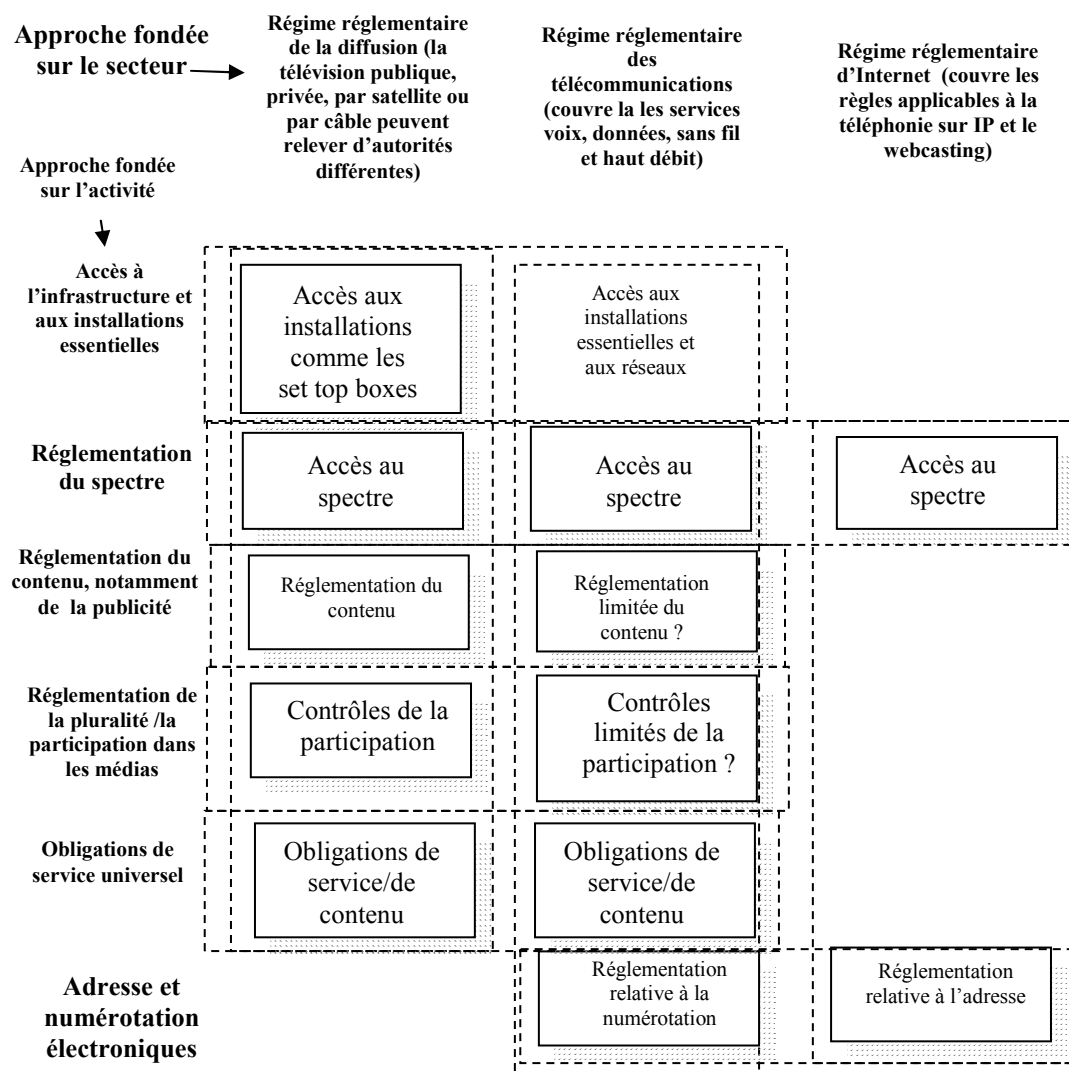
La création de l'OFCOM comportera les avantages suivants :

- Une approche cohérente, intégrée et équilibrée de la réglementation à l'échelle du secteur. Cela concerne principalement la qualité du processus décisionnel mais il y aura également des avantages au niveau de l'efficacité administrative et des coûts.
- Pour le secteur des communications, cela signifie une approche plus souple de la réglementation, visant à réduire au minimum les charges réglementaires ainsi que le chevauchement des réglementations et à éviter de risquer que des régulateurs différents adoptent des approches différentes sur des questions similaires, du fait de leurs responsabilités différentes⁷⁵.

Le diagramme suivant illustre le processus de réorganisation des autorités de réglementation, qui sont passées d'une approche fondée sur le secteur à une approche fondée sur l'activité dans le secteur de la diffusion/des communications⁷⁶.

75 Ministère du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni (2002), section 3.1.5.

76 Pour plus d'information sur les implications de la convergence des régulateurs du gaz et de l'électricité sur le marché de l'énergie, voir le document de travail de l'AIE, Toh (2003).



Dans la pratique, ce passage d'une approche fondée sur le secteur à une approche fondée sur l'activité implique souvent le regroupement des organismes de réglementation en un super-régulateur unique – les différentes « activités » identifiées ci-dessus sont alors réalisées par différentes divisions d'une même autorité. Pour illustrer ce processus, l'encadré ci-dessous résume brièvement la réforme des institutions financières et de communications au Royaume-Uni⁷⁷.

77

Une réorganisation et une unification analogues sont engagées dans d'autres pays. Par exemple, en Australie, l'autorité australienne de la radiodiffusion et l'autorité australienne des communications sont en cours de fusion et formeront l'autorité australienne des communications et des médias.

Encadré 4. Réforme des autorités de réglementation dans les secteurs des services financiers et des communications au Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, pendant une période qui s'est étalée sur plusieurs années, un grand nombre d'autorités séparées ayant des responsabilités variées dans différents segments du secteur des services financiers ont été regroupées pour former l'autorité des marchés financiers, la Financial Services Authority (FSA). Ce processus a commencé en juin 1998 lorsque la FSA a été chargée du contrôle bancaire (réglementation prudentielle) par la Banque d'Angleterre. En mai 2000, la FSA a reçu de la Bourse de Londres le mandat d'administrer la UK Listing Authority (régulateur des valeurs mobilières). En décembre 2001, la FSA a été chargée des activités de réglementation de plusieurs autres organismes dotés de responsabilités sectorielles : la Building Societies Commission, la Friendly Societies Commission, l'Investment Management Regulatory Organisation, la Personal Investment Authority), le Register of Friendly Societies et la Securities and Futures Authority.

En octobre 2004, la FSA a été chargée de la réglementation des prêts hypothécaires et enfin, en janvier 2005, de la réglementation des activités d'assurance générale.

Un processus similaire a été engagé dans le secteur des communications. En 1992, un nouveau régulateur, l'Office of Communications (OFCOM), a été créé pour le secteur des communications. Ce régulateur a progressivement assumé les responsabilités de cinq organismes de réglementation autrefois séparés – 1. OfTel, le régulateur des télécommunications ; 2. l'Independent Television Commission (ITC), qui réglemente la télévision financée par des fonds privés au Royaume-Uni ; 3. la Broadcasting Standards Commission) ; 4. la Radiocommunications Agency) et 5. la Radio Authority, qui réglemente la radiodiffusion).

On trouve dans le document OCDE (2002b) une excellente synthèse des questions entourant la mise au point des organismes de réglementation du secteur financier. Ce document souligne l'importance de la convergence dans le secteur financier comme facteur favorisant l'apparition de la réglementation asymétrique :

Le débat concernant la structure organisationnelle des autorités de réglementation dans le secteur financier a été avivé par l'unification continue effectuée dans les secteurs institutionnels et la convergence entre les fournisseurs de services financiers. Ces évolutions ont contribué à brouiller davantage les lignes de démarcation entre les quatre piliers du système financier (les banques, les compagnies d'assurance, les caisses de pension et les sociétés financières). (...) Les institutions financières de toutes catégories offrent de plus en plus des produits et des services (...) qui concurrencent non seulement ceux des institutions similaires mais aussi d'autres catégories de fournisseurs de services⁷⁸.

Le document OCDE (2002b) examine les différentes formes d'organisation des autorités de réglementation. Il définit d'abord deux approches verticales principales de l'organisation des responsabilités réglementaires. Selon la première approche (appelé approche institutionnelle/sectorielle⁷⁹), chaque institution est titulaire d'une licence en vertu d'un régime unique et le régulateur sectoriel est chargé de contrôler toutes ses activités. Le principal problème posé par cette approche est le risque de réglementation asymétrique :

Cependant, lorsque les institutions financières sont diversifiées et que leur champ d'activité s'élargit et inclut des produits et des services fonctionnellement équivalents à ceux offerts par d'autres catégories d'institutions financières, une simple division du contrôle par secteur ou par

78 OCDE (2002b), page 82.

79 Désignée approche en fonction des piliers dans le document OCDE (1998).

type d'institution risque de fausser la concurrence et, par là, d'accroître le risque que les opérateurs se livrent à l'arbitrage réglementaire⁸⁰.

Dans le cadre de l'approche fonctionnelle⁸¹, chaque régulateur sectoriel est chargé de contrôler les activités de l'institution active dans le secteur concerné seulement – c'est-à-dire que le régulateur bancaire régule les activités des banques et le régulateur de l'assurance, celles des compagnies d'assurance, etc. Le problème que pose cette approche est que la réglementation risque de ne pas être efficace. L'inconvénient le plus évident d'une approche purement fonctionnelle est que la situation financière globale d'une institution pourrait être dissimulée, étant donné qu'aucun régulateur unique n'exercerait sur elle un contrôle prudentiel d'ensemble⁸².

Le document examine ensuite une troisième approche possible, proposée par Goodhart et coll. (1998). Selon cette approche, les institutions réglementaires sont organisées en fonction des objectifs de l'action des pouvoirs publics dont elles sont chargées. Des organismes de réglementation séparés seraient alors chargés de chaque objectif de la politique financière. « Par exemple, un seul organisme serait chargé du contrôle prudentiel de toutes les institutions financières, tandis que d'autres organismes s'occuperaient d'autres objectifs, en couvrant là encore tous les fournisseurs de services⁸³. Goodhart et coll. proposent de définir certains objectifs et de créer les institutions s'y rapportant : (a) un régulateur systémique (pour les banques et les autres établissements de dépôts) ; (b) un régulateur prudentiel séparé pour les sociétés financières, les compagnies d'assurance et les autres établissements financiers non bancaires ; (c) un régulateur de la conduite des activités pour les établissements financiers de détail (et un régulateur distinct pour les établissements financiers de gros). Ils suggèrent également de créer un régulateur de la concurrence, normalement l'autorité de la concurrence, qui détiendrait une autorité s'étendant aux secteurs autres que le secteur financier. La structure organisationnelle adoptée par l'Australie illustre cette approche :

L'approche des autorités australiennes, qui sépare les responsabilités rattachées respectivement à la stabilité du système (attribuées à la Reserve Bank of Australia), à la supervision prudentielle (attribuées à l'Australian Prudential Regulatory Authority) et à la conduite des affaires et à la protection des consommateurs (attribuées à la Commission australienne des valeurs mobilières et des placements (Australian Securities and Investments Commission)) est similaire à celle du modèle de contrôle selon des objectifs⁸⁴.

Le graphique suivant illustre comment cette forme de réorganisation des institutions de réglementation dans le secteur financier pourrait se faire :

80 OCDE (2002b), page 96.

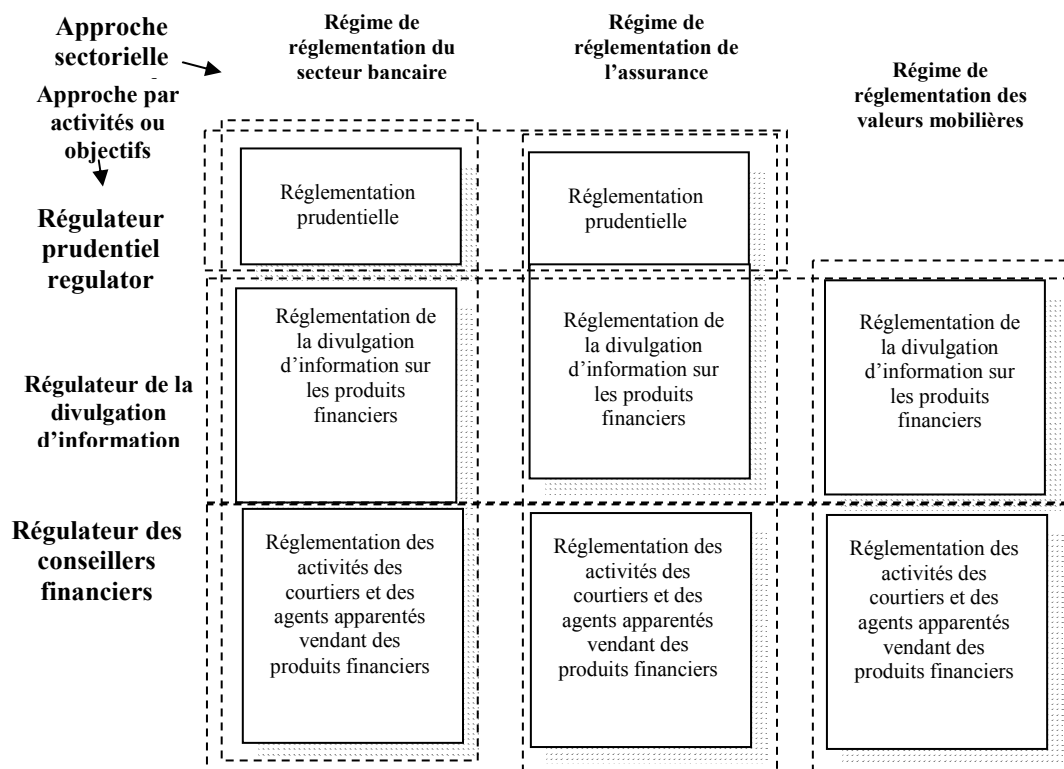
81 Désignée approche conglomérale dans le document OCDE (1998).

82 OCDE (2002b), page 97.

83 OCDE (2002b), page 100

84 OCDE (2002b), page 101-102. De nombreux autres pays ont intégré leurs autorités de supervision financière prudentielle (le Danemark, la Hongrie, l'Islande, le Japon, la Corée, la Norvège, la Suède et le Royaume-Uni). D'autres pays envisagent de suivre cette approche (l'Autriche, l'Allemagne et la Suisse) OCDE 92002b), page 103).

Figure 2 : Réorganisation des institutions de réglementation dans le secteur des services financiers



7. Réactions du secteur privé à l'apparition de la concurrence

Le présent document s'est intéressé à l'impact de la réglementation asymétrique sur les décisions en matière de politique réglementaire. La réglementation asymétrique est également susceptible de susciter des réactions de la part des entreprises concernées. Le secteur privé peut réagir de trois façons à l'apparition d'un service de substitution :

- (a) En faisant pression (ou de manière plus générale en menant des activités visant à influencer) afin d'obtenir le maintien ou la suppression des réglementations asymétriques.
- (b) En engageant des actions pour retarder ou empêcher l'application potentielle de nouvelles exigences réglementaires.
- (c) En ayant recours à des pratiques anticoncurrentielles telles que les fusions ou l'exclusion. Ces trois types de réaction sont abordés ci-après.

Pressions et actions en justice

Comme on l'a vu, les avantages réglementaires peuvent constituer une source non négligeable d'avantage concurrentiel et avoir une influence considérable sur la rentabilité des entreprises. Pour tirer parti des rentes créées par la réglementation, les entreprises sont fortement incitées à faire pression sur les gouvernements, soit dans le but de préserver un avantage réglementaire, soit pour le supprimer.

« Dans un cadre concurrentiel, le fait de ne pas être soumis à une contrainte réglementaire peut se traduire par des économies de coûts et une plus grande souplesse. Dans certains cas, échapper

à une contrainte réglementaire permet à un acteur d'économiser, voire de récolter des revenus inattendus. L'arbitrage effectué dans le but de tirer le maximum possible d'une situation comprend le ciblage stratégique et le fait de remplir les conditions nécessaires pour bénéficier d'un traitement réglementaire assoupli ou favorable, tout en conservant la possibilité d'offrir des services fonctionnellement équivalents qui concurrencent ceux d'autres acteurs soumis à un traitement réglementaire plus contraignant, coûteux et défavorable⁸⁵.

Frieden affirme que les acteurs qui bénéficient des possibilités d'arbitrage dans le secteur des télécommunications ont tout intérêt à ce qu'elles soient maintenues :

Lorsqu'il existe des possibilités d'arbitrage, les intervenants perçoivent certains avantages qu'il y a à tirer des efforts déployés pour jouer avec le système, engager des actions et retarder des initiatives susceptibles de réduire la réglementation et d'offrir des conditions réglementaires quasiment équitables à tous les concurrents. Le souci de rendement à court terme des acteurs peut obscurcir les perspectives à long terme d'harmonisation des règles de la concurrence. Entre-temps, il se peut que les acteurs préfèrent s'affronter devant un tribunal, le Parlement et la FCC plutôt que sur le marché⁸⁶.

Au contraire, bien sûr, les acteurs désavantagés par la concurrence de certains services de substitution soumis à une réglementation peu contraignante ont intérêt à réclamer l'application des mêmes règles à tous, l'harmonisation des contraintes réglementaires ou la suppression de la réglementation asymétrique⁸⁷.

On ignore qui remportera cette bataille – ceux qui cherchent à préserver la réglementation asymétrique ou ceux qui cherchent à la supprimer – mais dans certains cas, le comportement d'un opérateur historique peut jouer contre lui. Ainsi, il arrive qu'un opérateur historique choisisse délibérément d'appuyer l'instauration d'un régime réglementaire qui rend certains objectifs de l'action des pouvoirs publics difficilement compatibles avec la concurrence – dans le but précis d'améliorer ses chances de faire pression pour bénéficier de la protection contre la concurrence « déloyale » à l'avenir.

Par exemple, un opérateur historique pourra appuyer des groupes de pression favorables à des objectifs d'action spécifiques à un secteur des pouvoirs publics et chercher ensuite à s'assurer que la poursuite de ces objectifs se fait de manière contraire à la concurrence. Cette pratique est décrite par Gómez-Ibáñez (2003) :

Les entreprises réglementées estiment habituellement dans leur intérêt d'appuyer la coalition favorable aux subventions croisées. Ce faisant, elles sont bien perçues par le régulateur car celui-ci, ayant l'appui des entreprises réglementées, peut plus facilement céder aux pressions en faveur des subventions croisées exercées par les partisans de l'accès universel ou les sous-ensembles de consommateurs qui en profitent. De même, les subventions croisées donnent aux entreprises une justification pour décourager le développement de la concurrence dans un secteur ou hors d'un secteur. Elles peuvent être maintenues seulement si le secteur demeure un monopole ; il y aura

85 Frieden (2003), page 4.

86 Frieden (2004), page 245.

87 On peut imaginer des scénarios dans lesquels la concurrence peut de fait être bénéfique à l'opérateur historique réglementé. Par exemple, il se peut que les propriétaires de l'entreprise réglementée trouvent difficile d'améliorer leur efficacité en raison, par exemple, de l'opposition des syndicats ou de l'administration en place. La menace de perdre de la clientèle aux mains des concurrents peut venir à bout de cette résistance face à la réforme et permettre à l'entreprise de réaliser au plan de l'efficacité des gains qui excèdent la perte d'activités au profit des concurrents.

écrémage dès que les entreprises devront se faire concurrence pour attirer des clients. En conséquence, le régulateur qui autorise les subventions croisées doit également favoriser la suppression de la concurrence, ce qui convient aux opérateurs historiques⁸⁸.

Même s'ils ne parviennent pas à empêcher l'apparition des nouveaux services, les opérateurs historiques peuvent faire valoir qu'une part (dans l'idéal une part dominante) du nouveau marché leur revient. Par exemple, habituellement, l'opérateur dominant de services de télécommunications sur ligne fixe pourrait affirmer que la plus grande part du spectre disponible pour les services mobiles lui revient. Actuellement, à mesure que l'innovation technique accroît la quantité de spectre disponible pour la télédiffusion, les diffuseurs historiques peuvent invoquer le fait qu'une part du nouveau spectre leur revient.

Comportement anticoncurrentiel

Tout aussi important, les opérateurs historiques peuvent mener des actions privées pour limiter l'ampleur de la concurrence provenant de nouvelles sources – qu'il s'agisse d'acquérir les entreprises concurrentes ou d'entrer sur le marché concurrent et d'y pratiquer des prix d'éviction pour repousser les nouveaux entrants. Dans certains cas, la discrimination par les prix ou les rabais suffisent pour dissuader les nouveaux entrants. Les opérateurs historiques peuvent également refuser l'accès aux installations essentielles pour restreindre la croissance de la concurrence. Comme on l'a vu, la mise en œuvre active du droit de la concurrence peut être nécessaire pour empêcher l'opérateur historique de dissuader d'éventuels concurrents.

Une question clé pour les responsables de la mise en œuvre de la concurrence a trait à la définition du marché. Dans la plupart des cas, ceux-ci ne peuvent bloquer une fusion, sauf si les deux entreprises concernées sont réputées exercer leurs activités sur le même marché pertinent. Il importe donc de savoir à partir de quel seuil les services de substitution peuvent être considérés comme étant présents sur le même marché que les services réglementés. Cela constitue bien entendu une question empirique qui varie selon les cas et les pays. Plusieurs tables rondes du Comité de la concurrence sur la politique de la concurrence dans différents secteurs mettent en lumière les facteurs pris en compte par les autorités de la concurrence lorsqu'elles déterminent si oui ou non deux services sont des substituts suffisants pour être considérés comme étant présents sur le même marché. Ce qu'il faut retenir globalement, c'est que cet examen doit se faire au cas par cas, en tenant compte des facteurs spécifiques à chaque service, secteur et pays.

Par exemple, lors de la table ronde organisée par l'OCDE sur les problèmes liés à la concurrence dans le secteur de la radiodiffusion, la Commission européenne a expliqué son approche de la définition du marché dans le secteur de la radiodiffusion :

En ce qui concerne le marché du produit, un certain nombre de distinctions ont été faites. Premièrement, on établit une distinction entre la télévision payante et la télévision gratuite. Outre le mode de financement, la relation avec les consommateurs est différente, puisque dans un cas, les consommateurs sont des abonnés et que dans l'autre ce sont des annonceurs qui achètent du temps de diffusion pour faire de la publicité. Ces deux types de télévision ne sont pas en concurrence directe suffisante pour que l'on puisse considérer qu'elles sont sur le même marché. Le fait qu'elles n'évoluent pas sur le même marché est perceptible dans les décisions des distributeurs de films d'accorder des droits de diffusion dans certaines « fenêtres » bien précises. La télévision gratuite est habituellement la dernière à recevoir ces droits de diffusion, après qu'ils ont été exploités sur la télévision payante (et après la sortie vidéo, etc.).

88 Gómez-Ibáñez (2003), page 57-58.

La deuxième distinction peut être faite entre la télévision analogique et la diffusion numérique. La position de la Commission à cet égard est qu'il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre ces deux types de diffusion. Il s'agit de deux technologies concurrentes sur le même marché. Une troisième distinction peut être établie entre les différents modes de diffusion, à savoir le câble, le satellite, etc. Il y a eu plusieurs affaires en rapport avec cette question, la plus récente ayant abouti à la décision rendue dans l'affaire BIB sur le marché britannique. Dans cette décision, les trois modes de transmission ont été considérés comme appartenant au même marché. Dans cette affaire (et ce résultat est évidemment spécifique au marché britannique), il a été observé que dans les régions câblées, les consommateurs optent souvent pour le satellite et les autres sources plutôt que pour le câble. De plus, un consommateur ne peut actuellement pas devenir captif d'une source plus que d'une autre, étant donné que les câblodistributeurs ont une politique commerciale de rachat de l'équipement fourni au consommateur. Enfin, lorsque l'on examine les tarifs de location ou d'abonnement, on constate que les barèmes sont comparables entre les différents modes.

(...) On n'a pas encore pleinement déterminé s'il faudrait ou non établir une distinction entre des marchés différents de télévision payante. La télévision payante classique fondée sur l'abonnement est-elle située sur un marché différent de la télévision à la carte ou de la quasi vidéo à la demande ? Dans l'affaire Bertelsmann-Kirch, on a estimé que les trois types de télévision étaient situés sur le même marché. Il demeure possible, cependant, que la distinction soit affinée à l'avenir⁸⁹.

Dans le secteur du transport, les autorités de la concurrence ont souvent eu l'occasion de déterminer si, par exemple, le transport aérien et le transport ferroviaire étaient sur le même marché. Voici une synthèse d'un certain nombre de décisions de la Commission européenne :

Dans l'affaire Lufthansa/Austrian Airlines, la Commission européenne a estimé qu'en plus des facteurs qualitatifs, c'est le temps de déplacement total et non la distance qui est le facteur déterminant pour les consommateurs en ce qui concerne la substituabilité des modes de transport (de substitution⁹⁰). La Commission européenne a conclu que de manière générale, les autres moyens de transport comme le chemin de fer et la route n'offrent pas de solution de remplacement pour les voyageurs sensibles au temps sur les trajets directs entre l'Allemagne et l'Autriche⁹¹. Dans l'affaire récente British Airways/SN Brussels Airlines, la Commission a estimé que le marché pertinent, défini selon la méthode point d'origine/point de destination Bruxelles, était plus étendu que les services aériens directs et comprenait le transport par train à grande vitesse (c'est-à-dire l'Eurostar)⁹². Le chemin de fer a été considéré comme une solution de remplacement concurrentielle du transport aérien pour les passagers sensibles ou non au temps de déplacement. Dans l'affaire BA/City Flyer, la Commission de la concurrence du Royaume-Uni a estimé que les services ferroviaires, en particulier sur les trajets intérieurs et les trajets européens vers Bruxelles et Paris (desservis par Eurostar), fonctionnaient sur le même marché que les compagnies aériennes sur ces trajets⁹³. Toutefois, dans l'affaire Lufthansa/Eurowings, le Bundeskartellamt allemand a conclu qu'il n'existe pas (encore) de marché homogène pour les moyens de transport terrestre et aérien pour le trafic intérieur

89 OCDE (1999), page 319-320.

90 Lufthansa/Austrian Airlines, JO 2002 L 242/25, par. 53 (http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/l_242/l_24220020910en00250043.pdf), par. 57-58.

91 Lufthansa/Austrian Airlines, par. 61.

92 Voir Commission européenne, affaire 38.477 - British Airways/SN Brussels Airlines, par. 18 et suivants. (<http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38477/en.pdf>).

93 Voir CC, British Airways Plc et City Flyer Express Limited, Cm 4346 (20.07.1999). (http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/1999/430ba.htm#full).

allemand⁹⁴. L'Autorité italienne de la concurrence a abouti à la même conclusion dans l'affaire Alitalia/Volare^{95, 96}.

La question de savoir dans quel cas les services de substitution devraient être inclus sur un même marché a également été une question clé dans le secteur de l'énergie. Comme le gaz est un combustible de base pour la production d'électricité, le contrôle de la fourniture de gaz dans une région permet à une société d'électricité de contrôler l'ampleur des nouvelles entrées de concurrents. La capacité des lignes de transport d'électricité vers la région peut conférer un pouvoir de marché. Par exemple, la Commission européenne a récemment interdit la fusion de Energias de Portugal (l'opérateur historique du secteur de l'électricité au Portugal) et de Gás de Portugal (l'opérateur historique du secteur gazier au Portugal)⁹⁷. La table ronde qui s'est tenue récemment à l'OCDE sur les questions de concurrence dans le secteur de l'électricité a mis en lumière un certain nombre de fusions entre des sociétés de gaz/d'électricité qui ont été interdites, par exemple une fusion aux États-Unis entre :

Un distributeur d'électricité et un distributeur de gaz naturel (MichCon) qui desservaient tous deux la région de Détroit, au Michigan. Dans cette enquête, le personnel de la FTC a constaté que les services de distribution d'électricité étaient en concurrence avec les services de distribution de gaz pour certains clients et que la concurrence entre les deux sociétés augmenterait vraisemblablement avec le temps (même sans fusion). L'affaire a été réglée au moyen d'un accord par lequel l'acquéreur a vendu à un nouvel entrant un droit perpétuel d'utiliser une partie du réseau de distribution du gaz naturel dans la région de Détroit. La capacité disponible pour le nouvel entrant peut être accrue en fonction de la demande pour les utilisations finales, sous réserve de la concurrence entre les services de distribution de gaz et d'électricité. Le règlement a été établi en fonction des accords de capacité de production, dont la mise en œuvre effective a déjà eu lieu pour les gazoducs inter-États⁹⁸.

À l'opposé, dans une décision concernant une fusion, l'autorité néo-zélandaise de la concurrence (la Commerce Commission) a jugé que le gaz et l'électricité n'étaient pas sur le même marché pour la vente aux consommateurs :

Aucune des données présentées par la Commission ne tranche clairement le problème de la définition du marché. Toutefois, toutes les données convergent pour permettre de conclure que le gaz naturel et les autres combustibles, en particulier l'électricité et, dans une moindre mesure, le charbon, sont en réalité des substituts les uns des autres, aussi bien du point de vue technique que

-
- 94 Voir Bundeskartellamt, affaire B 9 – 147/00 - Lufthansa/Eurowings, décision du 19 septembre 2001 http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion01/B9_147_00.pdf. Le Bundeskartellamt a estimé que les trajets en chemin de fer sont beaucoup plus longs que les trajets en avion. Même lorsque le temps de déplacement en train devient plus court et, en conséquence, plus comparable au temps de déplacement en avion (par exemple dans le cas du service de train rapide Sprinter entre Francfort et Berlin), les fréquences offertes restent insuffisantes, du moins du point de vue des voyageurs d'affaires. De toute façon, les prix des vols intérieurs de la société allemande au moment de la fusion étaient beaucoup plus élevés que ceux de la Deutsche Bahn AG.
- 95 Voir la décision de l'Autorité italienne de la concurrence dans l'affaire Alitalia/Volare Group, juillet 2003 (www.agcm.it).
- 96 Groupe de travail sur le transport aérien des autorités de la concurrence de la Commission européenne, « Mergers and alliances in civil aviation », page 12.
- 97 Affaire COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP, décision rendue par la Commission le 9 décembre 2004.
- 98 OCDE (2003c), page 415. Pour plus d'information sur cette affaire, voir Hilke (2001).

du point de vue commercial – mais ils sont au mieux des substituts imparfaits et ne peuvent être considérés comme étant sur le même marché⁹⁹.

Bien entendu, des questions identiques se posent dans le secteur des services financiers. Les fusions entre les banques et les coopératives de crédit ne sont pas possibles actuellement (les coopératives de crédit doivent être structurées comme des associations coopératives et les banques, comme des sociétés à but lucratif), mais il subsiste encore une importante question sur le point de savoir si les coopératives de crédit devraient être incluses dans la définition du marché pertinent pour les besoins de l'estimation des parts de marché et de la concentration du marché. Dans un document paru récemment, Frank Schmid passe en revue les travaux empiriques menés sur la concurrence entre les banques et les coopératives de crédit et conclut :

Pour l'essentiel, ces études empiriques concluent que les coopératives de crédit jouent effectivement un rôle dans le degré de concentration des marchés locaux des dépôts (Emmons et Schmid 2000), des taux de rémunération des dépôts (Tokle et Tokle 2000, Hannan 2003) et des taux d'intérêt débiteur des banques (Feinberg 2001, 2002 et Feinberg et Rahman 2001) (...). Tokle et Tokle (2000) étudient l'effet de la concurrence des associations d'épargne et de prêt sur le comportement des banques dans l'Idaho et le Montana. Les auteurs utilisent, entre autres, des informations recueillies lors d'un sondage téléphonique réalisé en mai 1998 sur les taux d'intérêt débiteur de plus de 120 banques. Ils constatent que les taux d'intérêt débiteur des banques sont sensibles aux parts du marché local des dépôts des coopératives de crédit et des associations d'épargne et de prêt. Par exemple, une augmentation de 10 % de la part du marché des dépôts des coopératives de crédit entraîne une augmentation de 4.2 points de base des certificats de dépôts de deux ans des banques¹⁰⁰.

En résumé, il apparaît clairement que dans les secteurs mis évidence dans le présent document, les autorités de la concurrence ont traité les questions comme la nature des services de substitution et l'impact de ces services de substitution sur la concurrence. Bien entendu, il n'est pas évident que la mise en œuvre projetée ou effective du droit de la concurrence implique qu'une définition donnée du marché est privilégiée plutôt qu'une autre. Si l'on constate que les services A et B sont situés sur le même marché, cela limite les fusions entre des entreprises qui produisent le service A et des entreprises qui produisent le service B, mais facilite les fusions entre entreprises qui produisent uniquement le service A ou B. Par exemple, le fait de constater que le gaz et l'électricité sont en concurrence sur le même marché pourra inciter un régulateur de la concurrence à bloquer une fusion entre des entreprises de gaz et d'électricité mais rendre plus difficile le blocage de fusions entre des entreprises d'électricité ou entre des entreprises de gaz.

99 New Zealand Commerce Commission, décision n° 475, Genesis Power / Natural Gas Corporation, septembre 2002.

100 Schmid (2004). Emmons, William R., et Frank A. Schmid (2000) « Bank Competition and Concentration: Do Credit Unions Matter? » *Federal Reserve Bank of St. Louis Review* 82(3), 29-42 ; Tokle, Robert J., et Joanne G. Tokle (2000) « The Influence of Credit Union and Savings and Loan Competition on Bank Deposit Rates in Idaho and Montana », *Review of Industrial Organization* 17, 427-439 ; Hannan, Timothy H. (2003) « The Impact of Credit Unions on the Rates Offered for Retail Deposits by Banks and Thrift Institutions », Conseil des gouverneurs du système de la Réserve fédérale, document de travail 2003-6, <http://www.federalreserve.gov/pubs/feds/2003/200306/200306pap.pdf>; Feinberg, Robert M. (2001) « The Competitive Role of Credit Unions in Small Local Financial Services Markets », *Review of Economics and Statistics* 83, 560-563 ; Feinberg, Robert M. (2002) « Credit Unions: Fringe Suppliers or Cournot Competitors », *Review of Industrial Organization* 20, 105-113 ; Feinberg, Robert M., et A.F.M. Ataur Rahman (2001) « A Causality Test of the Relationship between Bank and Credit Union Lending Rates in Local Markets », *Economics Letters* 71, 271-275.

8. Conclusion

Presque tous les services réglementés affrontent une forme de concurrence des services de substitution, en particulier à la marge. Même dans les cas où, au moment de l'instauration du régime de réglementation, les services de substitution sont rares ou inexistant, l'évolution technologique, avec le temps, peut faire apparaître de nouveaux services qui sont des substituts significatifs des services réglementés existants. De fait, les contraintes réglementaires peuvent orienter les efforts d'innovation vers la mise au point de nouvelles techniques pour « contourner » les exigences réglementaires existantes. De même, la libéralisation des échanges permet l'entrée de nouveaux fournisseurs étrangers offrant des services de substitution. Ces substituts sont souvent sujets à des obligations réglementaires légères ou différentes – cela peut donner lieu à une réglementation asymétrique.

La réglementation asymétrique est généralement peu souhaitable pour trois raisons :

1. L'inégalité des charges réglementaires fausse les résultats du marché et réduit son efficacité.
2. Les entreprises ont une incitation à engager des ressources afin de remplir les conditions voulues pour que leur service soit soumis à la charge réglementaire la moins lourde.
3. Les objectifs légitimes de l'action des pouvoirs publics peuvent être mis à mal.

De manière générale, les réglementations asymétriques devraient être éliminées. Les seules différences des réglementations dont le maintien devrait être autorisé sont celles qui sont nécessaires pour refléter les différences de pouvoir de marché, d'externalités ou d'autres défaillances du marché des services sous-jacents eux-mêmes. En général, la suppression de la réglementation asymétrique exige que le régime réglementaire soit réformé afin d'harmoniser les règles du jeu.

L'harmonisation des règles du jeu peut se faire soit en renforçant les exigences réglementaires, soit en les assouplissant. Dans le cas où les contrôles réglementaires sont conçus pour prévenir les conséquences d'une absence de concurrence, l'harmonisation des règles du jeu peut consister à assouplir les exigences réglementaires, du moins en ce qui concerne le groupe de consommateurs les plus susceptibles de changer de fournisseur (en prenant soin de continuer de protéger les consommateurs qui n'ont pas accès à des services de substitution viables).

Dans de nombreux secteurs, la réalisation d'un objectif donné de l'action des pouvoirs publics nécessite la prestation de services non commerciaux. Il arrive souvent que les fonds nécessaires à ces services non commerciaux soient rassemblés au moyen de subventions croisées au sein d'une même entreprise. Dans ce cas, l'harmonisation des règles du jeu exige l'instauration d'un mécanisme de financement auquel, si une seule entreprise doit contribuer, toutes les entreprises contribuent d'une manière neutre au plan concurrentiel.

Cela peut également avoir des implications pour l'organisation des institutions réglementaires. Lorsque deux services étaient auparavant soumis à deux régulateurs différents, l'harmonisation des règles du jeu nécessite non seulement l'application des mêmes règles aux deux mais aussi l'unification des autorités de réglementation qui appliquent ces règles.

Les exemples les plus manifestes des problèmes posés par la réglementation asymétrique se retrouvent dans le secteur des télécommunications. Dans le passé, les régimes de réglementation différencient les services voix et les services donnés et ont imposé des exigences réglementaires plus lourdes aux services voix. Les services « données » – en particulier la téléphonie IP – qui ont récemment fait leur apparition fournissent des substituts proches des services voix classiques, mais demeurent, dans une large mesure, non réglementés. Cela soulève des questions épineuses quant au caractère durable des

régimes existants de facturation de l'interconnexion et des mécanismes existants de financement des obligations de service universel. Il est probable que les services de téléphonie IP nécessiteront l'engagement d'une réforme en profondeur des structures tarifaires des services de télécommunications.

BIBLIOGRAPHIE

- ACA (2004), « Regulatory Issues Associated with Provision of Voice Services Using Internet Protocol in Australia », octobre 2004, http://internet.aca.gov.au/ACAINTER.852416:STANDARD:274549514:pc=PC_8002
- BAI (2000), « Regulating Convergence: Towards a Uniform Framework for Banking, Insurance and Investments », BAI Regulatory Affairs Council, Melanie Fein, http://www.bai.org/pdf/regresearch_toc.pdf
- Bonsor, Norman (1995), « Competition, Regulation, and Efficiency in the Canadian Railway and Highway Industries », chapitre 2 in *Essays in Canadian Surface Transportation*, Filip Palda, dir. publ., Institut Fraser, Canada, <http://oldfraser.lexi.net/publications/books/essays/chapter2.html>.
- Cavicchia, Vincenzo (2004), « Convergence of Gas and Electricity Markets », exposé présenté dans le cadre d'un atelier IEU/IGU, 14 juin 2004 http://www.iea.org/textbase/work/2004/power_generation/Vincenzo%20Cavicchia.pdf
- Chmura Economics and Analytics (2004), « An assessment of the Competitive Environment Between Credit Unions and Banks », mai 2004, <http://www.thomasjeffersoninst.org/pdf/articles/cu-study.pdf>
- FCC (2004), « NPRM In the Matter of IP-Enabled Service », FCC 04-28, mars 2004.
- Felten, Edward (2004), « LAMP and Regulatory Arbitrage », publié sur le site Freedom to Tinker, <http://www.freedom-to-tinker.com/archives/000706.html>
- Frieden, Rob (2000), « Regulatory Opportunism in Telecommunications: The Unlevel Competitive Playing Field », exposé présenté lors de la 28^e conférence annuelle de la TPRC, 23-25 septembre 2000, <http://www.personal.psu.edu/faculty/r/m/rmf5/TPRC2.ppt>
- Frieden, Rob (2004), « Regulatory Arbitrage Strategies and Tactics in Telecommunications », *North Carolina Journal of Law & Technology*, 5 (2), printemps 2004.
- Gómez-Ibáñez, José (2003), *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, Discretion*, Harvard University Press, 2003, pages 57-58.
- Goodhart, Charles A.E., Philipp Hartmann, David Llewellyn, Liliana Rojas-Suárez, et Steven Weisbrod. (1998), *Financial Regulation, Why, how and where now?* London. Routledge, en association avec la Banque d'Angleterre.
- Greenstein, Shane et Tarun Khanna (1997), « What does it mean for industries to converge? », in David Yoffie, dir. publ., *Competing in an Age of Digital Convergence*, Harvard University Press, 201-226.
- Harrison, Rob (1999), « Harmonizing Truck Transportation », présenté lors du cinquième atelier d'information sur les régimes de politiques de l'agriculture et de l'alimentation, mars 1999, Acapulco, Mexique, <http://pdic.tamu.edu/maroon/harrison.pdf>
- Hilke, John (2001), « Convergence Mergers: A New Competitive Settlement Model from Detroit », *Electricity Journal*, 14(8), octobre 2001, pages 13-18.

- INTUG, (2003), « IP Telephony: A discussion paper », http://www.intug.net/views/ip_telephony_discussion.html
- UIT (2001), Forum mondial des politiques des télécommunications, 31 janvier 2001, *Rapport du secrétaire général sur la téléphonie IP*.
- Leo, Evan et Peter Huber (1997), « The Incidental, Accidental Deregulation of Data ... and Everything Else », *Industrial and Corporate Change*, 6(4), 1997.
- Makholm, Jeff (1999), « Gas and Electricity Sector Convergence: Economic Policy Implications », exposé, Semaine de l'énergie, Banque mondiale, 6-8 avril 1999, http://www.worldbank.org/html/fpd/energy/energyweek/makholm_speech.doc
- Katz et Woroch (1997), « Introduction: Convergence, Regulation and Competition », *Industrial and Corporate Change*, 6(4), décembre 1997.
- OCDE (1997), « Diffusion sur le Web et convergence : implications pour l'action des pouvoirs publics », OCDE/GD(97)221, février 1998.
- OCDE (1998), « Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry », DAFFE/CLP(98)20, décembre 1998.
- OCDE (1999), « Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence », DAFFE/CLP(99)1.
- OCDE (2001), « Competition Issues in Road Transport », DAFFE/CLP(2001)10.
- OCDE (2002a), « Competition and Regulation Issues in Telecommunications », DAFFE/COMP(2002)6, février 2002.
- OCDE (2002b), « Supervision of Financial Services in the OECD area », préparé par Stephen Lumpkin, *in* Financial Market Trends, n° 81, avril 2002.
- OCDE (2003a), « The Implications of Convergence for Regulation of Electronic Communications », DSTI/ICCP/TISP(2003)5/FINAL.
- OCDE (2003b), « Obligations de services non commerciaux et leurs libéralisation », DAFFE/COMP/WP2(2003)5/FINAL, 11 avril 2005.
- OCDE (2003c), « Competition Issues in the Electricity Sector », DAFFE/COMP(2003)14, avril 2003.
- OCDE, (2004a), *La tarification de l'accès dans le secteur des télécommunications*, 2004.
- OCDE (2004b), « VoIP: Developments in the Market », octobre 2004.
- Ordovery, Janusz (2000), « Effective Telecommunications Service Competition in Australia and the Need for Regulatory Reform », 26 novembre 2000, <http://www.pc.gov.au/inquiry/telecommunications/subs/sub043.pdf>
- Schmid, Frank (2004), « When for-profits and not-for-profits compete: Theory and empirical evidence from retail banking », 8 novembre 2004, <http://frankschmid.com/nonprofits.pdf>

Toh, Kyung-Hwan (2003), « The Impact of Convergence of the Gas and Electricity Industries: Trends and Policy Implications », document de travail de l'AIE, 2003, <http://www.iea.org/textbase/papers/2003/toh.pdf>

Ministère du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, « A New Future for Communications », 2002, section 3.1.5, http://www.communicationsbill.gov.uk/policy_narrative/550801.html

Weingarten, Michael et Bart Stuck (2005), « Harmonizing Unequal Telecom Regulations », *Business Communications Review*, janvier 2005, pages 16-17.

BRAZIL¹

1. Introduction

Given Brazil's large population and immense territory, the telecommunications sector is strategic from the economic and cultural integration viewpoint. In the Table 1 below, we see some basic data about Brazil.

Table 1: BASIC DATA ABOUT BRAZIL

Brazil	2004
Population *	181.586.030
Total Area *	8511965.00 sq km
PIB R\$ millions	1.769.202
PIB year growth	5,2%
income per capita	R\$ 9.014
PIB per capita (year growth)	3,7%
Fixed Lines in Operation (Millions)	39,2**
Mobile handsets (Millions)	65,61
Pay-TV subscribers (Millions)	3,55**
Internet Users (domestic) (Millions)	20,5**
Broadband accesses (Millions)	2,26

*Source: IBGE.

** 2003

2. Historical Background of the Telecom Industry in Brazil

The Brazilian telecommunications system was largely built or modernized by the military government that arrived into power in 1964. The military were keen in promoting integration of the vast Brazilian territory, and created several government owned telecom companies that hold state or local level service. This way, until the privatization in 1998, the public services of telecommunications were explored by the Telebrás System, composed by:

- Telebrás (holding company);

¹ Paper prepared by Hécio Tokeshi (Secretary of Economic Monitoring) and Marcelo de Matos Ramos (General Coordinator for Communications and Media).

- Embratel (the national long distance carrier, also exploring data and telex communication services);
- Twenty-seven companies of state or city level scope;
- Four independent companies, three of them belonging to city governments and a private one that also operated at city level.

At privatisation, in 1998, the Telebrás System owned about 19 million installed lines. Its stock control belonged to Federal Union, with little more than 50% of the ordinary shares and less than 22% of the total capital.

The Brazilian privatization model created concessions companies and authorized companies. In the fixed telephony, 3 great regions were established: The Region I embodies some Southeast states, the whole Northeast and most of the North, and is explored in concession regime by Telemar (the only totally national big size company, without a foreign strategic partner). The Region II embodies Center-west states and the Southern ones, and is explored by Brazil Telecom, a consortium of private investors including pension funds, having as strategic partner Telecom Italy. The Region III comprehends only São Paulo's State, and is explored by Telefônica, a Spanish telephony company. Finally, the Region IV embodies the whole country, and is explored by Embratel, today belonging to the Mexican group Telmex. Initially, it was responsible for the long distance markets and data communications. All these companies can, starting from 2003, compete in all regions.

Besides these companies, there are the authorized, called “mirrors” companies. From these, the biggest one is GVT, with Vésper (that belongs to Embratel) as the second major mirror company. Finally, Intelig was created as a mirror company in the long distance market (although all firms can compete in this market by now). The mirrors can service the residential market, although, for strategic reasons, have preferred to compete more strongly with the concessions in the corporate market. Also, these companies already can compete as well with Embratel in the Region IV, that is, in the long distance service all over Brazil. The regions are shown in Figure 1 below.

Figure 1 – Main regions (Fixed Line)

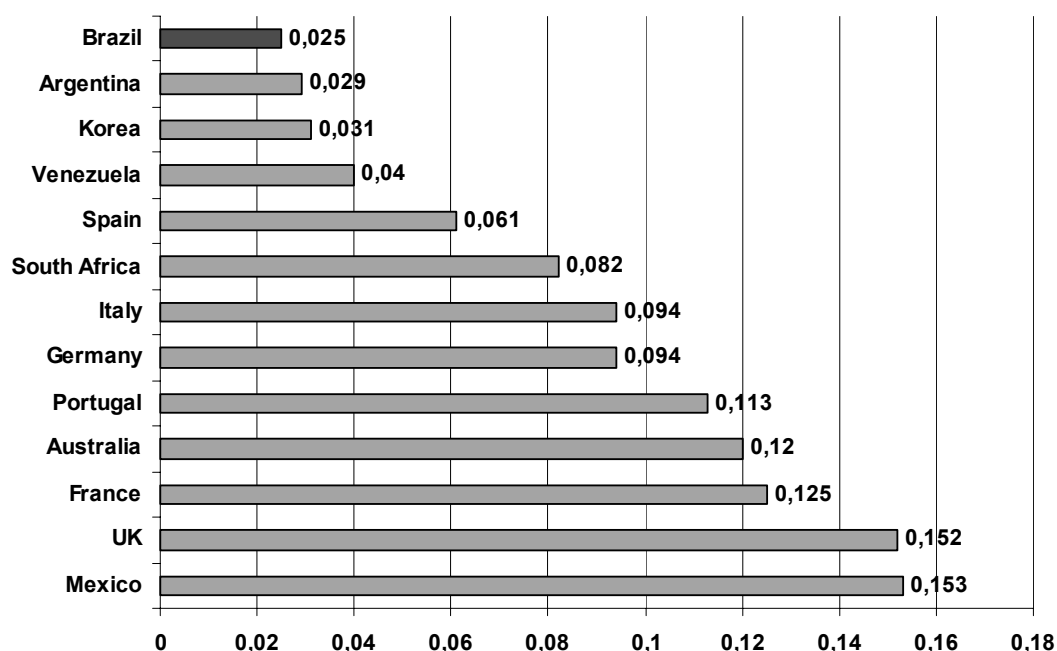


As for the mobile telephony market, the country was divided into eleven regions. Today, however, there are practically four great players that act all over the country: Claro (Telmex), Vivo (Telephonic and Portugal Telecom), Oi (Telemar) and TIM (Telecom Italy)².

The Brazilian regulatory model is successful for any measure, and there is no doubt that one characteristic of the Brazilian system _ the establishment of asymmetric regulatory rules _ was behind this success. By these rules, incumbents have a more stringent set of obligations, with universalization continuity and quality of service targets as well as price-cap rules for pricing.

The success of Brazilian regulatory model can be attested by some indicators. Figure 2 below shows how Brazilian fixed telephony local calls tariffs compare to other countries³:

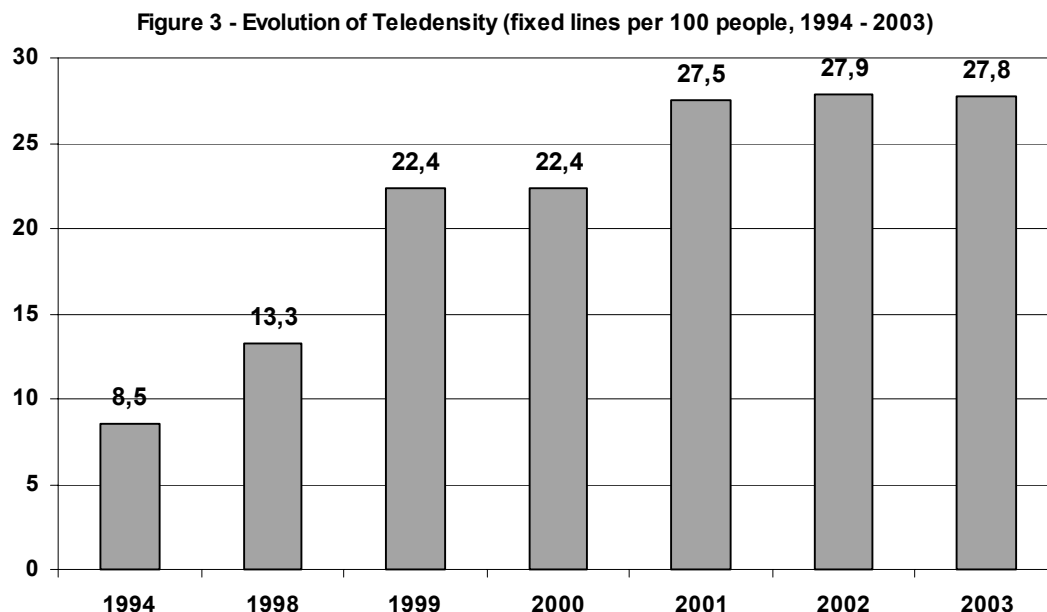
Figure 2 - Cost of a 3 minute call (US dollars, 2002)



² A fifth player, Brazil Telecom Celular, has been bought by TIM.

³ Source: ANATEL

Figure 3 shows the evolution of teledensity in Brazil⁴:



The LGT (Brazilian telecommunications law), that was approved in 1997:

- Defines main principles to rule telecommunications services;
- Establishes the regulatory body (Telecommunications Agency - ANATEL);
- Establishes the general organisation of telecom services.

MINICOM, the Ministry of Communications, was replaced by ANATEL as the regulator, before Brazil concluded its large-scale privatization at the end of 1999. Anatel is a "special autarchy", what means it has administrative independence, financial autonomy, with no subordination relationship to other branches of Brazilian government - only the Judiciary can contest its decisions. Anatel's top officials have stability and a fixed-term mandate. Anatel inherited many attributions from the MINICOM, including regulatory and concessionary powers, and plays a role in fiscalization also.

LGT assures a role for ANATEL in antitrust matters. ANATEL is in charge of the initial assessment of the effects of mergers, and must make a report about any merger in the telecom sector to CADE, the Brazilian administrative tribunal for competition issues (art. 7 of LGT). As well, ANATEL makes recommendations to CADE in the analysis of anticompetitive behaviour (art. 19). Finally, ANATEL can also preemptively impose restrictions for regulatory reasons (art. 71).

ANATEL is governed by a body of five counsellors, who have five year terms. They must be appointed by the President and approved by the Senate. A counsellor can only loose the office by heavy offense to the law, as in corruption cases and like, or by resigning. Decisory autonomy is assured by the absence of hierarquichal relationship to the Minister of Telecommunications (art 19 LGT). The agency also has an autonomous budgeting process, but it's main resources come from the Fundo de Fiscalização dos Serviços de Telecomunicações – Fistel (a fund derived from levies and taxes due to fiscalization services).

3. Substitution of traditional switching fixed lines by VoIP

The introduction of broadband access started a process of adoption of Internet Telephony (also known as voice over Internet Protocol – VoIP⁵) by corporate and domestic users. While this was already possible with dial-up access, broadband access made it more visible; later, the improvement of the technology allowed even dial-up users to start using VoIP more often. In this paper we try to characterize some aspects of this process.

What is the regulated service(s) and what are the substitute service(s)? Are the substitute services only a partial substitute? Or only a substitute for a certain class of end-users? Please explain.

In Brazil, the fixed telephony service is subjected to control by ANATEL. It's provided under a special license for the service called STFC (switched fixed telephony service, the same as the English current acronym PSTN). This service is being partially substituted by VoIP. VoIP telephony can happen in one of these modes:

- Computer to Computer;
- Computer to Phone;
- Phone to Phone

When VoIP happens between two users that have computers, it's free (the user's don't pay an additional price other than that of the internet access service itself). If only one, or neither, of the users have internet access, there is the need to pay a fee to the IP telephony service⁶. At present rates, only international calls are worth trying in this last case. People with dial-up internet access will only find it advantageous to use IP telephony at some hours of the day when legislation commands that PSTN providers only asks for a very modest fee _ in this cases, the user only pays for the first minute or pulse for the entire conversation.

This of course puts some limits at the actual use of IP telephony. Table 2 below shows the amount of people in Brazil with broadband access:

Table 2: Total Broadband Conexions in Brazil (in thousands)

	2002	2003	2004
ADSL	530	1.000	1.883
Other	164	199	373
Total	694	1.199	2.256

Sources: Anatel, Teleco site

Albeit still small, this market is growing very fast and should reach all of its potential market (the top consumer classes A and B) in a few years. For the occasional dial-up user, we must have another estimate, showed in the Table 3 below:

5 VoIP is generally defined as any IP-enabled services offering real-time, multidirectional voice functionality, including, but not limited to, services that mimic traditional telephony.

6 Besides international operators like Skype and Net2Phone, there are many firms providing VoIP in Brazil.

Table 3: % of homes that are potential VoIP users (2003)

Minimum wages	Total	10 or less	10 to 20	over 20
Microcomputer with internet access ⁷	11,4	5,1	46,0	71,4
Microcomputer	15,3	8,2	56,3	78,3
Fixed phone line	50,8	44,9	90,9	96,2

Sources: Anatel, Teleco site

It's not very realistic to imagine that all the homes with a microcomputer and a fixed phone line can afford internet access, but it still puts an upper limit of 15,3 % of all Brazilian houses that could use VoIP.

Besides, although we don't have a firm estimate, there is evidence that VoIP is making large inroads in the corporate market as well.

What is the purpose or the objectives of the regulation on the regulated services?

The purpose of the regulation of the fixed telephony service, in broad terms, as stated at the General Telecommunications Law is:

- "Provide access to telecommunication services, at reasonable tariffs and prices, and under adequate conditions to the entire population;
- Stimulate the expansion of telecommunication network and service utilization for services of public interest in order to benefit the Brazilian population.
- Adopt measures that foster competition and diversity of services, that increase the supply and that provide standards of quality compatible with user requirements;
- Strengthen the regulatory role of the State;
- Create investment opportunities and stimulate technological and industrial development, under a competitive scenario;
- Provide conditions so that the industry development is in consonance with the social development goals of the country.⁸

Which of the objectives of the regulation (if any) are enhanced or promoted by the presence of substitute services?

VoIP is generally considered a good alternative to the traditional switched-line telephone service. The transmission of packets is inherently more efficient than the dedicated-circuit approach of traditional telephony; and as the technical difficulties are being overcome by the pace of the technological innovations in this service, even the quality problems that plagued the first versions of VoIP are disappearing.

7 Mostly dial-up access.

8 Article 2 of LGT.

So VoIP brings the possibility of increasing competition and smaller prices, maybe at still better quality levels than traditional telephony.

Conversely, which of the objectives of the regulation (if any) are undermined by the presence of substitute services?

A very fast rate of adoption of VoIP could undermine one of the goals of regulation, that of assuring the economic equilibrium of incumbents. It's a necessary goal because a large stake of the universal service obligations fall over the shoulders of incumbents, and they would be no longer able to comply if their financial equations were moved away from equilibrium. In fact, it could happen even if VoIP operators adopted a cream-skimming strategy.

Has the regulatory regime been modified in some way (or are there calls for future changes to the regulatory regime) to take account of competition from substitute services? What was the nature of these changes in the regulatory regime? For example, were there policy actions to:

Enhance or promote competition from the substitute services?

ANATEL's philosophy is to regulate only the telecommunications services rather than the specific technology meant to implement them. By now, ANATEL position is that VoIP are only a way to provide telecommunications services. Nevertheless, there is not, at this moment, a specific regulation for VoIP services in Brazil. In maintaining its present viewpoint, ANATEL will be going against what seems to be an emerging consensus in VoIP regulation, after the ruling by FCC considering VoIP an internet service rather than a telecom service.

To operate VoIP, a operator must have a SCM licence (SCM stands for Multimedia Communications Service). This license allows for providing "transmission, emission and reception of multimedia information through any means" (Art. 3° of the SCM regulation) but also that "SCM don't allows for the offering of any service with the characteristics of the Switched Fixed Telephony Service to public use, specially the routing of traffic that originates or finish in the PSTN network" (Art. 66 of the SCM regulation). This means that although one can use VoIP to communicate between computers or a computer and a telephone, one can't use VoIP to communicate between two normal telephones.

Prevent competition from substitute services?

Although the substitute service VoIP is not prohibited, the net effect of the subsuming VoIP into SCM regulation is blocking VoIP providers to allow for communications between two PSTN telephones. In fact, this protects PSTN operators from lose part of their business, and probably is done with the issue of guaranting universal service in mind, and sacrifices competition in name of the greater good of universalisation.

Ensure a "level playing field" between the regulated services and the substitute services? For example, were regulatory obligations on the regulated services extended to the substitute services? Or were existing regulatory obligations on the regulated services lifted?

At this moment, the VoIP operators doing business under a SCM licence don't need to obey to the requisites of PSTN, as those concerning numbering, interconnexion, quality of service, universal service and the like.

Has the presence of substitutes affected specific aspects of the way services are regulated – for example, has the presence of substitutes affected the way that the regulated services are priced ?

By now, competition from VoIP does not seem to have any serious effects over the STFC competitors. The incumbents are still largely monopolists at their concessions areas, in the local service. The corporate market is somewhat more competitive and the STFC players are used to offer attractive contracts to corporate clients; due to scale and scope, maybe they are still capable of blocking competition from VoIP providers. There is anecdotal evidence, nevertheless, that the long distance and mainly international calling operations of the incumbents must be losing business to VoIP providers.

Overall, can you summarise how the regulatory regime was changed or adapted in response to the presence of substitute services? Did these changes foster or inhibit competition?

Has the presence of substitute services led to a move to reorganise or consolidate regulatory frameworks or regulatory institutions?

We think that the emergence of VoIP has not changed the regulatory framework so far, but could have this effect in the near future. One of the key factors influencing this is the possibility that the obligations of universal service could change from its present emphasis in traditional telephony and migrates to internet access, since one of the political goals of the present administration is to overcome the digital divide.

Has the presence of substitute services raised issues and concerns for competition law enforcement? Have you sought to prevent mergers between the regulated and the substitute services?

In 2001, two US based companies named Net2phone, active in the voice over IP business, and Latin Investments, L.L.C., a non operational company, acquired a small company named Alonet, active in the voice over IP business in Brazil. Although both companies were featured in the general voice over IP business, Seae did observe neither significant vertical nor horizontal market concentration between the parties.

On the one hand, considering the horizontal analysis, Net2phone, the buyer, was not physically established in Brazil, to where it sold phone services directly to users through the internet, using its website hosted in the US and special software that could be downloaded to a client's computer. On the other hand, Alonet, the acquired company, was present in a number of Brazilian cities where it connected fixed telephone line users (from public phone networks) in each edge of a call using the internet as the long distance transport network. To complete the calls, Alonet owned and managed computer gateways in many cities throughout Brazil.

Regarding vertical integration, although AT&T, which shared the ownership of Net2Phone, was a player in the Brazilian private phone network and internet provision business by the time of the operation, Seae did not collect any evidence of market foreclosure, for clients were free to contract other companies for those services.

As a result, Seae recommended CADE, from the standpoint of competition, the approval of the submitted case, concluding that the merger was not likely to bring a dominant position to the parties, nor hinder competition in any of the product and geographic markets defined. The case is still being analysed by CADE.

Has the provider of the regulated services sought to use its position in order to restrict the entry of substitute services (For example, has the regulated incumbent sought to deny access to essential facilities, or to use below-cost pricing to drive out competitors in the substitute services?)

In the end of 2004, there were rumours that some incumbent operators of the PSTN have been blocking access to the routers of a VoIP provider, Skype⁹. At least one mirror operator that has introduced VoIP service has publicized¹⁰ its concerns about this issue, also, fearing that the incumbents could start to block access to VoIP routers. To our knowledge, no formal procedure has been issued to ANATEL on these matters, neither have the regulator taken measures to curb these conducts (if any) to this day.

9 <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u17342.shtml>

10 <http://www.telecomweb.com.br/noticias/artigo.asp?id=77289>

EUROPEAN COMMISSION

The European Commission Competition Directorate General has chosen as examples for this paper the following sectors: electronic communications services, postal services and rail transport. In the following, each of these sectors is discussed separately in light of the questions put forward for this roundtable.

1. Electronic communications services

1.1 *What is the regulated service(s) and what are the substitute service(s)?*

The EU Regulatory framework – and in particular Directive 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services¹ (hereinafter “the Framework Directive”) explicitly requires Member States to regulate markets in this sector, defined in accordance with the principles of competition law. For this purpose, the Commission published ‘Guidelines for market analysis and the assessment of market power’² (hereinafter, “the Guidelines”), setting out among others the principles to be followed to assess possible substitution of services. The guidelines remind that (Nr 44)

“According to settled case-law, the relevant product/service market comprises all those products or services that are sufficiently interchangeable or substitutable, not only in terms of their objective characteristics, by virtue of which they are particularly suitable for satisfying the constant needs of consumers, their prices or their intended use, but also in terms of the conditions of competition and/or the structure of supply and demand on the market in question. Products or services which are only to a small, or relative degree interchangeable with each other do not form part of the same market. NRAs [national regulatory authorities] should thus commence the exercise of defining the relevant product or service market by grouping together products or services that are used by consumers for the same purposes (end use).”

Consequently, in the electronic communications sector, markets are defined on the basis of the substitutability between various products or services.

On 20 October 2004, the Commission for example requested the Austrian Telecommunications Regulatory Authority (TKK) to withdraw its draft regulatory measure concerning the market for transit services in the fixed public telephone network in Austria because the Commission considered that this market was too widely defined. TKK had considered that direct interconnection between new entrants was interchangeable with the transit services provided by the incumbent operator Telekom Austria (TA). The Commission considered however that TKK did not provide sufficient evidence showing that network operators purchasing transit services from the incumbent could promptly shift to direct interconnection in response to price changes. In contrast, TKK found in its market analysis, that direct interconnection requires network roll-out associated with high investments as well as substantial planning and time. As far as supply-side substitutability is concerned, the Commission expressed the view that TKK should have ascertained whether a network operator that ceased to purchase transit services because of direct interconnection would actually use its productive assets, i.e. the newly-created capacity, to offer (relevant)

1 OJ L 108, 24.4.2002, p.33.

2 OJ C 165, 11.7.2002, p.6.

transit services to third parties. The Commission stated in its veto decision that a merely hypothetical supply-side substitution cannot be sufficient for the purposes of market definition.

The question of substitutability between regulated services and emerging substitutes arises also with regard to voice call services over the PSTN network and VoIP services. Pursuant to the Commission's Recommendation of 11 February 2003³, it is currently foreseen that call services over the PSTN network must be regulated *ex ante* if the incumbent is still dominant for the provision of these services. The Commission is currently debating and examining with national regulators whether, in particular in countries where VoIP is being successfully offered on the market including by incumbent operators, these VoIP services must be included in the markets for fixed calls (markets 3 to 6 in the Recommendation). From the Commission's perspective, this must be assessed on a country-by-country basis taking into account *inter alia*:

- The degree of broadband penetration in a particular country;
- The regulation of VoIP services in a particular country (which type of numbers are used for VoIP services, do VoIP service allow consumers to reach emergency numbers, etc);
- The product features of the concrete VoIP products in a particular country (are VoIP products designed as substitutes to PSTN calls, as value added services with additional features such as instant messaging, as part of bundled triple play services including broadband internet access, voice calls and television in a single package, etc);
- The pricing of VoIP products in a particular country and the relationship between VoIP prices and PSTN call prices.

In essence, the relevant criterion is whether there is demand-side and supply-side substitution between VoIP calls and PSTN calls in a particular country and whether the prices of PSTN calls are constrained by the prices of VoIP calls.

Even if VoIP calls are part of the relevant markets in certain countries, this does however not necessarily mean that VoIP calls should be regulated in the same manner as PSTN calls. On the one hand, price caps (which are sometimes imposed for PSTN-calls) may not be relevant for VoIP calls as the problem with the pricing of VoIP calls would rather come from prices which are too low. The Commission is carefully considering this issue, keeping in mind that the take off of a new technology which could be beneficial to competition and end users should not be frustrated by overregulation.

1.2 *What is the purpose or the objectives of the regulation on the regulated services?*

The objectives of the regulation by national regulatory authorities (NRA) of electronic communications services are according to Article 8 of the Framework Directive the following:

- to promote competition in the provision of electronic communications networks, electronic communications services and associated facilities and services by *inter alia*:

3 Commission Recommendation 2003/311/EC of 11 February 2003 on relevant product and service market within the electronic communications sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services, OJ L 114, 8.5.2003, p. 45.

- Ensuring that users, including disabled users, derive maximum benefit in terms of choice, price, and quality;
 - Ensuring that there is no distortion or restriction of competition in the electronic communications sector;
 - Encouraging efficient investment in infrastructure, and promoting innovation; and
 - Encouraging efficient use and ensuring the effective management of radio frequencies and numbering resources.
- to contribute to the development of the internal market by inter alia:
 - Removing remaining obstacles to the provision of electronic communications networks, associated facilities and services and electronic communications services at European level;
 - Encouraging the establishment and development of trans-European networks and the interoperability of pan-European services, and end-to-end connectivity;
 - Ensuring that, in similar circumstances, there is no discrimination in the treatment of undertakings providing electronic communications networks and services;
 - Cooperating with each other and with the Commission in a transparent manner to ensure the development of consistent regulatory practice and the consistent application of this Directive and the Specific Directives.
 - to promote the interests of the citizens of the European Union by inter alia:
 - Ensuring all citizens have access to a universal service specified in Directive 2002/22/EC (Universal Service Directive);
 - Ensuring a high level of protection for consumers in their dealings with suppliers, in particular by ensuring the availability of simple and inexpensive dispute resolution procedures carried out by a body that is independent of the parties involved;
 - contributing to ensuring a high level of protection of personal data and privacy;
 - Promoting the provision of clear information, in particular requiring transparency of tariffs and conditions for using publicly available electronic communications services;
 - Addressing the needs of specific social groups, in particular disabled users; and
 - Ensuring that the integrity and security of public communications networks are maintained.

1.3 *Has the regulatory regime been modified in some way (or are there calls for future changes to the regulatory regime) to take account of competition from substitute services? What was the nature of these changes in the regulatory regime?*

As regards electronic communications services, the issue arose in particular regarding wholesale broadband access services (traditionally referred to as bitstream services)⁴. When the Commission adopted on 13 February 2003 its recommendation *on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services* the wholesale broadband access market was limited to access to the data networks of the voice telephony operators on which they provide DSL services. In its recommendation the Commission has nonetheless defined the market in a way allowing NRAs to take account of alternative supply – and in particular access to the CATV networks - when and if they offer facilities equivalent to bitstream services.

When reviewing notifications by NRAs the Commission has examined in detail assessments by NRAs on such possible substitutability. For example, when reviewing the market analysis by Ofcom of the wholesale broadband access market the Commission noted that Ofcom considered that given the indirect pricing constraint on DSL-based services exercised by cable-based services at the retail level, the wholesale market for wholesale broadband access would include DSL-based and cable-based wholesale access services. In its comments letter of 5 February 2004, the Commission commented that by including cable-based wholesale broadband access services in the relevant market Ofcom should have given greater consideration to the technical, practical and economic feasibility for cable operators to offer facilities equivalent to bit-stream access. The Commission stated that it would thus have been appropriate to provide evidence of a potential direct constraint and not merely refer to the indirect pricing constraint based on the assumptions of substitutability at retail level.

In its comments letter of 25 August 2004 concerning the Irish NRA's (ComReg) analysis of the wholesale broadband access market, the Commission indicated that for the definition of the relevant market, demand side substitution represents the most immediate and effective disciplinary force on the suppliers of a given product, in particular in relation to their pricing decisions. Basically, the exercise of market definition consists in identifying the effective alternative sources of supply for the customers of the undertakings involved. The Commission noted that ComReg explicitly excluded any potential direct constraint exercised at the wholesale level by providers of cable-based broadband access. The Commission pointed out that any indirect pricing constraint derived from substitutability at the retail level could have been taken into account in the assessment of market power, but that in absence of evidence on substitutability between the wholesale products, cable-based access should not be included in the wholesale broadband access market.

In neither of these cases, the market assessments had a direct consequence on the applicable regulatory regime.

A case where possible substitution had an incidence on the regulatory regime at the wholesale level was the Finnish market for the provision of wholesale access and call origination to the public mobile telephone networks. On 5 October 2004 the Commission vetoed the assessment by the Finnish NRA that finding that Sonera Mobile Networks (TeliaSonera) had significant market power (SMP) – i.e. was dominant - in that market.

4 For the purpose of this Recommendation bitstream is a service which depends in part on the PSTN and may include other networks such as the ATM network.

Taking into account the substitutability between the wholesale service of TeliaSonera and possible similar wholesale services by competing Mobile Network Operators (MNOs) - Elisa and Finnet – the Commission did not find the finding of dominance sufficiently substantiated. It considered that the competitors had lower capacity utilisation ratios than TeliaSonera and should therefore be able to conclude Service Providers (SP)/Mobile Virtual Network Operators (MVNO) agreements and take more traffic on their networks. Elisa and Finnet could improve their capacity utilisation by allowing SPs onto their networks and have does strong incentives to attract SPs by offering attractive wholesale conditions.

As a consequence no regulatory obligations were imposed on TeliaSonera to provide wholesale access.

1.4 *Has the presence of substitute services led to a move to reorganise or consolidate regulatory frameworks or regulatory institutions?*

The legislative package for the electronic communication sector adopted by the Parliament and Council in 2002 aims to establish a harmonised regulatory framework for networks and services across the EU and seeks to respond to convergence trends by covering all electronic communications networks and services within its scope. The term “electronic communications” has been chosen since the EU regulatory framework now covers both the traditional telephone and the broadcasting networks and services.

1.5 *Has the presence of substitute services raised issues and concerns for competition law enforcement? Have you sought to prevent mergers between the regulated and the substitute services?*

In its decision of 13 October 1999 on the concentration of Telia/Telenor⁵, the Commission did not raise objections to the concentration because the parties had among others made commitments to divest their cable-TV assets. The Commission considered that the buyer(s) of the parties' Swedish and Norwegian cable-TV businesses will become significant competitors to the merged company⁶. The merger however failed eventually for political reasons.

2. Postal services

2.1 *What is the regulated service(s) and what are the substitute service(s)?*

As regards the postal markets, the Commission has intervened since 1988 in order to avoid that the postal monopoly would be extended to new, distinct services than the traditional letter mail. On 20 December 1989 it addressed decision 90/16/EEC to the Dutch Government requesting it to end the monopoly granted to the State controlled Postal operator for express courier services billed weighting less than 500 gram and invoiced less than 11 Dfl. The Commission argued that express courier services in addition to providing a faster and safer mail delivery service compared with the basic service, express couriers also provided some or all of the following services depending on their individual sales policy: home collection of packages, delivery to the addressee in person, possibility of changing destination or addressee in transit acknowledgement of receipt given to sender, keeping track of packages, individual attention given to customers and 'à la carte' service offer. A similar decision was addressed to Spain.

On 21 December 2000, the Commission addressed a decision to Italy requiring it to exclude explicitly the provision of certain new postal services with a guaranteed day- or time-certain delivery from the scope of the monopoly of Poste Italiane.

5 Case IV/M.1439

6 Paragraph 387 of the decision.

2.2 *What is the purpose or the objectives of the regulation on the regulated services?*

Under Article 22 of the 1997 Postal Directive, the regulators in the postal sector, shall have as a particular task ensuring compliance with the obligations arising from this Directive (i.e. to ensure the provision of the universal postal service), but they may also be charged with ensuring compliance with competition rules in the postal sector.

3. Rail transport

3.1 *What is the regulated service(s) and what are the substitute service(s)?*

As far as rail transport is concerned, the European Commission and the Court of First Instance have found that substitutes to trains exist to a certain extent. Two types of transports must be distinguished: transport for passengers on the one hand and transport for goods on the other hand. The substitutability between rail and other transport modes also varies from one route to another.

3.2 *Rail transports for passengers*

3.2.1 *Antitrust cases*

Having regard to transport for passengers, in its decision Night Services 94/663/CE⁷, the Commission defined two different markets where it found that air transport was a substitute to rail transport on certain routes.

In this case, the Commission found that the services offered by European Night Service were aimed at two different categories of customers: those who travel in the course of their business and those who travel for leisure purposes. As a consequence, it analysed the substitutability between rail and other transport modes for these two categories of passengers. In particular, it held that the business travellers

“Seek a rapid form of transport offering a high level of comfort, and with frequencies and timetables suited to business constraints. The price is not a decisive factor in the choice. Those on leisure trips, who bear their own costs, attach greater importance to the price. Speed, comfort and frequency are not decisive factors.

This distinction in behaviour has been pointed out elsewhere, notably by the Institute of Air Transport in its study of rail/air complementarity in Europe.

In the same study the Institute also concluded that high-speed trains and air transport are in competition mainly over distances between 350 and 1 000 km.

In this case, therefore, there are two service markets.

One is the market for the transport of business travellers, for whom scheduled air travel and high-speed rail travel are interchangeable modes of transport.

The overnight trains to be operated by ENS will also be a possible substitute, because of their level comfort and their timetables, which are especially suited to business trips.

7 Commission decision of 21 September 1994 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (IV/34.600 - Night Services) (§§ 20-27)

On the other hand there is the market in the transport of leisure travellers, for whom substitute services may well include economy-class air travel, train, coach and possibly private motor car.”

This analysis has later been confirmed by the Court of First Instance and the Commission in two other decisions⁸

In the most recent case concerning rail transport, the GVG/FS case⁹, the Commission had the same rationale, but it concluded that for the route concerned (i.e German cities to Milan via Basle) car, coach and air transport do not constitute substitutes to rail transport. Thus, the Commission held that

“In transport, under certain conditions passengers may consider air travel, high-speed rail travel, coach and car travel to be interchangeable modes of transport. This depends on the concrete characteristics of the service, for instance the travelling time. In this particular case, other transport modes such as car, coach or air transport, do not offer an alternative from the customer’s point of view for the planned rail transport service.”

The reasons justifying the non substitutability between rail and other transport modes in this case are mainly the travelling time and the quality of transport.

3.2.2 *Merger cases*

As far as merger cases are concerned, the Commission found that other transport modes could be substitutes for rail transport on certain geographical markets but not on all of them.

Thus, in Govia/ Connex South Central¹⁰, the Commission found that in the franchise area in question, “*other modes of transport, such as buses and cars, are not substitutes for rail*” and as a consequence concluded that the relevant product market “*may be defined as the supply of public passenger services by rail.*”

More recently, in Serco/Nedrailways/Northern rail¹¹, the parties considered that “heavy rail, light rail and metro services are likely to be substitutable for each other, as they share the same physical characteristics, being operated on railway lines.” However, the exact market definition was left open in this case, since even all possible market definitions considered, no competition concerns would arise.

In an older case¹², the Commission had also considered that in some cases and on some routes, some transport modes competed with each other, in particular there is competition between subway, coach and bus (“*dans certains cas et pour certains trajets, les franchisés doivent faire face à la concurrence des autres types de services de transport publics de passagers, notamment, au cas présent, le métropolitain, les cars ou les bus publics*”). However, in this case, the relevant product market was defined as the market for the supply of public passenger services by rail.

8 Commission decision of 13 December 1994, Eurotunnel, OJ L 354 of 31/12/1994 p. 66-74; Court of First Instance, 15 September 1998, European Night Services, case T-374/94, Rec. 1998 p. II-03141

9 Commission decision of 27 August 2003, GVG/FS, OJ L 011, 16/01/2004 p. 17-40 (§§ 59-67)

10 COMP/M.2446, 20/07/2001

11 COMP/M.3554, 16/09/2004

12 COMP/M.816 – CGEA/South Eastern Train Company Limited, 07/10/1996

3.3 *Rail transport of goods*

As far as the freight transport is concerned, it is unclear whether rail transport can be substituted by other modes.

3.3.1 *Antitrust cases*

In two decisions¹³, the Commission indicated that on the route “UK-Continent”, three types of transports for goods could be operated. Thus, it held that

“The undertakings which will provide transport services between the United Kingdom and the Continent will be operating on several markets which have different characteristics and where competition between modes of transport functions in different ways. The following markets in particular can be identified.

There is the market in the transport of goods travelling in the same vehicle, container or swap body, the goods remaining unloaded throughout the operation.

Following the opening of the Channel Tunnel this can be done:

- By lorry, using the railway services and shuttles operated by Eurotunnel,
- By lorry, using sea transport services, and
- By international train between a terminal in the United Kingdom and a terminal on the Continent.

The transport of passengers travelling in the course of their business and the transport of passengers travelling for leisure purposes are two separate markets, because of the nature of the services they are looking for and the nature of competition between modes of transport.”¹⁴

It is not completely clear from the above whether railway services by Eurotunnel, sea transport services and international trains are substitutable or belong to different markets.

3.3.2 *Merger cases*

As far as merger cases are concerned, two cases are relevant regarding the question of substitutable services. Thus in the Deutsche Bahn/Stinnes case¹⁵, the Commission stated that taking into account the geographical situation of the clients and the characteristics of certain goods, it is not possible to consider that all modes of transport are generally substitutable, this in particular because of the geographic situation of clients, but also of product-specific qualities. However, the exact market definition was left open, since on the basis of all possible market definitions no competition concerns would arise.

In the case SNCF/ Trenitalia/ AFA¹⁶, the Commission referring to the Deutsche Bahn/Stinnes case, held that the relevant market was the market for the terrestrial transport of goods, which includes

13 Commission decision of 27 July 1994, ACI, OJ L 224, 30/08/1994 p. 28-34 (§§ 9-11) and Commission decision of 13 December 1994, Eurotunnel, OJ L 354, 31/12/1994 p. 66-74

14 Commission decision of 13 December 1994, Eurotunnel, OJ L 354, 31/12/1994 p. 66-74 (§§ 51-67)

15 COMP/M.2905, 17/09/2002

16 COMP/M.3150, 04/08/2003

every type of transport mode. In this case, the relevant geographic market was the route Lyon-Turin, where the transport by road, rail, combined transport and Alpine railway were substitutes.

3.4 *What is the purpose or the objectives of the regulation on the regulated services?*

The regulatory objectives set out in the White Paper “*European Transport Policy for 2010: Time to decide*” of 2001 place the revitalisation of the rail sector at the heart of the sustainable mobility strategy, given the steep decline of the railway sector in relation to air and road transport. To this end, they seek to improve the attractiveness and competitiveness of railways as a more environmentally friendly mode of transport. In this context, the EU has adopted or is about to adopt a series of legislative measures.

The “first railway package” of 2001 (Directives 2001/12/EC, 2001/13/EC and 2001/14/EC) has the objective to open up international rail freight services to competition, by giving rail undertakings in the freight sector fair and non-discriminatory access to the infrastructure, by completing the internal market and giving all railway undertakings the possibility to provide services in the EU. Since integration of rail services also requires convergence of technical specifications to ensure the interoperability of rolling stock and equipment, Directive 2001/16/EC set an initial series of specifications to ensure interoperability.

The Second Railway Package, adopted 2004 extended the opening up of the market to the national freight markets and developed the concepts of safety and interoperability further.

The Third Railway Package which is under discussion at the moment follows the same overall objective to make railways more attractive and create an internal market for railways. It seeks to extend the opening up of the market to international rail passenger traffic, creates a common approach to driver training, and wants to introduce minimum rights to facilitate passenger transactions.

As explained, one of the most important reasons for EU railway regulation was to improve the competitive situation of rail in relation to other transport modes which can be considered as “substitute services” in the sense of the questions of the OECD (although there is no substitutability in the sense of competition law, as explained under a)). To improve the quality and reliability of railway services is necessary in order to improve this competitive situation, which is also desirable for reasons of environmental sustainability.

3.5 *Has the regulatory regime been modified in some way (or are there calls for future changes to the regulatory regime) to take account of competition from substitute services? What was the nature of these changes in the regulatory regime?*

This does not seem to apply to EU regulation of the railway sector. The principal objectives of the regulation are closely related to the existence of other transport modes; however changes to existing or new legislative/regulatory measures did not occur because of pressure of these other transport modes, but as a development of the original objectives.

3.5.1 *Were there policy actions to enhance or promote competition from the substitute services?*

Not applicable to the railway sector, since the main objective was to make rail more attractive in relation to these other transport modes.

3.5.2 *Were there policy actions to prevent competition from substitute services?*

It would not be in accordance with basic objectives of the EU, such as the creation of an internal market, to prevent competition by road or air transport by regulatory measures. However, one tries to

compensate competitive advantages of other transport modes, (e.g. the fact that road infrastructure is financed by the state) by the introduction of road taxes (see the “Eurovignette” proposal).

3.5.3 *Were there policy actions to ensure a “level playing field” between the regulated services and the substitute services?*

Not applicable to the rail sector, because the different transport modes are too different to be able to extend regulatory obligations in the rail sector to these other modes. For instance, regulatory obligations on the railway infrastructure managers (regarding infrastructure charges, access regimes etc.) are not extendable to air transport since conditions are fundamentally different. In particular the infrastructure which is used is a different one. For these other transport modes there are different regulatory measures in order to guarantee safety, equality of access and other important objectives.

3.5.4 *Has the presence of substitutes affected specific aspects of the way services are regulated – for example, has the presence of substitutes affected the way that the regulated services are priced?*

Infrastructure charging does not seem to be directly influenced, at least as far as pricing is concerned, by alternative transport modes. However, Directive 2001/14/EC mentions as one of the objectives of the regulation of infrastructure management (apart from intra-modal objectives such as to encourage optimal use of the infrastructure which will lead to a reduction in the cost of transport), that appropriate capacity-allocation schemes for rail infrastructure coupled with competitive operators will result in a better balance of transport between modes. It is also specifically mentioned in this directive that, in order to achieve fair intermodal competition between road and rail, appropriate account needs to be taken of different external effects. To this purpose, Article 10 of the same directive foresees that Member States may put in place a time-limited compensation scheme for the use of railway infrastructure for the demonstrably unpaid environmental, accident and infrastructure costs of competing transport modes in so far as these costs exceed the equivalent costs of rail.

In conclusion to the question (c), the existence of a very strong inter-modal competition from road and air transport have contributed to regulatory efforts in the railway sector which aim to make rail transport more efficient and attractive. This was done by introducing intra-modal competition, which is considered as the only way to revitalise the railway sector and strengthen its contribution to enhanced competition on the overall transport market. Therefore indirectly the presence of “substitute services” has fostered, and not inhibited competition in the railway sector.

3.6 *Has the presence of substitute services led to a move to reorganise or consolidate regulatory frameworks or regulatory institutions?*

Not applicable to the railway sector. Regulatory bodies for the different transport modes have very distinct tasks, also because of the different stages of liberalisation in these sectors. For road and air transport, where liberalisation is completed, regulation is only necessary for safety and similar aspects, while the railway sector is at a much later stage of liberalisation. Here regulation has to cover many other aspects. These different transport modes are quite distinct, so that unlike in the broadcasting area, technological developments will not blur the borders between these modes.

3.7 *Has the presence of substitute services raised issues and concerns for competition law enforcement? Have you sought to prevent mergers between the regulated and the substitute services? Has the provider of the regulated services sought to use its position in order to restrict the entry of substitute services (For example, has the regulated incumbent sought to deny access to essential facilities, or to use below-cost pricing to drive out competitors in the substitute services?)*

Among the 18 merger cases handled by the Commission in the rail transport sector, only three of them concerned mergers involving regulated rail transport companies and companies dealing with other modes of transport.

However, in all these cases, the Commission cleared the transactions. There is no case in the rail transport sector where the Commission has sought to prevent mergers between the regulated railway service and the substitute services.

In the NSR/VSN/CMI/IGO PLUS case¹⁷, the merger concerned the Dutch public railway company and a Dutch company active in the business of public bus transport of passengers in the Netherlands.

In this case, the Commission decided not to oppose the merger, considering that this concentration was

“comparable to the earlier concentrations in public transport treated under the Merger Regulation”¹⁸ which were considered to be “pro-competitive, in view of the limited duration of the exclusive concession and the competitive tendering being required for continued operations in the future, within the framework of opening the markets for local public transport to competition, allowing for new operators to enter.”

The Commission also considered that there was no risk of coordination between the parties, even if the joint venture’s business plan provided for timetable coordination with other regional transport companies active in areas adjacent to the relevant territory, insofar as such coordination is a necessary element of cross-regional traffic and that these timetables are subject to approval by the authorities.

In the Deutsche Bahn Cargo/Contship Italia/JV¹⁹ case, the merger concerned DB Cargo, which is active in rail freight and the operation of inland container terminals in Germany, and CSI, which is active in the operation of port as well as inland container terminals, maritime and inland transportation and logistic services.

In particular, this operation tended to create a joint venture active as a full service provider of inter-modal transportation of maritime containers on inland routes between Italian seaports and cross-border destinations in Austria, Switzerland and Southern Germany (and vice versa).

In its competitive assessment, the Commission considered that the new entity would face competition from existing providers of inter-modal services and that alternative port terminals available to

17 Case M.1504, 02/08/1999

18 Cases M. 748-CGEA/Networks South Central ; M.816-CGEA/ South Eastern Train Co Ltd ; M.901-Go Ahead/Via/Thameslink ; M.943-CGEA/EVS/DEGV and M.1100-CGEA/Linjebuss

19 Case M.2859, 15/07/2002

competing transport service providers existed, which prevented the joint venture from foreclosing the market. As a consequence, the Commission decided not to oppose the operation.

In *Go Ahead/Via/Thamelink*²⁰, the Commission also cleared the merger between a company operating buses and coaches, a rail franchise and a company supplying only railway passenger transport services.

The case *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*²¹ concerned a merger between Deutsche Bahn, an operator of container terminals at the port of Duisburg and operators of ship transports between the Belgian and Dutch coast and the port of Duisburg. Exact market definitions were again left open, because for all “presumed” markets the Commission came to the conclusion that there would be no dominance of Deutsche Bahn. In particular, it was left open whether there is substitutability between transport by road, rail and waterway.

The second part of question (e) concerns cases where a railway operator sought to use its position in order to restrict the entry of substitute services. Until now there is no case where such an abuse has occurred.

20 Case M.90, 24/04/1997

21 COMP/M.2632, 11/02/2002

FRANCE

Les progrès technologiques créent souvent une “convergence” dans le mode de production ou de délivrance de certains services aux consommateurs incorporant une forte valeur ajoutée, ces services étant antérieurement considérés comme des produits ou services différents : par exemple, l’Internet haut débit peu être fourni aussi bien par des systèmes par câbles ou par téléphone et se différencie aujourd’hui très largement de l’Internet bas débit ; des innovations comme le Wifi rendent de plus en plus perméables la frontière entre téléphonie fixe et mobile ; de la même manière, pour certaines destinations de voyage ou certains parcours, des trains à grande vitesse sont devenus des concurrents de l’avion. Lorsque des services “convergent” alors que les structures réglementaires préexistantes diffèrent, la question peut se poser de savoir comment assurer une régulation la plus efficace de ces services, étant souligné que la régulation qui affecte un des services antérieurement distinct peut limiter les capacités concurrentielles d’un autre service antérieurement distinct.

Dans certains cas, la convergence, du fait qu’elle implique l’élargissement du marché pertinent et la remise en cause du monopole auparavant « incontestable » des opérateurs historiques, pourrait conduire à la mise en oeuvre de pressions concurrentielles et à l’abandon ou à l’inutilité de fait de plans plus ou moins larges de la régulation sectorielle : la régulation concurrentielle se substitue alors aux régulations sectorielles grâce notamment à son champ d’intervention plus étendu l’autorisant à appréhender le phénomène de convergence dans son ensemble. Dans d’autres cas, une alternative transitoire réside dans des systèmes hybrides « d’équilibrage » ou fusion des régulations préexistantes au maintien de la régulation antérieure avec séparation des services.

Dans sa jurisprudence relative aux services dont les conditions de production ou de délivrance sont entrés dans cette « convergence technologique », tant sur le fond qu’en mesures conservatoires ou en avis, le Conseil de la concurrence procède à une analyse dynamique des contours du marché pertinent pour les nouveaux marchés caractérisés par le phénomène de convergence technologique, principalement en raison du caractère évolutif de ces marchés sur lesquels les opérateurs sont très mobiles dans l’usage du progrès technique. La présente contribution détaille d’une part les conditions d’analyse et de prise en compte de l’émergence de nouveaux marchés du fait de la convergence technologique et d’autre part les effets d’une convergence des marchés respectivement sur le droit de la concurrence et sur la régulation. En outre, un tableau en annexe présente une synthèse des différentes décisions et avis du Conseil rendus dans des affaires concernant des marchés marqués par le processus de convergence technologique.

1. La délimitation des marchés caractérisés par une convergence technologique

L’analyse des décisions et avis du Conseil met en évidence la difficulté de cerner l’existence des contours de nouveaux marchés pertinents, par définition imprécis en raison souvent du manque de « maturité » des marchés concernés, par définition « émergents ».

1.1 Des contours imprécis

Le Conseil préfère le plus souvent considérer que l’existence ou l’émergence de tel ou tel marché « *ne paraît pas exclue* » (ne serait-ce qu’en raison des spécificités procédurales dans le cadre d’une décision sur des mesures conservatoires où une délimitation définitive du marché apparaît secondaire)

Par ailleurs, le Conseil est d'avis qu'il est actuellement *prématuré* de délimiter clairement les contours des marchés de services et géographiques (concernant notamment le secteur des télécommunications et de diffusion de télévision), qui ne se stabiliseront qu'une fois que les secteurs en cause auront atteint une plus grande *maturité*, de sorte qu'il n'est pas encore possible d'identifier avec certitude des positions dominantes.¹ Dans la terminologie juridique retenue, le Conseil ne retient pas « *que la délimitation est devenue incertaine* » mais il indique plutôt « *qu'elle n'est pas encore certaine* ».

Pour le Conseil, une délimitation ou segmentation de nombreux marchés (en l'occurrence des services téléphoniques) serait parfois même inopportune et manquerait de robustesse en raison des évolutions et innovations technologiques très rapides. Ces dernières risqueraient de remettre en cause cette délimitation et de faire perdre de vue la nécessité d'avoir une approche cohérente de l'ensemble.²

Dans sa décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004, le Conseil de la concurrence relevait les difficultés que présente la détermination d'une position dominante dans le contexte d'un marché soumis à un fort dynamisme en termes d'innovations:

« la concurrence sur le ou les marché(s) de baladeurs numériques est, donc, très dynamique avec des baisses de prix, des nouveaux entrants et de nombreuses innovations technologiques, qui concernent l'autonomie, les dimensions, le poids, la capacité de stockage et les fonctionnalités techniques des appareils (notamment, les outils de navigation pour faciliter la recherche d'un titre). Dans ces conditions, il est particulièrement délicat d'apprécier dans quelle mesure Apple pourrait s'abstraire de la concurrence et se comporter de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs finaux. »³

1.2 L'émergence de nouveaux marchés

S'agissant particulièrement des secteurs les plus concernés par le progrès technologique, le Conseil de la concurrence constate l'existence de nouveaux marchés distincts de ceux qui préexistaient plutôt que de considérer que plusieurs marchés auparavant distinct se réunissent. La convergence technologique n'entraîne donc pas automatiquement un élargissement des marchés pertinents.

Dans les cas notamment mettant en cause la technologie ADSL, et en particulier en ce qui concerne le secteur de fourniture d'accès à Internet haut débit, le Conseil n'exclut pas que le service ADSL entraîne l'émergence ou l'identification des contours d'un nouveau marché dans lesquels convergent la téléphonie, la diffusion audiovisuelle et l'accès à Internet.⁴

1 Avis no 00-A-04 du 29 février 2000 relatif à l'acquisition par la société Vivendi de la participation de 15 % détenue par le groupe Richemont dans la société Canal Plus.

2 cf. points 19 et 20 de l'avis n° 05-A-05 du 16 février 2005 relatif à une demande de l'ART en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe.

3 Décision 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques.

4 Voir décisions n° 02-D-38 du 19 juin 2002, relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Liberty Surf, et 02-MC-03 du 27 février 2002, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société T-Online France, cette dernière décision distinguant entre l'accès à Internet haut débit et le marché de l'acheminement des communications Internet à moyen et bas débit.

Dans l'avis 04-A-17 en date du 14 octobre 2004, le Conseil de la concurrence relevait également les prémisses d'une convergence des marchés de la téléphonie fixe et mobile tout en maintenant leur distinction:

« Selon les chiffres de l'observatoire des marchés de l'ART, le volume des communications de téléphonie fixe a baissé sur les cinq dernières années. Cette tendance s'accompagne d'une augmentation continue du volume de téléphonie mobile. Par ailleurs, le nombre de lignes fixes diminue (1 % par an soit environ 300 000 lignes) et le nombre de lignes mobiles excède celui de lignes fixes depuis mi-2001 environ. Selon une étude du Crédoc de novembre 2003, « seulement 2 % de la population ne disposent ni d'un téléphone fixe, ni d'un téléphone mobile (...). 50 % de la population dispose à la fois d'un téléphone fixe et d'un téléphone mobile, 36 % ne possèdent qu'un fixe et 12 % ne détiennent qu'un mobile ». Enfin, une étude d'Oddo Securities « Télécoms, questions d'équilibre » de septembre 2003 indique que 40 % des appels mobiles sont passés depuis le domicile. Ces faits suggèrent l'existence de deux phénomènes. Les 12 % de la population ne détenant pas de ligne fixe et possédant uniquement un mobile témoignent de la progression d'une substituabilité de « premier niveau » entre téléphonie fixe et téléphonie mobile. Le fait que 40 % des appels mobiles sont passés à domicile indique que, pour les 50 % de la population possédant à la fois un téléphone fixe et un téléphone mobile, les appels M/M présentent une certaine substituabilité avec les appels F/M. La proximité actuelle des prix moyens à la minute et le phénomène de consommation des forfaits mobiles en fin de mois expliquent ce comportement. L'utilisation de hérissons-entreprises participe de cette forme de substituabilité. Le Conseil de la concurrence observe, à l'instar de l'ART, que pour l'ensemble des autres types d'appels, la possibilité d'une substitution est peu probable comme le révèle notamment la différence substantielle des prix. Par exemple, il est peu probable qu'un appel F/F soit substituable à un appel M/M. De même, les SMS et autres moyens de communications non vocales ne constituent pas, à l'heure actuelle, de réels substituts aux appels vocaux mêmes si certains éléments tendent à montrer que certains consommateurs, essentiellement les moins de 18 ans, remplacent par des SMS les appels très courts. »⁵

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a eu récemment à se prononcer sur un affaire concernant le marché émergent du téléchargement de musique en ligne et a précisé sa position en la matière. Il a considéré que

« le marché du téléchargement de musique en ligne est naissant. Le site iTunes Music Store n'opère en Europe que depuis le 16 juin dernier. La concurrence sur ce marché est dynamique, tant en France que dans les autres pays européens et aux Etats-Unis : de nouveaux opérateurs entrent sur le marché et il existe de nombreux concurrents potentiels ; la concurrence en prix est intense, les marges sont réduites (de l'ordre de quelques centimes d'euro par titre), de nouveaux modèles économiques apparaissent. Il est difficile d'apprécier le pouvoir de marché d'Apple dans un tel contexte ». ⁶

Enfin, le Conseil considère qu'il est possible qu'émerge un marché unique de la *diffusion par câble et satellite, mais en fonction de la situation géographique* (notamment dans les zones pavillonnaires

5 Avis n° 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques.

6 Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques.

situées en limite de zones câblées), la diffusion par câble s'adressant prioritairement aux zones urbaines, la diffusion par satellite intéressant en revanche davantage les zones rurales⁷

2. Les effets de la convergence de marchés sur le droit de la concurrence et sur la régulation sectorielle

Le phénomène de la convergence technologique qui peut affecter certains marchés ne doit pas faire échec à l'application du droit de la concurrence, même si d'autres considérations que de pure efficacité concurrentielle doivent parfois, nécessairement et légitimement, être prises en compte. Les solutions à envisager peuvent alors varier, en utilisant tour à tour la dérégulation, le maintien voire le développement d'une nouvelle régulation.

2.1 *Les incidences du phénomène de la convergence sur le droit de la concurrence : la pleine efficacité économique est indépendante de l'émergence d'un marché élargi du fait de la convergence et d'une ouverture même partielle à la concurrence*

En ce qui concerne les incidences du phénomène de la convergence sur la mise en œuvre du droit de la concurrence à l'égard d'un marché émergent et caractérisé par la convergence de marchés préexistants, même dans le cas d'une régulation partielle, le Conseil estime, tout comme la Commission européenne, que le fait qu'un secteur n'ait pas encore atteint une phase de complète maturité ou qu'il soit considéré comme un marché "émergent", ne fait pas obstacle à l'application des règles de concurrence, même si le secteur d'activité concerné est soumis à une régulation. C'est par exemple le cas dans *les secteurs des télécommunications ou de l'audiovisuel* dont le contrôle, aux cas considérés, est exercé respectivement par l'ART et le CSA principalement. Dans certains cas, le Conseil a considéré qu'il y avait risque de chevauchement du rôle respectif de l'ART et du CSA : et dans de tels cas, les mécanismes de consultation réciproques des différentes autorités administratives indépendantes retenus par le législateur français trouvent leur pleine utilité pour éviter des blocages ou des confusions dans leurs rôles respectifs.⁸

Dans les affaires impliquant la mise en œuvre de la nouvelle technologie ADSL, par exemple, il ne peut en effet pas être exclu non plus, d'après le Conseil de la concurrence, que le marché émergent ne corresponde qu'à un autre et nouveau support de diffusion télévisuelle. La régulation peut alors comporter non seulement des objectifs d'efficacité économique (concurrentielle), technique (sectorielle) mais aussi poursuivre d'autres buts comme par exemple la sauvegarde du pluralisme ou préserver une dimension culturelle.⁹

Dans cet ordre d'idée, le Conseil peut néanmoins considérer un éventuel abus d'une position dominante comme étant d'autant plus grave qu'il s'agit d'un marché émergent et justifiant l'intervention de l'autorité de concurrence, même si ce marché émergent devait un jour se superposer à d'autres marchés classiques en les intégrant :

7 Décision n° 99-D-14 du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (TDF).

8 Avis n° 99-A-07 du 6 avril 1999 relatif à une demande d'avis du Gouvernement sur l'article du projet de loi portant réforme de l'audiovisuel et modifiant l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

9 Avis n° 03-A-07 du 21 mai 2003 et n° 03-A-08 du 26 mai 2003 relatifs à une demande d'avis (complémentaire) du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques.

« La restriction de concurrence intervenant au moment du lancement de l'innovation revêt un caractère grave et immédiat nécessitant l'adoption de mesures d'urgence ».¹⁰

2.2 *Les incidences du phénomène de la convergence sur la régulation : dérégulation, maintient d'une régulation ou extension de la régulation ?*

Il est apparu dans un cas concernant *l'exploitation audiovisuelle dans le secteur du sport*, que le Conseil préfère plutôt considérer que l'évolution technologique et économique pourrait entraîner la nécessité d'une dérégulation à partir du moment où cette technologie faisait apparaître dans un avenir proche de nouveaux produits distincts des produits télévisuels classiques et répondant à une demande qui ne pourrait être satisfaite par le système de vente centralisée : ainsi pourrait être appréciée différemment l'utilité de maintenir des obligations particulières aux organismes de vente centralisée, imposées par un décret, afin que les procédures suivies se déroulent dans des conditions de transparence favorables à l'exercice d'une réelle compétition.¹¹

En outre, puisque le secteur de l'audiovisuel n'a pas été ouvert à la concurrence en France aux dépens d'un opérateur historique, contrairement au secteur des télécommunications, le Conseil de la concurrence a souligné que

« Les problèmes de concurrence susceptibles d'apparaître dans ce secteur ne nécessitent pas l'instauration d'une régulation économique spécifique. En revanche, dans la mesure où le libre jeu du marché, même encadré par le droit de la concurrence, peut s'avérer insuffisant à la réalisation des objectifs d'intérêt général propres à la régulation audiovisuelle, le dispositif sectoriel pourra être renforcé ».¹²

L'approche retenue par le conseil montre que l'autorité de concurrence ne doit pas être hermétiquement opposée à la prise en compte d'autres objectifs que de pure efficacité économique, même s'il ne lui appartient pas de mettre en œuvre des instruments correspondant à ces autres objectifs.

Le nouveau paquet de directives « *communications électroniques* » transposées en droit français le 9 juillet 2004, impose une collaboration plus étroite entre l'autorité sectorielle (ART) et les autorités de concurrence (Conseil de la concurrence et Commission européenne). Ce nouveau système de régulation repose en partie sur la constatation d'un phénomène de convergence de grande ampleur dans le secteur des télécommunications (dorénavant rebaptisé « communications électroniques » pour tenir compte de cette convergence et notamment de l'expansion des techniques « numériques »). Il a créé un processus de consultation des autorités de concurrence au travers d'avis pour le Conseil de la concurrence et d'un droit de veto sur les mesures sectorielles à mettre en œuvre pour la Commission Européenne. En ce qui concerne la régulation à proprement parler, il existe donc formellement aujourd'hui un système de contrôle à double

10 Décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau.

11 Voir avis no 04-A-09 du 28 mai 2004 relatif à un projet de décret sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives.

12 Voir avis n° 03-A-07 du 21 mai 2003 et n° 03-A-08 du 26 mai 2003 relatifs à une demande d'avis (complémentaire) du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques.

sas des autorités de concurrence sur les autorités sectorielles. Dans l'avis 04-A-17 du 14 novembre 2004¹³, le Conseil rappelait à ce sujet :

«le processus de rapprochement entre le droit sectoriel et le droit commun de la concurrence est d'autant plus souhaitable (...) qu'il convient d'éviter que ne se développent des règles de concurrence propres au secteur des communications électroniques. L'unicité du droit de la concurrence peut seule garantir la sécurité juridique des acteurs. A cet égard, le Conseil observe que la recommandation précitée de la Commission du 11 février 2003 précise que l'un des critères qui doivent être pris en compte afin de justifier une régulation ex ante des marchés est que l'application des règles de droit commun de la concurrence n'est pas suffisamment efficace ».

Pour bien montrer que le Conseil de la concurrence procède à une approche au cas par cas et en fonctions des spécificités des secteurs et des marchés concernés, dans son avis relatif au *marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public en France*, le Conseil semble se prononcer même en faveur d'une régulation ex ante.¹⁴ Il peut en aller de même dans l'éventualité où le marché en cause, étant en pleine évolution mais étant déjà fortement concentré, serait menacé par le risque potentiel d'une collusion : tel peut être le cas dans le marché de la téléphonie mobile sur lequel trois grands opérateurs (Orange, SFR et Bouygues Télécom) peuvent s'entendre, alors que les MVNO (Mobile Virtual Network Operators) ne sont pas, actuellement, en mesure de concurrencer. Pour le Conseil de la concurrence, le développement d'une régulation ex-ante peut représenter un moyen de caractère proportionnel, adapté et non susceptible de fausser la concurrence : en raison d'une structure de marché concentrée ne permettant pas d'écarter le risque d'une influence significative conjointe des opérateurs mobiles, le Conseil est donc favorable, à l'instar de l'ART, à une régulation ex ante du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public. Elle devrait également être complétée par une intervention sur les obstacles identifiés sur le marché de détail.¹⁵

Le Conseil, dans l'avis n° 05-A-05 du 16 février 2005, attire toutefois l'attention de l'ART sur « la nécessité de préserver une approche globale de la régulation du secteur des télécommunications électroniques. Le Conseil est d'avis qu'à l'horizon temporel du présent exercice, et dans la perspective de l'extension de la couverture ADSL et du découplage des offres utilisant l'accès haut débit, il y a lieu d'inclure dans les mêmes marchés les services de voix à large bande (VoB), tels que définis dans le présent avis, et les services de téléphonie fixe traditionnelle et de veiller à ce que des obligations différentes imposées aux deux types d'offres n'ajoutent pas de distorsions de concurrence supplémentaires par rapport à celles qui ont été identifiées par ailleurs. »¹⁶

13 Avis n° 04-A-17 du 14 novembre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques

14 Avis no 05-A-09 du 04 avril 2005 relatif à une demande d'avis de l'ART en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public en France.

15 Voir points 9, 48 et s. de l'avis n° 05-A-05 du 16 février 2005 relatif à une demande de l'ART en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe.

16 Avis no 05-A-05 du 16 février 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe (points 72, 74)

Enfin dans un autre avis rendu en 2001, n° 01-A-05 du 26 avril 2001, le Conseil constate de plus que le phénomène dit « de convergence » peut entraîner l'extension de la réglementation sectorielle de l'audiovisuel aux services de communication en ligne, à mesure que s'installe la technologie numérique, et que, comme précédemment mentionné, la frontière entre les réglementations sectorielles respectives est devenue incertaine.¹⁷

17 Avis no 01-A-05 du 26 avril 2001 relatif à une demande d'avis du Gouvernement concernant le projet de loi sur la société de l'information.

ANNEXE

**Tableaux analytiques des principales décisions et des avis du Conseil de la concurrence
dans les secteurs marqués par la convergence technologique**

A. Les décisions

secteur/ marché pertinent	n° de décision/ date	opérateurs concernés	dispositif/ fondement juridique	observations concernant notamment les critères de convergence
télévision à péage	05-D-13 du 18 mars 2005	Télévision Par Satellite (TPS) ./. Canal Plus	pas d'infraction de l'art. L. 420-2 c. com. établie	<p>Selon le Conseil de la concurrence, en conformité avec la Commission européenne, le <u>marché de la télévision gratuite financé par la publicité</u> (et éventuellement par des redevances) est <u>distinct de celui de la télévision à péage</u>, au moins pour la période concernée. (voir aussi décision du conseil no 98-D-70 du 24 novembre 1998)</p> <p>Ce dernier serait caractérisé par le <u>recrutement de consommateurs</u>, par la <u>gestion d'abonnés</u> et <u>non plus seulement par une régie publicitaire chargée d'observer l'audience et de vendre ses part de marché</u> (ayant, selon la Commission européenne, une répercussion sur le choix du contenu des programmes). (points 2-5, 45)</p> <p>Le conseil indique que "<i>la Cour d'appel de Paris en revanche a estimé dans un arrêt du 15 juin 1999 qu'il n'y a pas lieu à distinguer entre les différentes technologies de transmission, car cela ne constitue pas un critère de segmentation pertinent du marché concerné dans la mesure où les produits offerts présentent toujours une même finalité et une similarité importante dans le contenu des programmes offerts.</i>"</p> <p>Ceci conformément à la constatation de la Commission, "<i>qu'il existe en France un marché de la télévision à péage incluant pour le moment les trois modalités de diffusion: hertzienne, par satellite et par le câble.</i>" (points 6)</p>

affichage publicitaire au sein du réseau ferroviaire et dans celui du transport de personnes sur la route Paris-Londres	05-D-11 du 16 mars 2005	British Airways J. France Rail Publicité, SNCF, Eurostar Group Ltd	saisine de British Airways rejetée en ce qu'elle concerne le refus d'affichage; rejet aussi de mesures conservatoires pour faire cesser la publicité au bénéfice d'Eurostar	Question: y a-t-il un marché unique de transport de personnes entre Paris et Londres par avion et par train, comme le soutient British-Airways, ou s'agit-il de deux marchés en fonction du type de clientèle visée (voyageurs pour affaires ou pour agrément)? Le Conseil ne se prononce pas définitivement mais retient que " <u>sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut être exclu que le marché affecté par les pratiques dénoncées par British Airways soit, d'une part, celui du transport de passagers voyageant pour affaires en avion et en Eurostar entre Paris et Londres et, d'autre part, celui des passagers voyageant pour agrément sur les mêmes modes de transport et sur la même ligne</u> " (point 49, 59) Ceci en se référant aux décisions de la Commission européenne qui a apprécié la question de la substituable entre les modes de transport au cas par cas en fonction non seulement du type de voyageurs, mais de la distance et/ou de la durée des voyages, des fréquences disponibles et des prix. (point 52)
diffusion audiovisuelle: télévision à péage et télévision interactive numérique; fourniture de l'accès à Internet haut débit (ADS)	04-MC-01 du 15 avril 2004	Free, Iliad, Louis Dreyfus Communications (LDCOM devenue Neuf Télécom), 9Télécom J. TF1, Métropole Télévision (M6)	rejet partiel pour défaut d'éléments probants concernant la position de France Télécom dans le secteur du câble et le choix des modems; injonctions d'informer les consommateurs (sur des risques d'incompatibilité de l'offre télévisuelle avec des lignes d'opérateurs alternatifs), d'autoriser NEUF TELECOM à installer des équipements et de facturer séparément le transport des flux vidéo et la desserte locale de services ADSL-vidéo pour sauvegarder leur indépendance commerciale (injonctions annulées par la Cour d'appel de Paris le 29 avril 2004)	Le conseil estime qu' " <u>au stade actuel de l'instruction, il ne peut donc être exclu qu'il existe un marché émergent des offres multiservices de communication par ADSL intégrant l'Internet haut débit, la télévision et le téléphone. Il ne peut non plus être exclu que la télévision par ADSL ne constitue qu'un nouveau support de diffusion audiovisuelle, en l'occurrence le réseau d'accès cuivre du réseau téléphonique, à côté du réseau hertzien terrestre, du câble ou du satellite, mais ne constitue pas un marché autonome. Enfin, en matière de technologie ADSL, la jurisprudence identifie notamment le marché de la fourniture d'accès ADSL et celui de la fourniture d'accès à Internet.</u> " (points 43, 44) Le Conseil cite la Commission européenne, décision Wanadoo du 16 juillet 2003, qui estime que " <u>rien dans l'article 82 du Traité ou de la jurisprudence communautaire en la matière ne prévoit d'exception d'application des règles de concurrence aux secteurs n'ayant pas encore atteint une phase de complète maturité ou qui seraient considérés comme des marchés "émergents".</u> " <i>Faire dépendre l'application des règles de concurrence d'une stabilisation complète du marché reviendrait à priver les autorités de concurrence de la faculté d'intervenir en temps utile avant que les abus constatés n'aient exercés la plénitude de leurs effets et que les positions acquises indûment ne soient ainsi définitivement consolidées (considérant 301)"</i> (point 41) Le Conseil cite ensuite la Tribunal de première instance (CE) qui, dans un arrêt du 30 septembre 2003 (T-158/00) au considérant 28, considère que " <u>si la commission constate que le marché des services de télévision interactive numérique constitue un marché distinct de celui de la télévision à péage, elle remarque cependant que ce dernier est susceptible d'être le marché "levier" des services de télévision interactive numérique (...). Les deux marchés seraient séparés mais complémentaires.</u> " (point 42)

dispositifs de gestion des droits numériques (DRM), baladeurs numériques, téléchargement de la musique en ligne	04-D-54 du 9 novembre 2004	VirginMega ./. Apple Computer France	rejet de la saisine et de la demande de mesures conservatoires	<p>Pas de définition jurisprudentielle des marchés pertinents de DRM (Digital Rights Management), la question de savoir, s'il faut segmenter les marchés par type de contenu (audio, vidéo, données informatiques) et/ou par type de matériel client (baladeur, téléphone portable, personal digital assistant, etc.) n'est pas tranchée (mais probablement à l'occasion actuelle d'une affaire examinée par la Commission européenne). (point 18)</p> <p>Le Conseil estime que <u>l'existence d'un marché pertinent de baladeurs numériques à disque dur n'est pas exclue.</u> (point 27)</p> <p>Il n'est pas contesté que <u>le marché du téléchargement payant (!) de la musique sur Internet</u>, hors réseaux d'échange et écoute directe, est <u>distinct de celui de la distribution physique</u> (en raison des caractéristiques des deux circuits de distribution différents et des écarts de prix significatifs, point 29, 33).</p>
télécommunication/ téléphonie fixe vers mobile	04-D-48 du 14 octobre 2004	Association TENOR ./. France Télécom, SFR Cegetel, Bouygues Télécom	France Télécom: 18 000 000 €, SFR: 2 000 000 € (art. L. 420-2 c.com., art. 82 Traité CE)	<p>La délimitation du marché "téléphonie fixe vers mobile", distinct de celui de la téléphonie en général, a été approuvée :</p> <p>Comme <i>"la définition de marchés dans la recommandation (directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil) ne porte pas préjudice à la définition de marchés dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence... il ne peut être exclu que les marchés définis aux fins du droit de la concurrence et ceux définis aux fins de la réglementation sectorielle ne soient pas identiques, mêmes s'ils sont dans les deux cas définis selon des méthodes propres au droit de la concurrence."</i> (point 170)</p> <p><i>"L'insensibilité de la demande de téléphonie mobile au prix des appels entrants... montre que la terminaison d'appel sur chaque réseau mobile constitue un marché distinct sur lequel chaque opérateur est l'unique offreur. Seule la présence effective de solutions alternatives à la terminaison d'un appel sur le réseau de l'opérateur mobile auquel est abonné l'appelé pourrait mettre en cause cette constatation."</i> (point 180; voir aussi l'avis n° 04-A-17 du même jour, point 17, se référant à l'avis n° 01-A-01 du 16 mars 2001)</p> <p>(Ceci n'était cependant pas encore le cas pendant la période examinée, <u>mais à partir du début de 2002 avec les mobile box comme alternative à l'interconnexion directe</u>, permettant désormais aux opérateurs alternatifs sur le fixe d'échapper à l'obligation d'acquitter la CTA (charge de terminaison d'appel) imposée par les opérateurs GSM du fait de leur position dominante. (voir points 182, 199)</p>

vente d'espaces publicitaires télévisuels	03-D-59 du 9 décembre 2003	I>Télé et Groupe Canal Plus ./. TF1, TPS, LCI	rejet de la demande de mesures conservatoires	<p>Rappel de l'existence d'un <u>marché de télévision payante distinct de celui de télévision gratuite</u> (point 17).</p> <p>En revanche sur le <u>marché de la publicité télévisuelle distinct de celui de la publicité ayant pour support d'autres médias, en particulier la presse</u> (en retenant le principe que chaque média possède des qualités propres de nature à les rendre non substituables, cf. décision n° 00-D-67), <u>il n'y a pas lieu de distinguer entre l'espace publicitaire de la télévision payante et celui de la télévision gratuite</u> (les sociétés de diffusion recourant, dans la plupart des cas mais à degrés divers, à la publicité. (point 24)</p> <p><i>"Il ne peut être exclu qu'il existe, sur le marché amont de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques destinées à la télévision payante, un marché plus étroit des chaînes d'information générales en français et en continu.</i> (point 23 de la décision, page 230 du rapport annuel 2003)</p>
diffusion audiovisuelle	03-MC-01 du 23 janvier 2003	TPS ./. Canal Plus, LFP et Kiosque	Injonction de suspendre les effets de la décision d'attribution des droits de diffusion des matchs	<p>Rappel de l'existence d'un <u>marché de télévision payante distinct de celui de télévision gratuite</u>, ainsi que d'un <u>marché des droits de diffusion des compétitions de football</u>. Il n'est pas exclu qu'il existe en plus un <u>marché plus étroit des droits de diffusion des matchs de championnats nationaux</u> (page 175 et s. du rapport annuel 2003).</p>
diffusion audiovisuelle	03-MC-03 du 1 ^{er} décembre 2003	TowerCast ./. Télédiffusion de France (TDF)	injonction de propositions de nouvelles offres à toute société nationale de programme et de laisser inappliquées les normes légales et les clauses contractuelles d'exclusivité, non conformes à la directive européenne	<p>Il n'est pas exclu qu'il existe, <u>au sein du marché de la diffusion technique hertzienne terrestre, un sous-marché de la diffusion de services radio</u>, distinct d'un <u>sous-marché de la diffusion de services télévisuels</u> et qu'il existe en plus, au sein du sous-marché de la diffusion de services radio, <u>deux sous-marchés en fonction de la diffusion en FM ou AM</u>. (page 191 du rapport annuel 2003)</p>
fourniture d'accès à Internet haut débit (ADSL)	02-D-46 du 19 juillet 2002	T-Online ./. France Télécom	<p>Levée de la suspension de la commercialisation des packs ADSL Wanadoo Interactive</p> <p>(voir 02-MC-03)</p>	<p>Le Conseil constate que France Télécom s'est conformée à ses injonctions antécédentes:</p> <p>ainsi elle a mis en place un dispositif gratuit permettant la vérification de la disponibilité ADSL de la ligne du client et la commande de connexion ADSL, largement disponible, avec un service d'accueil pour prendre en compte les incidents constatés par les fournisseurs d'accès à Internet (dont trois ont contracté avec France Télécom en attendant), et que l'ensemble des améliorations répond à l'exigence de continuité du processus d'information et de prise de commande ordonné par lui. (rapport d'activités 2002, page 148)</p>

acheminement des communications Internet; fourniture d'accès à Internet haut débit (ADSL)	02-D-38 du 19 juin 2002	Liberty Surf /. France Télécom et Wanadoo	rejet de la saisine en tant qu'elle concerne la publicité au dos des enveloppes d'envoi des factures du service téléphonique, en faveur de l'accès à Internet par l'ADSL; rejet de la demande de mesures conservatoires	"(...) il ne peut être exclu... que <u>l'accès haut débit à Internet par l'ADSL constitue un marché distinct...</u> " dans le <u>secteur de l'acheminement des communications Internet</u> (page 3 de la décision, page 181 du rapport annuel 2002).
électricité	02-D-34 du 11 juin 2002 (99-D-51 du 20 juin 1999)	Ministre chargé de l'économie /. EDF, Industelec	non-lieu	" (...) le Conseil a rappelé que pour un certain nombre des ses usages, <u>l'électricité est substituable à d'autres formes d'énergie, du moins du stade précoce où le consommateur choisit ses équipements et qu'il existe, au moment du choix d'une installation énergétique, une substituabilité entre les énergies utilisées.</u> <u>En revanche, ... une fois que l'utilisateur a effectué le choix d'une installation, il ne peut l'alimenter que par une seule source d'énergie et il ne peut, en général, pas réagir à une hausse de prix de cette énergie par un changement, coûteux, d'équipement, tant que ce dernier n'est pas amorti.</u> <u>Par ailleurs, il existe des usages, comme l'éclairage pour lesquels l'électricité ne connaît pratiquement pas de substitut.</u> <u>Pour ces raisons, le Conseil a considéré qu'il existait un marché de l'électricité ainsi qu'un marché de l'ingénierie électrique</u> (page 184 du rapport annuel; point 37 de la décision n° 02-D-34).
diffusion audiovisuelle (analogue et numérique)	02-MC-04 du 11 avril 2002	Antalis /. TDF	Injonction de communication d'offres de prestations d'accueil aux entreprises intéressées à un prix raisonnable orienté vers les coûts (réformation de la Cour d'appel de Paris, arrêt du 21 mai 2002: "un prix proportionné à la valeur du service", page 151 du rapport annuel 2002)	Un nouveau marché: Quant à la <u>capacité</u> et à la <u>qualité d'émission</u> , "(...) il apparaît que les services rendus possibles par la <u>télévision numérique hertzienne</u> sont différents de ceux rendus par la <u>télévision hertzienne analogique...</u> qu'il n'est donc pas exclu... que le marché pertinent soit le <u>marché français de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre...</u> " (page 2, 3)

<p> télécommunications/ téléphonie fixe et mobile</p>	<p>02-D-69 du 26 novembre 2002</p>	<p>Buygues Télécom, Union fédérale des consommateurs (UFC) Que Choisir, Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (CLCV) ./. Orange France</p>	<p>rejet des saisines au fond et de la demande de mesures conservatoires</p>	<p><u>Distinction générale entre les marchés de téléphonie fixe et mobile</u> (critère: appels et SMS indépendamment de la situation géographique de l'utilisateur), mais existence d'<u>offres dites "de convergence"</u>, groupant des fonctionnalités de téléphonie fixe et mobile (point 6-9). Le Conseil a considéré qu'il n'est pas exclu que le marché concerné soit celui de la téléphonie mobile en France <u>métropolitaine</u> (point 9; page 182 du rapport annuel 2002).</p>
<p>fourniture d'accès à Internet haut débit (ADSL)</p>	<p>02-MC-03 du 27 février 2002</p>	<p>T-Online ./. France Télécom</p>	<p>Injonction de suspendre la commercialisation des packs ADSL Wanadoo Interactive et de rendre possible l'accès à Internet pour tous les fournisseurs sous les mêmes conditions (voir 02-D-46: levée de la suspension après que France Télécom s'y est conformée)</p>	<p>Quant aux différents moyens techniques d'assurer l'<u>accès à Internet haut débit (à distinguer du marché de l'acheminement des communications Internet à moyen et bas débit</u> en raison de ses caractéristiques et les conditions différentes d'utilisation, voir ci-dessous), le Conseil constate que <u>ni les réseaux câblés</u> (nécessairement limités géographiquement) <u>ni les boucles locales radio</u> (en cours de déploiement et essentiellement positionnées sur la clientèle professionnelle) <u>ne peuvent constituer des substituts acceptables à la technologie ADSL</u>, visant à offrir à l'utilisateur un accès permanent à haut débit d'une capacité de 10 à 15 fois supérieure à celle d'un accès classique, une telle performance étant obtenue par la numérisation des lignes téléphoniques de cuivre au moyen de filtres électroniques, tout en laissant la ligne téléphonique disponible pour recevoir et donner des appels (page 3; rapport d'activités 2002, page 145); confirmation de cette définition du marché pertinent dans l'arrêt du 9 avril 2002 de la Cour d'appel de Paris.</p>

poste et télécommunications, d'autres activités	02-D-63 du 8 décembre 2002	Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ./. France Télécom	non-lieu (art. L. 464-6 c.com.)	<p>Distinction entre <u>trois sous-marchés</u> dans le <u>secteur des télécommunications</u>:</p> <p>1) l'ingénierie-conseil en télécommunications 2) l'installation-maintenance en télécommunications privées 3) l'exploitation-gestion</p> <p>Selon l'avis des représentants du secteur, cette description du <u>secteur garde sa pertinence, même si sous l'effet de la convergence de la voix et des données</u>, permise notamment par l'adoption dans le monde des télécommunications du protocole IP (Internet Protocol) on assiste à un <u> rapprochement du monde des télécommunications et de l'informatique</u>. (voir avis du conseil n° 04-A-21 du 28 octobre 2004 <i>FICOME</i>, point 11 et s.)</p> <p><u>Les relations des acteurs du marché 2) ne relèvent pas du domaine de la régulation</u> (point 16 de l'avis).</p> <p>Suite à la concurrence accrue et la convergence, tendant à modifier les enjeux du secteur, <u>l'activité installateur-intégrateur</u> pourrait être stratégique pour les opérateurs dans la mesure où les installateurs-intégrateurs ont un véritable rôle de prescripteurs vis-à-vis de leurs clients en leur conseillant le recours à telle ou telle solution de télécommunication et in fine, tel opérateur.</p> <p><u>Un opérateur pourrait donc être tenté, en contrôlant le marché amont des solutions de télécommunications, d'orienter à son avantage le marché aval des services.</u> (point 55 de l'avis)</p>
diffusion télévisuelle	02-MC-01 du 24 janvier 2002	Canal Europe Audiovisuel ./. CanalSatellite	rejet de la demande de mesures conservatoires	<p>Le Conseil, après avoir rappelé la distinction entre <u>trois marchés au sein du secteur de la télévision payante</u>, dont un <u>le marché de la télévision numérique par satellite</u> (avis n° 98-A-14 du 31 août 1998), et les autres au sein du <u>marché de la diffusion des chaînes sur les réseaux câblés</u> (décision du 13 novembre 1991): "<i>(...) qu'il apparaît que les services proposés aux chaînes par les opérateurs de satellite sont très différents de ceux proposés par les opérateurs hertziens ou du câble...</i>" (critères: couverture géographique, pas d'obligation de contracter avec un distributeur satellitaire, car celui-ci est obligé de permettre la réception), "<i>(...) qu'il n'est donc pas exclu que le marché pertinent soit le marché français de la diffusion des chaînes par satellite</i>" (page 2).</p>
vente d'espaces publicitaires télévisuels	00-D-67 du 13 février 2001	Canal Plus ./. TF1 Publicité	sanction pécuniaire de 8.000.000 €, injonction de publication, non-lieu partiel (L. 420-2 c. com.)	<p>Existence d'un <u>marché de l'espace publicitaire propre à chaque type de média</u>, car: différents types de médias et différents supports avec niveaux tarifaires différents; le choix des annonceurs selon le coût, la nature du message, la durée du passage, et la couverture de la population rendent les médias insubstituables. La grande distinction reconnue par la Commission européenne: publicité télévisée et celle de la presse écrite. Mais le Conseil rappelle que sont à prendre en compte non seulement ce faisceau d'indices, mais aussi les éléments de l'espèce (test d'élasticité non suffisant).</p> <p>(voir aussi 96-D-44 et la décision de la Commission européenne du 20 septembre 1995 RTL/Veronica/Endemol)</p>

postes et télécommunications, télécommunications nationales	01-D-66 du 10 octobre 2001 01-D-46 du 23 juillet 2001	Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ./. France Télécom	1) non-lieu (L. 420-2, 464-6 c. com.) 2) sanction pécuniaire, injonction de publication (L. 420-2, 462-6, 464-2 c. com.)	En 1999, il existait 1) un marché des communications téléphoniques fixes intradépartementales, 2) un marché distinct des communications téléphoniques fixes longue distance et 3) un marché de communications fixes vers mobiles, les demandes des grandes entreprises faisant naître en outre, de par leurs spécificités, dans chaque cas un marché particulier (voir aussi rapport annuel de 2001, chapitre II, 1. à la fin)
fourniture d'accès à Internet haut débit (ADSL)	00-MC-01 du 18 février 2000	9 Télécom Réseau ./. France Télécom	Injonction d'offrir aux opérateurs tiers de l'accès à Internet à haut débit permettant une concurrence effective voir décision n° 04-D-18 du 13 mai 2004: sanction pécuniaire de 20 millions € pour non-exécution des injonctions	" <u>La restriction de concurrence intervenant au moment du lancement de l'innovation revêt un caractère grave et immédiat nécessitant l'adoption de mesures d'urgence.</u> " (page 8 de la décision, page 31 du rapport annuel 2000)
marché de prestations nécessaires à la fourniture au grand public de services disponibles sur Minitel	00-D-07 du 18 février 2000	Forum cartes et collections SA ./. France Télécom	rejet de la demande de mesures conservatoires, irrecevabilité partielle	<u>pas de substituabilité entre Internet et Minitel</u> car: - nombre d'utilisateurs différent - caractéristiques d'accès et de coût différentes - développement récent de nouveaux services Minitel - clientèle et conditions de paiement incomparables
accès à l'identité électronique (domaine)	00-D-32 du 9 juillet 2000	Concurrence ./. AFNIC	irrecevabilité de la saisine/ rejet des demandes de mesures conservatoires	Existence d'un <u>marché du domaine ".fr"</u> (page 3 de la décision, page 32 du rapport annuel 2000)

fourniture d'accès à Internet mobile (WAP); fourniture de contenu	00-MC-17 du 7 novembre 2000	Wappup.com /. France Télécom et SFR	rejet de la demande de mesures conservatoires	Existence d'un <u>marché de fourniture d'accès à Internet mobile (technologie WAP)</u> , sur lequel la concurrence s'exerce entre les opérateurs de téléphonie mobile, qui disposent de leur propre fournisseur d'accès, et les fournisseurs d'accès indépendants; par ailleurs il existe un <u>marché de la fourniture de contenu</u> sur lequel la concurrence s'exerce également entre des prestataires indépendants des opérateurs de téléphonie et ces mêmes opérateurs, qui disposent de leurs propres portails et de leurs propres sites. (page 4 de la décision, page 31 du rapport annuel 2000)
cinéma et télévision/vidéo	00-MC-15 du 25 octobre 2000	Ciné-Théâtre du Lamentin /. Filmdis	rejet de la demande de mesures conservatoires	Le Conseil délimite souvent le marché pertinent dans le secteur des oeuvres cinématographiques à celui de la 1) production cinématographique (avis n° 93-A-01 du 12 janvier 1993) 2) distribution de films en salles de cinéma 3) exploitation de salles de cinéma (voir aussi 02-D-03 du 29 janvier 2002) <u>en excluant le marché de la télévision et la vidéo:</u> <u>la substituabilité ne saurait se déduire du seul fait d'une baisse de la fréquentation des salles de cinéma concomitante de la multiplication des chaînes de télévision et du développement des vidéo-cassettes, car l'exploitation de salles de cinéma est une prestation de services de nature plus large, non caractérisée par la seule diffusion des films qui on outre n'est possible qu'après l'expiration d'un certain délai.</u> (avis N° 93-A-12 du 29 juin 1993) 4) publicité en salles de cinéma

diffusion audiovisuelle	99-D-14 du 23 février 1999	Emettel J. TDF	injonction de publication, sanction: 10 millions FF	<p><u>"La diffusion par câble s'adresse prioritairement aux zones urbaines, tandis que la diffusion par satellite intéresse davantage les zones rurales, une concurrence entre ces deux supports pouvant émerger dans les zones pavillonnaires situées en limite de zones câblées."</u> (page 2)</p> <p>Voir Cour d'appel de Paris, 17 juin 1992, Compagnie générale de vidéocommunication: <u>marché unique de la diffusion par câble et satellite</u> (le marché de la diffusion par ondes hertziennes étant caractérisé par de fortes barrières à l'entrée (page 2; 00-MC-04 Planete Cable ./ France Télécom)</p> <p><u>"Le trop lent développement du câble en France empêchera pendant de longues années encore une éventuelle recomposition des utilisations du spectre hertzien. Au contraire même, le développement probable du numérique terrestre (en particulier par l'intermédiaire du MMDS) consacrera encore longtemps le spectre hertzien comme support privilégié de ces activités fixes ou mobiles"</u> (page 2 de la décision du conseil).</p> <p>Par conséquent la définition de ces deux marchés (diffusion hertzienne d'une part et par câble ou satellite d'autre part) restera stable.</p> <p>Pour distinguer le marché des chaînes généralistes (visant une audience la plus large possible et optant par conséquent pour la diffusion par voie hertzienne) <u>financées par une redevance ou surtout par la publicité</u> de celui des chaînes thématiques/ des bouquets de chaînes à péage <u>financées par des abonnements</u> (ayant choisi plutôt la diffusion par câble et par satellite), le Conseil retient les <u>critères suivants</u>, qu'il généralise pour toute définition du marché pertinent: <u>la nature de la prestation, l'environnement juridique, les conditions techniques d'utilisation, le coût d'usage</u> ou de mise à disposition et la stratégie des offreurs, ainsi que la <u>qualité des demandeurs</u>. (page 16)</p> <p>En plus, le Conseil distingue entre <u>le marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales publiques généralistes</u> (soumises à des contraintes légales pour le choix d'un diffuseur) et <u>le marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales privées généralistes</u>. (page 17)</p> <p>Quant à la <u>demande des collectivités locales</u>, dont le territoire n'est pas couvert, <u>pour la diffusion des chaînes nationales</u>, le Conseil distingue entre trois marchés: 1) <u>services de maîtrise d'œuvre</u> (assuré par TDF qui organise une consultation des fournisseurs de matériels de réémission), 2) <u>fourniture de matériels de réémission</u>, 3) <u>installation et maintenance de matériel de réémission</u> (page</p>
-------------------------	-------------------------------	----------------------	--	---

<p>télécommunication/ téléphonie fixe et mobile</p>	<p>99-MC-04 10 mars 1999</p>	<p>Association des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT), Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) ./. France Télécom</p>	<p>rejet de la demande de mesures conservatoires</p>	<p>« (...) même s'il est envisageable à terme qu'une plus grande diffusion de la téléphonie mobile conduise à un système unique de télécommunications englobant différents marchés aujourd'hui distincts, il n'est pas possible, dans la situation actuelle, de considérer qu'il existe un seul et unique marché. En effet, même si le marché de la téléphonie mobile a connu au cours de l'année écoulée une croissance importante (...) la plupart des utilisateurs n'ont pas pour pratique de résilier leur abonnement au réseau de téléphonie fixe au profit d'un abonnement pour la téléphonie mobile. De plus, la différence de prix sensible qui subsiste entre un abonnement et des communications sur réseau fixe et sur réseau mobile est un élément qui contribue à distinguer deux marchés ». (page 3, voir avis n° no 97-A-19 du 24 septembre 1997 et n° 98-A-19 du 25 novembre 1998)</p>
<p>diffusion audiovisuelle, télévision à péage</p>	<p>98-D-70 du 24 novembre 1998</p> <p>(01-MC-01 du 11 mai 2001)</p>	<p>Multivision, TPS ./. Canal Plus</p> <p>Multivision, TPS ./. Canal Plus et Kiosque</p>	<p>injonctions, sanction: 10 million FF</p> <p>Injonction de s'abstenir d'acquérir des droits exclusifs de diffusion télévisuelle de films cinématographiques français récents pour le paiement à la séance jusqu'à la décision sur le fond</p>	<p>Pour la première fois: <u>distinction entre les marchés de télévision à péage</u> (par abonnement forfaitaire ou par paiement à la séance) <u>et gratuite</u> (commerciale ou publique) (pages 16, 17).</p> <p>(délimitation approuvée par la Cour d'appel de Paris, mais annulation de la décision pour des motifs de procédure, arrêt du 15 juin 1999; pourvoi de Canal Plus rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2000; voir en détail: décision du conseil n° 05-D-13 du 18 mars 2005)</p> <p>Ceux-ci sont en outre <u>distincts du marché des oeuvres cinématographiques</u> (page 17).</p> <p>En plus, il existe un <u>marché des droits de diffusion des films français récents pour la diffusion à la télévision à péage, distinct de celui des films étrangers</u>, vu l'obligation légale d'y consacrer 40% de l'offre d'oeuvres cinématographiques et vu l'écart de coût de 70% en moyenne existant entre les droits de diffusion des films français et ceux des films américains. (page 17)</p>

B. Les avis

n° d'avis/ date	sujet	observations concernant notamment les critères de convergence
05-A-09 du 04.04.2005	relatif à une demande d'avis de l'ART en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public en France	<p>Le Conseil considère que le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public, étant en pleine évolution, est <u>menacé par le risque potentiel d'une collusion</u> notamment des trois grands opérateurs (Orange, SFR et Bouygues Télécom), que les MVNO (Mobile Virtual Network Operators) ne sont pas, actuellement, en mesure de concurrencer.</p> <p>En raison de la <u>structure du marché, ne permettant pas d'écarter le risque d'une influence significative conjointe des opérateurs mobiles</u>, le Conseil est donc favorable, à l'instar de l'ART, à une <u>régulation ex ante</u> du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public. Elle devrait cependant être <u>complétée par une intervention sur les obstacles identifiés sur le marché de détail</u>.</p> <p>(voir commentaire : http://www.conseil-concurrence.fr/html/article_406.htm et les avis précédents du Conseil de la concurrence no 05-A-03 du 31.01.2005 et no 04-A-17 du 14.10.2004)</p>
05-A-05 du 16.02.2005	relatif à une demande de l'ART en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe	<p>« <i>Le Conseil... attire l'attention de l'ART sur la <u>nécessité de préserver une approche globale de la régulation du secteur des télécommunications électroniques</u></i> » (page 17) Il estime de plus qu'une délimitation ou segmentation de nombreux marchés (en l'occurrence des services téléphoniques) serait <u>parfois même inopportune</u> et <u>manquerait de robustesse en raison des évolutions et innovations technologiques très rapides</u>. Ces dernières risqueraient de remettre en cause cette délimitation et de faire perdre de vue la nécessité d'avoir une approche cohérente de l'ensemble. (points 19, 20).</p> <p>« <i>Le conseil est d'avis qu'à <u>l'horizon temporel du présent exercice</u>, et dans la perspective de l'<u>extension de la couverture ADSL et du découplage des offres utilisant l'accès haut débit</u>, il y a lieu d'<u>inclure dans les mêmes marchés les services de voix à large bande (VoB)</u>, tels que définis dans le présent avis, et les services de téléphonie fixe traditionnelle et de veiller à ce que des obligations différentes imposées aux deux types d'offres n'ajoutent pas de distorsions de concurrence supplémentaires par rapport à celles qui ont été identifiées par ailleurs.</i> » (page 17)</p>
04-A-17 du 14.11.2004	relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques	Le conseil relève les prémisses d'une convergence des marchés de la téléphonie fixe et mobile tout en maintenant leur distinction (voir citation au point 1. b.)

04-A-09 du 28.05.2004	relatif à un projet de décret sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives	<p>« Il semble enfin que l'évolution technologique ne va pas dans le sens d'une segmentation des supports de diffusion de l'image mais plutôt vers une <u>convergence</u> de plus en plus nette. La télévision est aujourd'hui disponible sur Internet et sur les téléphones portables : Inversement, l'Internet est accessible à la fois sur la télévision et sur la téléphonie mobile. Cette <u>convergence</u> des modes d'exploitation justifie une <u>commercialisation définie par format</u> plutôt que par les supports techniques utilisés.</p> <p>Si ceux-ci, en effet, évoluent et se rapprochent, la distinction entre direct et différé reste, en revanche, une donnée stable structurant le processus de diffusion de l'image et le choix du consommateur. En conclusion, le Conseil considère que le dispositif envisagé dans le décret pour les nouveaux médias n'est pas susceptible de faire obstacle au développement de ce secteur, ni de réduire d'une manière sensible l'exercice de la concurrence entre vendeurs et entre les opérateurs de ces nouveaux médias (...)»</p> <p>(...) Le Conseil tient, cependant, à indiquer que l'utilité de les maintenir (les obligations particulières aux organismes de vente centralisée, imposées par le décret afin que les procédures suivies se déroulent dans des conditions de transparence favorables à l'exercice d'une réelle compétition) dans la sphère d'exclusivité des ligues, pourrait être appréciée différemment si l'évolution technologique et économique du secteur faisait apparaître dans un avenir proche de nouveaux produits distincts des produits télévisuels classiques et répondant à une demande qui ne pourrait être satisfaite par le système de vente centralisée. » (points 68-70) (= dérégulation)</p>
03-A-07 du 21.05.2003 03-A-08 du 26.05.200	relatifs à une demande d'avis du ministre de la Culture et de la Communication et de la ministre déléguée à l'Industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques	<p>La régulation du secteur des télécommunications s'applique sans préjudice des règles internes de la concurrence.</p> <p>Le Conseil rappelle que et l'importance que l'autorité sectorielle (CSA, ART) utilise les notions de marché pertinents en cohérence avec les autorités de concurrence. (page 124 du rapport annuel 2003)</p> <p>Il rappelle aussi l'intérêt de clarifier l'articulation entre régulation audiovisuelle et droit de la concurrence, notamment en ce qui concerne la <u>nécessaire distinction à établir entre objectif de pluralisme et objectif de concurrence.</u></p> <p>En effet , dans la mesure où il est souhaitable, du point de vue de la concurrence, de garantir une pluralité suffisante de l'offre de contenus par des agents indépendants sur un plan économique, <u>l'objectif de concurrence peut rejoindre, dans le secteur de l'audiovisuel, l'objectif de pluralisme</u> (bien que la portée du droit de la concurrence soit limitée à des enjeux essentiellement économiques).</p> <p>Comme le <u>secteur de l'audiovisuel</u>, contrairement au secteur des télécommunications, ne s'est pas ouvert à la concurrence aux dépens d'un opérateur historique, « les problèmes de concurrence susceptibles d'apparaître dans ce secteur ne nécessitent pas l'instauration d'une régulation économique spécifique.</p> <p>En revanche, dans la mesure où le libre jeu du marché, même encadré par le droit de la concurrence, peut s'avérer insuffisant à la réalisation des objectifs d'intérêt général propres à la régulation audiovisuelle, le dispositif sectoriel <u>pourra être renforcé</u> ».</p> <p>Le Conseil souligne qu'il <u>conviendrait</u> en raison de sa connaissance des acteurs et sa grande expérience, que le CSA, comme l'ART, puisse saisir le Conseil pour avis sur toute question de concurrence. (page 125 du rapport annuel 2003)</p>

01-A-05 du 26.04.2001	relatif à une demande d'avis du Gouvernement concernant le projet de loi sur la société de l'information	« <i>L'extension du champ de réglementation sectorielle de l'audiovisuel aux services de communication en ligne n'est qu'illustration au plan réglementaire du phénomène dit « de convergence » à l'œuvre dans le secteur des télécommunications à mesure que s'installe la technologie numérique. Cette <u>convergence technologique rend la frontière entre les réglementations sectorielles respectives, respectivement, à l'audiovisuel et aux télécommunications, de plus en plus incertaine, alors que les règles de concurrence ont vocation à s'appliquer de façon transversale, quel que soit le secteur d'activité en cause.</u></i> » (page 3)
00-A-04 du 29.02.2000	relatif à l'acquisition par la société Vivendi de la participation de 15 % détenue par le groupe Richemont dans la société Canal Plus	<p>analyse des marchés annexes de diffusion de télévision susceptibles d'être concernés par une éventuelle convergence, entraînée par l'évolution technologique, des activités des différentes filiales de Vivendi et de Canal Plus, qui se situent à différents niveaux de la chaîne de valeur (pages 4, 34 et s.):</p> <p>« <i>En ce qui concerne les effets globaux de l'opération : (...) Considérant qu'il convient en raison de la position du groupe Vivendi sur l'ensemble de la chaîne de valeur... et de l'existence d'une <u>convergence entre les services liés au téléphone, à la télévision et à Internet</u> et, plus généralement, de l'évolution du contexte, d'examiner la situation de la concurrence sur l'ensemble des marchés précédemment identifiés ; (...)</i></p> <p><i>Considérant qu'il ressort de ce qui précède que les évolutions en cours n'ont pas, pour le moment, fait naître de nouvelles positions dominantes sur un marché clairement délimité ; qu'il n'est pas possible de déterminer si, une fois la maturation des différents secteurs en cause engagée, de telles positions seraient susceptibles de naître ; (...)</i></p> <p><i>(...) qu'en outre, il serait aujourd'hui prématuré de chercher à délimiter les contours des marchés de services et des marchés géographiques qui ne se stabiliseront qu'une fois que les secteurs en cause auront atteint une plus grande maturité ; qu'enfin, compte tenu de l'évolution des autres opérateurs, il peut être conforme à l'intérêt de l'économie nationale qu'un ou des groupes français empruntent la voie de l'intégration verticale.</i></p> <p><i>Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les effets verticaux de l'opération ne paraissent pas, dans le contexte actuel, être de nature à porter atteinte à la concurrence... »</i></p>
99-A-13 du 07.09.1999	relatif à une demande d'avis présentée par l'ART en application de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications	« <i>Bien qu'arrivée à une certaine maturité, la téléphonie entre points fixes devrait également continuer à se développer en volume, compte tenu notamment du développement d'Internet, dans une proportion cependant moindre que la téléphonie mobile, qu'il est aujourd'hui difficile d'évaluer. (...) Enfin, la <u>convergence</u> entre la téléphonie fixe et la téléphonie mobile, d'une part, et la convergence voix-image, d'autre part, avec notamment la mise en application prochaine des systèmes de « nouvelle génération » UMTS, qui seront composés d'une partie terrestre et d'une partie satellitaire et qui devraient approcher le niveau qualitatif offert sur les réseaux fixes, pourraient enfin modifier profondément la situation de l'ensemble du secteur, en rendant aléatoire la séparation voulue par la directive ONP n° 97/33/CE entre les marchés du fixe et du mobile. La directive ONP n° 98/10/CE du 26 février 1998 indique que « dans la perspective de la convergence prévue entre les services de téléphonie fixes et mobiles, la mesure dans laquelle la présente directive s'applique aux services mobiles, devra être <u>réexaminée</u> lorsque cette directive sera revue », la date butoir étant fixée au 31 décembre 1999.</i> » (page 10)

99-A-10 du 20.07.1999	relatif à une demande d'avis de l'ART concernant la création d'un service dénommé « Portail Vocal » par France Télécom	<p>« Si, du point de vue de l'offre, <u>une certaine interchangeabilité entre ces produits</u> peut être envisagée, <u>il n'en va pas de même pour les demandeurs</u>. Certes, pour les usagers du téléphone possédant un Minitel ou un ordinateur muni d'un modem, il peut s'avérer, dans certaines circonstances, indifférent de consulter un service de renseignement au moyen d'un <u>service Audiotel</u> ou d'un <u>service Télétel</u> (Minitel), voire d'un <u>service Internet</u>. Mais, aujourd'hui et pour un assez long temps encore, telle ne sera pas la situation de la majorité des foyers français. Un tiers d'entre eux seulement, par exemple, est équipé d'un Minitel. Dès lors, et ce point de vue est partagée par les professionnels, <u>l'offre de renseignement par le service Audiotel est faiblement substituable par les autres services disponibles pour la majorité des renseignements de la vie courante nécessitant des connexions de courte durée et des messages aisément mémorisables</u>.</p> <p><u>En dépit de la convergence des supports</u>, le croisement des offres de renseignements sur Audiotel, d'une part, et Télétel, d'autre part, et les demandes correspondantes constituent <u>deux marchés différents</u>.</p> <p>Le conseil considère donc <u>qu'un marché des services de renseignements Audiotel ou éventuellement des marchés de tels services, faute de substituableté entre des renseignements de nature différente, est ou sont susceptibles d'exister</u>.</p> <p>(...) <u>A ces marchés, il faut ajouter les marchés immédiatement connexes de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile.</u> » (page 11)</p>
99-A-07 du 06.04.1999	relatif à une demande d'avis du Gouvernement sur l'article du projet de loi portant réforme de l'audiovisuel et modifiant l'article 41-4 de la loi n° 86 –1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication	<p>« <u>La convergence des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel rend de plus en plus floue la limite entre ce qui relève de l'audiovisuel et des télécommunications</u>. Le CSA a lui-même indiqué... que l'« universalité du signal transmis, c'est-à-dire <u>l'utilisation indifférente, par les nouveaux services, de tout les supports de diffusion, remet progressivement en cause la gestion séparée de ces supports</u>, tant pour les différentes catégories de support de diffusion prévues par la loi de 1986 (hertzien terrestre, câble et satellite) que pour les supports gérés par d'autres autorités que le CSA (fréquence DGPT, réseaux téléphoniques, etc....) ». » (page 7)</p> <p>Le conseil considère que pour <u>éviter la confusion sur le rôle respectif de l'ART et du CSA</u> (risque de décisions divergentes), le projet de loi devrait prévoir que ce dernier est tenu de saisir le Conseil pour avis avant de délivrer une autorisation (puisque celui-ci veille sur le respect du principe de la liberté de la concurrence dans le secteur de la communication audiovisuelle. (page 7, 8)</p>
98-A-21 du 01.12.1998	relatif à une demande d'avis sur le projet de circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications	<p>« Par ailleurs, la technologie satellitaire, permettant de fournir au moyen d'une interconnexion par satellites des services de télécommunications à destination de terminaux portatifs ou fixes, reste d'utilisation restreinte, malgré <u>certaines signes de convergence entre les activités de téléphonie fixe et mobile</u>, en raison des capacités limitées de ces satellites. Ces services ne seraient d'ailleurs compétitifs que dans les zones de faible densité ou isolées. (page 9)</p> <p>(...) En conclusion, le Conseil de la concurrence estime, que la mise à disposition, par les collectivités territoriales, d'infrastructures de télécommunications à des opérateurs de télécommunications constitue un des moyens de promouvoir la concurrence au niveau de la boucle locale ainsi que le progrès économique dans l'ensemble du secteur des télécommunications. Il considère néanmoins qu'il est nécessaire que cette mise à disposition d'infrastructures soit soumise à des conditions qui permettent de s'assurer que l'offre est faite dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires et qu'elle ne conduit pas à imposer l'utilisation de ces installations aux opérateurs qui souhaitent conserver la maîtrise de leurs réseaux et de leurs choix technologiques. » (page 9, 11)</p>

<p>97-A-19 du 24.09.1997; 98-A-19 du 25.11.1998</p> <p>(auxquels se réfère la décision n° 99-MC-04 du 10.03.1999)</p>	<p>relatifs à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications</p>	<p>« (...) <u>même s'il est envisageable à terme qu'une plus grande diffusion de la téléphonie mobile conduise à un système unique de télécommunications englobant différents marchés aujourd'hui distincts, il n'est pas possible, dans la situation actuelle, de considérer qu'il existe un seul et unique marché.</u> En effet, même si le marché de la téléphonie mobile a connu au cours de l'année écoulée une croissance importante (...) la plupart des utilisateurs n'ont pas pour pratique de résilier leur abonnement au réseau de téléphonie fixe au profit d'un abonnement pour la téléphonie mobile. De plus, la différence de prix sensible qui subsiste entre un abonnement et des communications sur réseau fixe et sur réseau mobile est un élément qui contribue à distinguer deux marchés ». (page 3 de la décision)</p>
<p>98-A-14 du 31.08.1998</p>	<p>relatif à la fusion-absorption de la société Havas par la Compagnie Générale des Eaux</p>	<p>traite la « révolution numérique » (effets sur les infrastructures de la diffusion : (Internet, réseau de télédiffusion et les équipement de réception) ainsi que les évolutions attendues (<u>convergence</u>, l'émergence de nouveaux marchés) et les enjeux/risques pour la concurrence, entre autres :</p> <p>« (...) <u>considérant, en premier lieu, qu'ainsi que le relève le document de synthèse de la Commission européenne en date du 29 juillet 1998 relatifs aux « résultats de la consultation publique sur le Livre vert sur la convergence », il est admis que « la convergence, quelle qu'en soit la définition, se trouve à un stade précoce et se caractérise par l'incertitude » et que le futur environnement se caractérisera plus probablement par la « diversité et la concurrence entre différents services fournis par le biais d'un certain nombre de réseaux plutôt que par un canal ou réseau unique » ; qu'ainsi, l'évolution rapide des techniques informatiques et audiovisuelles a pour conséquence une transformation des marchés et rend précaires les positions respectives qu'y occupent les opérateurs ».</u></p>

HUNGARY

The present submission consists of two parts. First, it provides general information concerning rail services. In its second part more detailed answers are submitted concerning the telecommunications services.

1. 1. Rail services

1.1 objectives defined for regulation of transport services by the Hungarian Transport Policy 2003-2015

The lately elaborated transport policy defines general regulatory objectives for transport services, and calls for the organic unity of the various transport infrastructure networks as a starting point. The major objectives pursued by the transport policy include the provision of public services and the requirement of efficient operation, together with environmental, quality and safety purposes.

For these reasons, in passenger transport mass transport should have priority over individual means, while in freight transport rail, water and combined transport modes are preferred and should be encouraged by regulation.

It should be mentioned at the outset that in Hungary – in both passenger and freight transport – rail services face significant competition mainly from road transport services, and other transport modes like water or air transport have less importance for regulators and market actors as well concerning competition and substitution. In fact, the geographical characteristics of Hungary (distances, landscape) and the lack of adequate infrastructure leaves minimized possibilities for inland air transport.

The role for regulation and thus the impact of substitute services is far different for passenger and freight transport. Passenger transport services are in principal regulated and the government directly influences the features of the services, while in freight transport regulation takes account of the competitive impact of substitute services indirectly.

1.2 Passenger transport services

Rail and road passenger transport services are operated on the basis of public service obligation and are both regulated in detail: tariffs, discounts, schedules, contracting terms and liability, quality and safety requirements etc. are all defined by the regulator.

In passenger transport, it is a strategic goal for regulation to divert passenger traffic from road to rail where it is economically more reasonable: having less social costs, rail transport is better placed to provide long-distance passenger transport between major cities (intercity rail links) and urban commuter trains in densely populated areas (especially Budapest), suffering from constant congestion of roads (scarcity of road capacity). The goal is mainly achieved by price regulation, as regulator keeps the tariffs of rail passenger services lower and state – through the rail fare policy – provides wider discounts for rail passenger tickets and passes (consumer price subsidy). On the other hand, road passenger service providers are to ensure public transport where no rail service is available or economically viable. It means that – in

transport policy and regulation – rail and road passenger transport are rather required to complete each other than to compete or substitute. It follows primarily from the requirement of efficient operation (no parallel rail and road transport operator for the same travelling relation). In practice, this theoretically well-founded ‘cooperation’ system does not work without difficulties and several factors seem to undermine the ideas of transport policy. Firstly, for the majority of passenger traffic, price regulation and traffic control measures do not seem to be sufficient incentives to switch from individual to public transport; secondly, the quality of railway infrastructure and the service itself often leaves much to be desired compared with road transport facilities; thirdly, timetables are yet not sufficiently harmonised; and finally, the Hungarian rail and road infrastructure both need completion and improvement, and the parallel construction and development of networks render the aims of regulation less clear for consumers and service providers.

The necessity for coordination between rail and road transport applies especially to urban commuter transport – a typical and long-lasting problem of the capital. The Budapest Transport Alliance is intended to introduce a new pass system enabling passengers to switch between operators and the standardization of tariffs and discounts.

Passenger traffic of inland waterways (especially the River Danube and Tisza, and Lake Balaton) mostly consists of tourists, but – for the lack of bridges – ferries crossing the mentioned rivers have turned out to be important substitutes of rail and road transport in certain travelling relations. These ferry services are priced by the operator freely, without any regulatory oversight or influence. On the other hand, state provides consumer price subsidy to support the operators and the (captured) consumers, as the ferry service constitutes a public service similar to rail and road passenger services. In practice, the subsidy itself – without price regulation and governmental supervision – does not seem to be effective, thus giving the floor to competition law enforcement.

1.3 *Freight transport services*

Contrary to passenger transport, rail and road freight transport services both operate on a commercial basis, and the regulator is restricted to the application of indirect regulatory measures (e.g. taxes, fees, licensing, control). In accordance with the goals defined by transport policy, regulation aims at promoting and providing incentives for environmentally friendly (non-road) transport modes. Rail transport is especially preferred for long-distance transportation, and has no reasonable substitute when carrying bulk goods. Rail and road transport companies often participate jointly in operating logistic service terminals.

The road freight transport – as the major substitute and competitor for rail freight services – is fully privatised, operating as a competitive market with several thousand market actors. Privatisation and the competitive market conditions have contributed to the success of the sector and the changes in freight transport performance and thus the modal market positions: the performance figures of rail freight transport fell back with about 30% in ten years. The intention to arrest or even reverse this modal market situation and the catalysing process of EU accession required the railway regulator to open the rail transport market and establish intra-modal competition. By granting access to new railway undertakings, the whole rail sector is expected to be more efficient and the consumers benefit from the variety of rail services and service providers. The liberalisation gave rise to the need for a rail (market) regulatory body, besides the technical licensing and supervisory competences of the central transport authority.

Until now, the Hungarian Competition Authority have experienced no intention from the side of a substitute service provider to enter the rail freight market, or any merger attempt; competition law enforcement focuses on the problems of the rail market entrants.

2. Telecommunications

Can you provide a list of regulated services whose regulation has been or is being affected by substitute services? The list above might give you some ideas. But try not to limit yourselves to these examples. In each case, we invite you to answer the following questions:

- a. What is the regulated service(s) and what are the substitute service(s)? Are the substitute services only a partial substitute? Or only a substitute for a certain class of end-users? Please explain.

In the field of telecommunications and broadcasting, regulated services in Hungary are more or less the ones which emerge in the Framework Regulation of the European Union. The Act on Electronic Communications and its government decrees contains most of the provisions of the regulation, providing the framework for the law enforcement of the Regulatory Authority (the National Communications Authority, as national regulatory authority, hereinafter NRA) that designates the actual undertakings being concerned by regulation and formulates the actual obligations imposed on these undertakings having significant market power (SMP). Since the NRA also has the task to define relevant services and thus relevant markets that might be subject to regulation, the scale of the services actually regulated might also change as market conditions develop.

Beside the act mentioned above, the Act on Radio and Television Broadcasting also contains certain provisions, which regulate certain aspects of the broadcasting and program distribution markets.

Postal services are now regulated in a separate act.

With regard to the above background, the possible list¹ of regulated electronic communications, broadcasting and postal services is as follows:

2.1 *Electronic communications services:*

- Retail access to public telephone networks at fixed locations and calls² on those networks provided for residential customers;
- Retail access to public telephone networks at fixed locations and calls on those networks provided for business customers;
- Retail provision of leased lines;
- Wholesale call origination in the fixed public telephone networks;
- Wholesale call termination in the fixed public telephone networks;
- Wholesale transit services in the fixed public telephone networks;
- Wholesale access to the fixed public telephone networks (local loop unbundling);

1 All services listed here are not necessarily subject to regulation at the same time, since it depends on the actual measures of the NRA.

2 Retail access, the provision of national calls and the provision of international calls form three separate relevant services and thus three separate relevant markets under the regulatory regime.

- Wholesale access to and call origination in the public mobile telephone networks;
- Wholesale call termination in the public mobile telephone networks;
- International roaming services on public mobile telephone networks provided at the national level;
- Wholesale provision of leased line capacity (transit parts and termination parts);
- Wholesale access to broadband infrastructure;
- Wholesale broadcasting services.

Internet access as a separate set of rules.

2.2 *Other broadcasting services*

- Retail service of program distribution on cable networks

2.3 *Postal services*

Universal postal services:

- Postal services relating to the delivery of domestic and international postal consignments up to two kilograms in weight;
- postal services relating to the delivery of parcels within Hungary and from Hungary to abroad up to ten kilograms in weight and from abroad to Hungary up to twenty kilograms in weight;
- Postal services relating to the domestic and international delivery of consignments containing materials written in Braille for the blind, up to seven kilograms in weight;
- Postal money order service within Hungary;
- extra services: acknowledgement of receipt and insurance of value available along with the services specified in points a) to c), registered service in connection with the services specified in points a) to c) and acknowledgement of receipt in connection with the service specified in point d).

Regulated PSTN voice services (access to and calls in the public telephone networks at fixed location) are partially or entirely substitutable by several other services. Firstly, they face competition from mobile voice services, above all from prepaid mobile services in the case of residential subscribers to whom accessibility is essential but making calls is less necessary. Mobile voice services can be substitutes for traditional fixed line services in the business segment, as well, since mobile operators provide wireless office services or transfer fixed-to-mobile calls into mobile on-net calls via mobile adapters and supply them at a significantly lower tariff.

PSTN voice services face competition from cable telephony too but these latter services are only available in limited parts of the country. We suppose that voice services on CATV networks are a real alternative for residential and SOHO users mainly.

Presently, voice-over-IP services provided via the Internet (such as Skype or MSN Messenger) have only a marginal importance yet and in the near future we do not expect a fast expansion as the rate of households equipped with PCs in Hungary is not very high, and moreover, the use of these programs requires a certain talent for informatics.

However, other voice services transmitted (partly) over IP-networks are more common especially in the case of international calls such as calling cards (there are several companies providing such services) although we do not have proper information on the usage of these services. We only suppose that the target audience of these operators are residential customers and small and medium sized enterprises which are generating relatively high international voice traffic.

Wholesale call origination and termination in fixed telephone networks are only substitutable by another fixed connection such as an optical connection provided by an alternative operator or a cable connection by the CATV operator but the amount of these connections has not reached the critical point to affect the relatively heavy regulation imposed on incumbent telephone operators. Wholesale transit services are not regulated because of the intense competition experienced in this segment.

Wholesale mobile termination services are not substitutable due to technical features of the service. On the other hand, the wholesale access to and the origination in mobile networks are not regulated, since the NRA has found that fierce competition at the retail level makes wholesale regulation unnecessary. Though retail access to mobile networks is hardly substitutable by any other service, thus retail mobile telephone services are not regulated anymore. We do not have experience on international roaming service provided at national level, and the NRA has also not finished its market analysis.

ADSL services as wholesale broadband services are regulated, because the NRA found that there were no substitutes for them at this stage. At the wholesale level, CATV networks are not obliged to provide access to their infrastructure for Internet Service Providers (ISP), and it is probably justified in Hungary due to the different technical features of a large number of networks and due to scarce capacity, so CATV networks cannot serve as a real substitute. However, at retail level ADSL-Internet services face competition from broadband Internet services provided over CATV infrastructure and partially from broadband Internet services provided over microwave networks. In the case of large enterprises Internet services via leased lines can also function as substitutes for high speed ADSL (so called BDSL) services.

On the other hand, leased line services are also regulated as far as the retail level or the termination segment is concerned. In the absence of relevant experience of the Competition Office we could only cite the statements of the NRA. The NRA has not found any real substitutes for these services when carrying out its market analysis that should have established the broadening of the relevant market but it has also added that in the case of the retail segment IP VPN services and Gigabit Ethernet transmission services can serve as substitutes to some extent.

Retail Internet access services are not regulated. Wholesale services are regulated in different ways depending on the type of service. Since broadband wholesale services are elaborated above, here we only mention narrow band services. Legislation provides for an obligation on incumbent telephone operators to offer wholesale flat rate Internet access service in territories where broadband access has not yet been launched. In this case regulation clearly supposes that flat rate offers could lead to retail narrow band offers substituting broadband services, what is highly disputable (furthermore, this arrangement is practically not present in the market). Otherwise, certain aspects of the wholesale call origination for Internet access are regulated, since this origination service can hardly be substituted by other means (though narrow band Internet access provided on fixed public telephone networks at the retail level might be limitedly substituted by mobile Internet services, ISPs cannot provide their services on mobile

networks, and microwave services – also a limited substitute – are much more expensive and technically less feasible).

Wholesale analogue terrestrial radio and television broadcasting are also regulated services. The NRA's draft measure found that distribution on CATV networks and satellite broadcasting cannot substitute this service for content providers.

Other broadcasting-type services include program distribution provided on CATV services, which are regulated by the Act on Radio and Television Broadcasting due to the high penetration of cable in Hungary. This regulation is however focusing on content related concerns, such as the "must carry" obligation to deliver the Hungarian public broadcasters.

Digital broadcasting is not yet regulated, since the launch of the terrestrial service is still under preparation, and so is the regulation, but it is to see that it becomes a substitute for several existing services and this fact will affect the content of regulation.

The universal postal services mainly between private persons may be partially substituted by other text communications services (SMS, email), but most of the postal items is business-to-consumer letters. These partial substitutes have not affected regulation in any ways.

- b What is the purpose or the objectives of the regulation on the regulated services? (For example, is the regulation designed to promote high quality, efficient production, reasonable prices? to ensure a plurality of voices in the media? or to prevent excessive risk-taking by banks?)

The objectives and basic principles of the Act C of 2003 on electronic communications are the following:

- "establishment of a reliable and transparent regulatory framework that facilitates the development of the electronic communications infrastructure of the information society and the promotion of services and new technologies related to it, enhancing competition regardless of the technology applied;
- Protection of consumers' interests in their relationship with all players of the electronic communications market, ensuring, in particular, that
 - All communications services be available to consumers required for them to have access to all information and content provided by content providers accessible through means of electronic communications, subject to authorisations;
 - Consumers be able to have a free choice of electronic communications networks, electronic communications service providers (hereinafter: service providers) and services, and be able to decide which network, service provider or service to use;
 - Consumers be able to communicate with other consumers by way of electronic communications irrespective of the fact whether such consumers have a contractual relationship with the same, or other service providers;
 - Consumers be able to choose freely between the service providers and services used, irrespective of the service providers;

- Consumers be able to use electronic communications services under publicly available, defined and equitable terms and conditions disclosed to the public, for the lowest price and at the highest quality;
- Consumers be able to receive reliable, transparent and up-to-date information concerning the features of electronic communications services and the conditions concerning their use;
- Consumers be able to have access to high quality protection in their disputes with service providers in order to settle such disputes simply and quickly;
- Provision of universal access to high quality and efficient electronic communications services defined in accordance with the interests of the entire society;
- Greater consideration of the needs of certain social groups, in particular the disabled and low-income users;
- Elimination of factors that distort or restrict competition in the unifying electronic communications market, and enhancement of the further development of efficient competition;
- creation of a legal and economic environment to ensure the freedom, rights, obligations, equal opportunities for and the enforcement of the interests of market players, and granting access to the markets for new market players, as well as counterbalancing – in a differentiated manner – the influence of those with significant market power to the extent necessary for the evolution and maintenance of efficient market competition so that market actors pursue their activities in compliance with the norms of fair play, giving due respect to their competitors' interests;
- Safeguarding the undisturbed and successful operation of the electronic communications market and the interests of those pursuing electronic communications activities and of the user, and maintenance of fair and efficient competition;
- Provision of procedures and services enforcing the principle of equal treatment in the unifying electronic communications markets by supervising the behaviour of organizations and persons pursuing electronic communications activity;
- Facilitating and implementing data protection measures in connection with electronic communications;
- Enforcement of environmental protection measures in respect of electronic communications;
- Promoting transfer of cultural, scientific and societal values by appropriate regulation of broadcasting as electronic communications service, in particular to ensure access to the public service radio and television programs, and to specify the basic public-service tasks in connection with the quality and continuity of these services;
- Maintenance of the integrity and safety of the public electronic communications networks;
- Efficient management of radio-frequencies and identifiers;

- Facilitating the use of radio-frequencies free of harmful interference;
- Ensuring free trade of electronic communications services in accordance with the international treaties of the Republic of Hungary and the fulfilment of the international commitments of the Republic of Hungary, including the provision of cross-border services at the lowest possible price;
- Integration of the Hungarian electronic communications markets into the unifying electronic communications market of the European Community, with special regard to the establishment and development of trans-European networks, and the promotion of the interoperability of pan-European services and establishing end-to-end connectivity;
- Specifying the basic rules and regulations regarding the duties of the state with respect to electronic communications, with special regard to the safety of, and the dangers jeopardising electronic communications and the order for making preparations for state of emergency, martial law or period of jeopardy (hereinafter jointly referred to as qualified period)."

However, the direct purpose of the regulatory intervention in the individual markets is in fact more tangible. The regulation of retail PSTN services aims at ensuring fixed line telephone services in a nation-wide uniform quality and at an affordable price (universal service). The objective of regulating retail leased line services is providing a minimum set of leased lines. The objective of regulation at the wholesale level is to promote entry and – through applying proper costing models – efficient production. Internet access regulation of different levels and of different approaches tries to aim beside reasonable prices also a higher penetration of broadband access to promote the socio-political aim of knowledge-based economy and society. Regulation limiting the maximum of households to be reached by the same CATV operator was originally designed to secure the plurality of opinions in media.

The general objectives of Act of CI 2003 on the Post are similar to those of the Act on electronic communications:

- Ensuring the provision of universal access to high quality and efficient postal services;
 - The protection of consumers;
 - Safeguarding the efficient operation and the development of the postal market,
 - Ensuring the integration of the Hungarian postal market with the postal market of the EU.
- (a) Which of the objectives of the regulation (if any) are enhanced or promoted by the presence of substitute services? (For example, where regulation is designed to promote high quality, efficient production, or reasonable prices, the presence of competition from substitute services enhances the objectives of the regulation).

The degree of fix-mobile substitution contributes to the effectuation of the regulatory objective to promote reasonable prices while the effects of competition from cable TV operators appear in the incumbents' purpose of providing triple play or at least bundled (telephone and broadband Internet) services.

- (b) Conversely, which of the objectives of the regulation (if any) are undermined by the presence of substitute services? (For example, where regulation imposes an obligation on

the regulated incumbent – such as the obligation to fund a non-commercial service – the presence of substitute services which are not subject to the same obligation will undermine the objective of the regulation).

One example might be the strict regulation of universal PSTN services. Since the services provided by the incumbent telephone operator seems to be at least partly substitutable by several other services (in this regard primarily by mobile operators which could also provide universal services though Hungarian regulation does not allow it, but also by CATV and VoIP operators), the regulatory obligations imposed on it may be too burdensome thus leading to unjustified competitive disadvantage (mainly inefficiencies).

Another example might be the overwhelming expansion of the wholesale ADSL access resale arrangement offered by the two largest incumbent telephone operators, which provide a perfect substitute for ISPs to bundle the access product with their own Internet product. This kind of arrangement makes it economically irrational to buy access to the unbundled local loop and so to offer a genuine Internet access product by the ISP. In this way the incumbents can secure their quasi monopoly position at the wholesale market of access to broadband infrastructure.

- (c) Has the regulatory regime been modified in some way (or are there calls for future changes to the regulatory regime) to take account of competition from substitute services? What was the nature of these changes in the regulatory regime? For example, were there policy actions to:
 - Enhance or promote competition from the substitute services? (For example, were steps taken to ensure access to essential facilities, to relax licensing requirements, or to reduce switching costs?)

In the first several years after mobile services had been appeared in Hungary prices of both retail and wholesale mobile services were regulated. Later on, these obligations were lifted as competition between mobile operators had reached a certain level, however regulation of fixed line services stayed in force and even got stricter. This kind of asymmetric regulation gave mobile operators greater latitude and hence they could provide new and better services and increase penetration.

- (i) *Prevent competition from substitute services? (For example, were licensing requirements tightened up, were new obligations imposed on the substitute services, or were these services prohibited entirely?)*
No.
- (iii) *Ensure a “level playing field” between the regulated services and the substitute services? For example, were regulatory obligations on the regulated services extended to the substitute services? Or were existing regulatory obligations on the regulated services lifted?*

We can mention only one example from the past when in order to ensure the introduction of VoIP services and to encourage market entry the NRA defined its technical standards in order to differentiate it from the PSTN voice service so that international calls could have been completed using this technology despite the fact that the incumbent had exclusive rights over the provision of telephone calls using PSTN infrastructure.

As far as possible future changes are concerned it might be a future issue whether it is justifiable for the NRA to consider the regulation of CATV network operators capable of providing broadband services at wholesale level and imposing obligations similar to those on fixed telephone network operators

providing wholesale broadband access. The reconsideration of substitutability of fix and mobile calls might result at the lifting of the existing price regulation of certain retail telephone services provided at fixed location.

- (iv) *Has the presence of substitutes affected specific aspects of the way services are regulated – for example, has the presence of substitutes affected the way that the regulated services are priced (For example, the presence of un-timed voice-over-IP calls might affect the ability to charge a timed rate for PSTN calls; the tariffs for electricity transmission services might affect the way that gas transmission should be regulated and vice versa).*

We are not aware of any such effect in regulation. However, it might be worthwhile to mention that no changes were made even if substitution grew more significant. The NRA has now upheld the retail price regulation (practically a price cap regulation) on PSTN access services though growing substitution from the part of mobile services and CATV voice services avoid fixed operators raising the price of access.

- (d) Has the presence of substitute services led to a move to reorganise or consolidate regulatory frameworks or regulatory institutions? (For example, the ability to provide “broadcasting” services over a range of different infrastructures has encouraged a movement towards “technology neutral” broadcasting regulation and, at the same time, has led to the consolidation of different regulatory bodies which, historically, had responsibility for different infrastructures).

The Hungarian regulation of electronic communication networks and services is based on the common regulatory framework of the European Union for electronic communications networks and services which entered into force in 2002. This new regulatory framework responded to the convergence of the media, telecommunications and information technology. This phenomenon gave ground for a more horizontal approach to regulation of communications infrastructure, because the former separate regulatory frameworks, which had a major impact on the liberalisation of all telecommunications services and networks were likely to be inconsistent with these market developments.

The former regulatory framework was not technologically neutral since different rules applied to services provided over different networks, for example mobile and fix networks. The new regulatory framework as far as possible aims not to differentiate between technologies over which communications services are delivered. In this sense technological neutrality means that the legislation defines the objectives to be achieved, and neither imposes nor discriminates in favour of the use of a particular type of technology to achieve these objectives. In order to ensure technological independence the specification of relevant markets on which the existence of SMP had been presumed was removed and the competition law concept of dominant position was introduced as a more appropriate trigger for certain ex ante regulations.

As far as postal regulation is concerned, it came into force in 2004 (The Act of CI 2003 on the Post and its executive decrees) and it is compatible with EU regulations (Directive 97/67/EC and 2002/39/EC) and contains provisions on accounting separation, on transparent, non-discriminatory, uniform pricing and discount system of universal service providers, and obligation of access to the network of incumbent service provider. Universal postal services may be provided by the designated universal postal service provider, and by licensed providers, but only the designated one can maintain the exclusive right to provide the reserved services (delivery of postal items up to 100 grams). Services outside the scope of universal services may be provided without individual licence after a general authorisation. So the postal regulation tries to help the entry of other postal operators into postal service market, but the competition from other text communications technologies (fax, email, SMS) does not influence the postal regulation.

- (e) Has the presence of substitute services raised issues and concerns for competition law enforcement? Have you sought to prevent mergers between the regulated and the substitute services? (For example, have you sought to prevent mergers between say, electricity and gas transmission or distribution, or between an ADSL provider and a cable television infrastructure provider, or between, say, a rail service provider and a bus company?)

The Hungarian Competition Authority has sought to prevent two planned mergers between an incumbent fixed telephone network operator providing among others ADSL services two CATV service providers operating networks parallel with the networks of the fixed telephone network operator. In our analysis we found that CATV infrastructure becomes a real alternative of fixed telephone networks considering either broadband Internet services or voice services. The proposed concentrations could have impeded the development of this competition between infrastructures, so the Competition Council in the SO expressed its intention not to authorize the merger, in consequence of which the parties withdrew their requests.

Has the provider of the regulated services sought to use its position in order to restrict the entry of substitute services (For example, has the regulated incumbent sought to deny access to essential facilities, or to use below-cost pricing to drive out competitors in the substitute services?)

We had competition cases on similar matters in the fixed telephony market if we regard carrier pre-selection (CPS) that is insured by regulation as a substitute service. The Hungarian Competition Authority investigated the conduct of an incumbent telephone operator in both the market of retail telephony services provided for business customers and in the market of retail telephony services provided for residential customers. In these cases the investigation found evidence that the incumbent created retail service-packages in such a way that competitors were not able to offer similarly attractive tariffs regarding the price of the wholesale interconnection fee they had to pay for the incumbent for being able to provide their own CPS services (a margin squeeze situation).

ITALY

Once a sector is regulated, technical progress and changes in consumers demand can have a very important effect on the degree of competition, enlarging the relevant market by including new suppliers or by making it easier for consumers to switch. As a consequence, competition may well become the instrument for disciplining firm's market power and regulation can be eliminated. For example, while train and planes are in general still in separate markets, technical progress has made it possible for fast train services to become fully substitutable to plane services below a distance which is now much higher than before. As a consequence the respective tariffs for these services need no longer to be regulated. The same happened many years ago when train freight services have been subject to the competition of road freight services. Now neither is regulated, at least in most countries.

This submission, by referring to the Italian experience, will discuss the regulatory challenges associated with the need to accommodate technical progress in a number of sectors. In postal services, fax and e-mails are very efficient substitutes of traditional post office services. Until recently however they could not be used as legal proofs of having fulfilled a contractual requirement or a public obligation, so that postal services continued to maintain a monopoly position. Changes in the Italian legislation have now made this substitution possible, even though with no changes to existing postal regulation. In telecommunications, voice services over IP, while technically and legally possible in Italy, still face regulatory uncertainties on the type of universal service obligations such services should be subject to. As a consequence, these services are not fully advertised and the competition they provide with respect to traditional services is probably less intense. Internet banking, while spreading fast, is made more difficult by high switching costs traditional banks have introduced to maintain their depositors. Regulators do not seem to be interested in intervening. As a consequence, internet banking is much less popular as it could be. In gasoline distribution, existing regulation has not considered that shopping centers could become additional suppliers of (cheaper) gasoline and it has made entry by non-vertically integrated suppliers almost impossible. As a consequence, entry of shopping centers in the market for gasoline is much lower than it could be.

1. Postal services

Until very recently, the postal service monopoly was strengthened by the impossibility of having e-mails provide the same legal validity as a postal delivery. As a consequence all sort of obligations had to be fulfilled by post.

A recent Presidential Decree no. 68/2005 has recognized the legal value of e-mails. More specifically, the Decree set up a system where the sender is provided with a certification of the sending and the receipt of the message. The security of the system will be guaranteed by a protocol to be implemented soon.

2. Voice services over IP

The increasing opportunities of voice services over IP require important regulatory changes before they are reaped. The Italian Telecom regulation does not regulate voice over IP services at all and is waiting (and the Telecom regulator is actively working for) for an EC wide solution. As a consequence, while voice over IP services exists in Italy, they are not advertised aggressively and the prices remain, in a comparative perspective, quite high.

Besides the low, but rapidly increasing, internet literacy in Italy, there are a number of reasons for the difficulty the regulator faces with voice over IP services, the main one being that the regulator is still considering how to define the service and whether to assign special numbers for these types of services. Indeed, while in general companies that are assigned telephone numbers are required to provide emergency phone services for free, such services would be difficult to be provided by voice over IP operators, since the number would not be used in a single location, but can be carried around all over the world, the only prerequisite being a broad band internet connection.

In this respect voice over IP is changing all the certainties associated with the telecommunications industry and all the obligations/opportunities associated with a fixed line. For example, given that one could have an Italian number and use it in France, any obligation for universal services would be difficult (and maybe also unfair) to impose.

The solution, however, is not blocking the introduction of voice over IP services, or trying to make sure that it conforms to traditional fixed line telecommunications. Customers should be able to benefit from the new technology as much as possible and, should some of the certainties associated with the existing structure of services be weakened, then the solution is to allow the new services and, in time, adapt existing regulations, not trying to solve everything before hand.

3. Banking¹

In the past decades the banking industry in Italy, like that in all other countries, benefited from the new opportunities originating from regulatory reform by offering new and improved financial services to customers. On the other hand switching costs for consumers remained quite high, so that competition between banks did not increase proportionately. There is now substantial evidence that the widening range of services offered by banks was not associated with a significant increase in the elasticity of each bank residual demand (as should have been expected because of greater competition). The effect of liberalization on the market power of banks with respect to customers of banking services was probably not too strong. A regulatory solution, certainly of a soft type, is needed here.

In recent decades, besides the traditional deposit-taking banks have entered quite a number of new related markets, such as (among others):

- Credit cards services, paying bills for depositors
- Consumer loans
- Mortgages
- Life insurance

¹ This section closely follows the ICN report by the Antitrust enforcement in regulated sectors working group on “An increasing Role for Competition In The Regulation Of Banks”, 2005.

- Financial consulting; Management of investment funds; Asset management

By providing all these services under one roof, banks reduce the transaction costs depositors would have faced had they been obliged to negotiate for receiving these services with a number of different providers. At the same time, however, by offering all these services under one roof, banks have made it more costly for depositors to switch bank. In fact should depositors decide to move to a new bank they would need to: 1) receive new credit cards (with a different number and expiry date) that would need to be communicated to any service provider, for example the cable TV company, should its bills being paid by credit card; 2) inform the new bank about all utilities whose bills were being paid by debiting the depositor checking account; 3) transfer the deposit of all purchased stocks or bonds to the new bank; 4) maintain the checking account of the old bank just to service the mortgage; 5) communicate to all correspondents the new banking coordinates. Because of switching costs, even though competition may be increased in each of the markets where banks entered into, the overall market power of each bank is increased, at least with respect to existing depositors.

Depositors may also face switching costs because of strategic behavior on the part of banks. For example while opening a checking account may be free, banks may require that a high fee be paid when closing an account and such information may not be communicated in a transparent way to depositors. There are good reasons why a policy of charging for closing an account would be followed by all banks and would not be competed away: Each bank benefits by market segmentation and no bank benefits by unilaterally reducing exit costs. The same is true for banks making it costly to repay a mortgage or a long term debt. Markets are artificially segmented that way.

It is unlikely that banks would engage autonomously in switching costs reducing activities, given that this would imply reducing profits for each bank. Not a very intrusive regulation would be needed for making sure that banks compete by reducing switching costs. It would be probably sufficient that regulation could impose on all banks disclosure rules with respect to all the costs involved in switching, so that consumers are made aware of these costs and competition among banks may indeed prove to be very useful.

Extending the geographic reach of payment systems and of bank clearing mechanisms through regulatory reform would enlarge the geographic scope of banking markets, especially for countries with a common currency. With the advent of the internet, banking is no longer necessarily a local industry, not even for the smallest depositor, at least in countries with widespread internet literacy. For example, the introduction of the Euro in 2002 could have made depositors indifferent as to the national localization of the bank where they would deposit their savings, leading to a very significant enlargement of consumer choices and of competition. Notwithstanding the regulatory interventions in such directions, such as with regulation (EC) 2560/2001 on cross-border payments in the Euro area, the high costs traditionally associated with dealing with foreign banks have remained. As a consequence, the residual demand of a bank localized in one country remained substantially equal to what it was before the Euro, while the removal of the higher costs associated with cross border transactions would have probably led to a significant increase of the elasticity of its residual demand.

4. Gasoline distribution

In the last years, with the development of shopping centres, large retailers have the incentive to attract distant customers by offering them low priced gasoline. The possible “convergence” between retail trade and gasoline distribution was made very difficult by sectoral regulations that remained separate and independent.

In particular, in gasoline distribution the great majority of regional provisions lay down rigid planning criteria based on quantitative entry restrictions (as minimum distance between pumps). Furthermore Legislative Decree n. 32/98 replaced the existing regime based on concessions with a regime based on authorizations. At the same time, the Decree conditioned, for a transitional period that many Regions interpreted as permanent, the opening of a new gasoline stations to the closing of three existing service stations.

All these provisions introduce a limitations on the possibilities of large retailers to open a gasoline station and, as a result, only 0,2% of service stations in Italy are owned or controlled by large retailers. First of all, the minimum distance between pumps is not the real one, but is calculated on the public roads only, so that the part on private property does not count. Furthermore, contrary to gasoline distribution companies that would control a large number of concessions, large retailers would have to purchase on the market the three concessions to close, before being authorized to open a new service station. Finally the regulation of opening hours of gasoline stations and of retail outlets is not homogenized.

KOREA

1. The Regulated Service and the Substitute Services

The emergence of substitute services brought cutthroat competition to regulated services as we have seen in cases like railroad vs. other means of transportation and electricity vs. gas. The existence of competition requires changes in regulations or has an influence on the organizational structure or regulatory policies of competition authorities. Furthermore, in some cases, the existence of competition raises new issues for competition law enforcement. In Korea, competition between CATV broadcasting known as cable TV and satellite broadcasting is an example showing how the relationship between regulated and substitute services affect competition law enforcement.

1.1 *CATV Broadcasting as a Regulated Service and Satellite Broadcasting as a Substitute Service*

CATV broadcasting which began its service in 1995 is multi-channel broadcasting using signal transmission or line facilities. This type of broadcasting provides services including terrestrial broadcasting and specialized programs such as movie, music and home shopping programs. Satellite broadcasting which transmitted its first signals in 2002 refers to broadcasting using wireless stations on an artificial satellite.

Both CATV broadcasting and satellite broadcasting are pay television businesses that offer multi-channel broadcasting services. The two business sectors are in a substitute relationship given that they are in fierce competition to attract new subscribers and retain existing subscribers out of a limited number of viewers, or households, and that they have similarities in the number of channels and the product prices.

Comparison between CATV and satellite broadcasting

	CATV broadcasting	Satellite broadcasting
Operation	Transmitting broadcasts of program providing business operators and relay-transmitting terrestrial broadcasts and foreign broadcasts	
Retransmission	All terrestrial broadcasts	Except two broadcasts
Broadcasting zone	Within a specified zone	Nationwide
User fees (for example)	Type1: 4,000 won(20 channels) Type2: 6,000 won(30 channels) Type3: 15,000 won(60 channels)	Type1.10,000 won(51 channels) Type2.14,000 won(60 channels) Type3.20,000 won(115 channels)
Installation charge	30,000-60,000 won	200,000 won
License	Obtain a license of the Minister of Information and Communication upon receiving a recommendation of the Korea Broadcasting commission	

1.2 *Market Situation*

As of June 2004, approximately 76.6% of the 16.99 million Korean households, or 15.5 million households, subscribe to multi-channel pay television service. In terms of market share based on the number of subscribers, CATV broadcasting accounts for 90% (11.72 million) while satellite broadcasting accounts for 10% (1.3 million).

Changes in subscriber numbers and market share**(unit : ten thousand households)**

	CATV broadcasting		Satellite broadcasting		Total
	Number of subscribers	Market share	Number of subscribers	Market share	
Jan 2002	525	99.9%	0.2	0.1%	525.2
June 2002	595	95.2%	30	4.8%	625
Dec 2002	745	93.2%	54	6.8%	799
June 2003	1012	92.3%	78	7.2%	1090
Dec 2003	1140	90.8%	115	9.2%	1255
June 2004	1172	90.0%	130	10.0%	1302

2. Purpose of the Regulation on the Regulated Services

In Korea, broadcasting businesses including cable broadcasting are regulated by the Broadcasting Act. The purpose of the CATV broadcasting regulation is to protect the rights and interests of viewers, form democratic public opinion and improve national culture by guaranteeing freedom and independence and enhancing public responsibility of broadcasting, thus contributing to the development of broadcasting and the advancement of public welfare.

2. Guaranteeing freedom and independence of broadcasting through ownership restriction

Under the Broadcasting Act, any corporation operating daily newspapers or news correspondences (e.g. Yonhap News) cannot own the stocks of a CATV broadcasting operator in excess of 33% of its total stocks. Also, a CATV broadcasting operator may not receive the investment or contribution from foreign capital in excess of 49/100 of the total stocks or equity shares of the relevant corporation.

3. Protecting consumer rights and representing diverse opinions through prevention of monopoly with restriction on concurrent operation

A satellite broadcasting operator is prohibited from owning the stocks of a CATV operator in excess of 33% of its total stocks. And the turnover of a specific CATV broadcasting operator should not exceed 33% of the turnover of the entire CATV operators combined.

4. Enhancing public responsibility of broadcasting through licensing and restriction on business zone

A person who intends to operate a CATV broadcasting business has to obtain a license of the Minister of Information and Communication upon receiving a recommendation of the Korea Broadcasting Commission. In addition, broadcasting operators must obtain a license or authorization from the Korea Broadcasting Commission or the Minister of Information and Communication for modifications of the relevant corporation (merger or division and change of the person owning the greatest number of stocks), of broadcast fields and of the broadcasting zone.

A CATV operator can run its business only within a specified broadcasting zone notified by the Korea Broadcasting Commission. If the broadcaster operates in multiple zones, the number cannot exceed a fifth of the total number of broadcasting zones (77 zones).

5. Protecting rights and interests of consumers

A CATV broadcasting operator should report the standard contractual terms and conditions to the Korea Broadcasting Commission and obtain its approval for user fees.

3. Modification of Regulatory Regime

The advent of satellite broadcasting that can provide high-definition, multi-channel services based on digitalization has given CATV broadcasting operators incentives to convert themselves into digital operators and expand their size. In such changing circumstances, to promote competition through easing regulations, Korea created an environment for CATV broadcasting operators to compete with satellite broadcasters by allowing vertical mergers among broadcasters and easing regulations on ownership.

Such deregulations to promote competition can be summarized as follows:

First, vertical mergers among telecommunication, CATV broadcasting and program providing businesses, which had been banned strictly, began to be allowed from January 1999. Telecommunication, CATV broadcasting and program providing business operators in the cable industry are engaged in network building, broadcast programming and transmission, and content production, respectively. But as vertical mergers are permitted, operators of one business segment can concurrently run at least one of the other two businesses.

Second, a regulation was eliminated that prevented companies belonging to a large business conglomerate (with three trillion won or more in assets) and its affiliates from owning the stocks or equity shares of a CATV broadcasting operator. In addition, the ceiling on investment and contribution by foreign capital to a CATV broadcaster was raised up to 49/100 from the previous 33/100 of the total stocks or equity shares of the relevant corporation.

When it comes to the changes that satellite broadcasting has brought to broadcasting regulations, there has been little change in the organizational structure of the Ministry of Information and Communication which has the authority to license CATV broadcasting and satellite broadcasting. Meanwhile, the Satellite Broadcasting Division responsible for matters regarding satellite broadcasting was established in the Korea Broadcasting Commission pursuant to the Commission's rules.

4. Issue for Competition Law Enforcement: *CASE STUDY*

The birth of satellite broadcasting which is a substitute service for the regulated service of CATV broadcasting introduced competition in the multi-channel pay television market. This has had an impact on competition law enforcement. The impact is demonstrated by a case of an M&A between cable operators.

6. Case Brief and Corrective Measures

In December 2003, CATV operator A came to control CATV operator B by acquiring 42.4% of shares of operator B. Affiliates of both operators had been in competition in the areas of Yongin, Icheon, Anseong and Pyeongtak. However, due to this merger through share acquisition, competition between the rival companies was eliminated, and operator A's market share reached 90.8%. (The remaining 9.2% was

the market share of satellite broadcasting.) Consequently, the merger increased the possibility of anti-competitive practices, including abuse of market dominance such as raising prices.

The merger would have not been approved, had it not been for the substitute, satellite broadcasting service, since the 90.8% market share satisfies the presumptive requirements for anti-competitiveness under Article 7 of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act. However, the KFTC approved the merger on the ground that the dominance of CATV broadcasting could be kept in check if satellite broadcasting grew further in the future and that the Korea Broadcasting Commission regulated usage fees. At the same time, the KFTC tried to minimize consumer damage by preventing a sharp increase in the fees resulting from the merger through a requirement that the operators should consult with the KFTC beforehand when they raise usage fees exceeding the nationwide average price.

7. Significance of Corrective Measures

In previous cases, CATV broadcasting and satellite broadcasting were defined as separate markets. In this case, however, the two were defined as the same market based on the high growth potential of satellite broadcasting whose market share reached 9.2% at that time in just two years after the service was launched, and on its role as a substitute service for the cable broadcasting.

This case carries significance in that the corrective measures took into consideration the enhancement of consumer welfare by limiting an increase in subscriber fees to the extent where satellite broadcasters can sufficiently check the dominance of cable broadcasters.

5. Conclusions

Satellite broadcasting is in a substitute relationship with CATV broadcasting, which means competition exists between the two services. Competition in this market has brought about not only reductions in the existing regulations on cable broadcasting, such as easing restrictions on ownership or concurrent operation, but also changes in the organizational structure of the Korea Broadcasting Commission that establishes and implements policies for the broadcasting industry. These changes meet the purpose of the regulation stipulated in the Broadcasting Act: to guarantee freedom and independence of broadcasting, to increase public responsibility of broadcasting and to protect rights and interests of viewers. These changes also presented an opportunity to emphasize that a substitute relationship analysis must be a precondition for an M&A review. With competition between satellite and CATV broadcasting, the broadcasting industry has entered a new era of changes and challenges.

MEXICO

1. Introduction

This paper studies the impact of substitute services on regulation. It focuses on infrastructure network industries, using telecommunications and natural and LP gas as examples. This paper has six sections. Section 1 introduces criteria to define substitution. Section 2 provides a general overview of the role of competition policy in these matters. Section 3 summarizes the regulatory approach taken when substitutes are present. Sections 4 and 5 provide two examples, one on the use of cable, Internet, and PSNT network services as substitutes for traditional voice transmission services and the other on the increased reliance on natural gas as a substitute for liquefied petroleum gas. Finally, section 6 provides concluding remarks and some policy recommendations.

2. Defining substitutes

Market definition provides the context to evaluate the level of competition and the impact of anti-competitive conduct. Markets are defined by the substitutability of the transacted products. Substitutes are products that share common characteristics, even if the exact mixture or specification of these characteristics varies.

In defining substitutes, Mexico's competition legislation considers both supply and demand characteristics. The Federal Law of Economic Competition (FLEC) and its Regulations (RFLEC) establish the following criteria to draw the product and geographic market boundaries of the relevant market:

- Product: the possibility to substitute the goods or services in question by other international or domestic goods or services, taking into consideration technological potential, the extent to which consumers have substitutes, and the time required for them to make this substitution (FLEC, article 12, index I);
- Geographic: the distribution cost of the goods; their relevant inputs; their complements and substitutes in other regions and from abroad, considering freight, insurance, custom duties and non-custom restrictions, as well as any restrictions imposed by the economic agents or their associations and the time required to supply those regions from the market (FLEC, article 12, index II);
- Temporal: the goods or services that make up the relevant market, whether produced, marketed or supplied by the economic agents, and those that are or may be substituted for them, whether domestic or foreign, as well as the time required for such a substitution to take place (RFLEC, article 9, first paragraph);
- Entry barriers: the costs and possibilities of accessing other markets, users or consumers (FLEC, article 12, section III); federal, local or international legal restrictions that limit the access of users or consumers to alternative supply sources, or that limit the access of

suppliers to alternative customers (FLEC, article 12, index IV); and any economic and normative restrictions of a local, federal or international nature which prevent access for the substitute goods or services, or which prevent the users' or consumers' access to alternative sources of supply, or suppliers' access to alternative customers (RFLEC, article 9, last paragraph).

These criteria provide a roadmap to the Federal Competition Commission (FCC) when addressing dynamic aspects of the markets. They allow the FCC to reassess the definition of the relevant market on a case-by-case basis, as is important with the growing availability of substitutes.

3. Competition Policy and Legislation

The objective of competition legislation is to protect the competitive process and free market access by preventing monopolies, monopolistic practices, and other restraints to the efficient functioning of markets. Competition law follows from the principles set out in article 28 of the Constitution, which bans monopolies and monopolistic practices except for strategic areas, and is supported by a number of sectoral-specific dispositions on competition.

The FLEC applies to all areas of economic activity within the Mexican territory, including specific regulated sectors.¹ In addition, several sectoral regulations enacted since 1995 adopted competition and efficiency goals compatible with competition policy, in part, as a result of the FCC's intensive advocacy.

Additionally, several sector legislations contain provisions conferring the FCC with the power to assess agents interested in participating in auctions and in obtaining permits or concessions, and to declare competition conditions or substantial market power in regulated sectors. The enforcement of these sectoral provisions has been a unique opportunity for the FCC to promote a pro-competitive market environment.

These opinions have been very effective in promoting competition principles in regulated sectors. Policy makers have generally adopted FCC's opinions on the design of market and regulatory frameworks. As a result, pro-competitive market structures and regulations have been implemented in several sectors. However the competition policy faces fundamental challenges in regulated sectors, such as energy and telecommunications, as we discuss below.

3.1 *The FCC's role in regulated sectors*

In regulated industries, the supplier of a new substitute product or service, as any new company, needs to win customers from the incumbent to enter successfully—creating a barrier to entry. Network effects and first-mover advantages may exacerbate the problems to enter into the market. To top it off, regulated incumbents also have incentives to lobby for additional regulatory barriers that may deter companies and investors from funding entry.

In Mexico, many regulated sectors and services are dominated by a few incumbent players. Convergence among these services has created incentives for incumbent firms to seek defensive actions to reduce competition as well as to preserve or increase their market position by merging suppliers of existing or potential substitutes. Under the FLEC, the FCC assesses the effects of these actions on actual or potential competition in order to deter the abuse of dominant positions.

The FCC is also aware of that incumbents have incentives to lobby for legislation and standards that raise entry barriers to entrants in order to protect their investments. To deal with these attempts to raise

¹ However, strategic areas, labor unions, intellectual property rights and certain types of export cooperatives are not considered monopolies by the Constitution or the FLEC and are therefore not prohibited.

entry barriers, the FLEC empowers the FCC to issue non-binding opinions regarding any anticompetitive effects of existing or new laws, regulations, agreements, and other administrative decisions proposed by the executive or legislative branches. The law also requires the FCC to issue opinions, at the request of the Federal executive, the legislative branch, regulatory agencies, or other federal and local authorities.

The existence of dominant players also means that the FCC receives and evaluates allegations of relative monopolistic practices. It also is frequently called upon to assess the competitive environment in a specific market.

4. Sectoral regulations

Regulatory responsibilities in Mexico are shared among federal, state and municipal levels of government.² The record is indeed mixed as far as regulation at the state and local level is concerned.

At the federal level, sectoral laws regulate specific product or service markets offered by the regulated entities and, by doing so, they take a narrow view of the market. In failing to consider a broader market based on consumer needs, sectoral regulation cannot easily recognise the actual or potential existence of substitute products and services. Federal sectoral regulatory regimes echo this situation by addressing the characteristics as well as development goals for each individual sector in a different and separate manner, including the level of intra-sectoral competition and the technology that underlies the supply. Therefore, products and services that are or have the potential to be substitutes generally face a heterogeneous regulatory environment.

While the existence of new or potential substitutes does not imply that existing regulations need to extend their coverage to them, it does require that regulatory burdens are similar as far as possible. Consequently, the growth of substitutes for specific regulated services has raised questions about the logic of maintaining the existing regulatory framework and opened the discussion on whether an entirely new regulatory design is required.

In 2000, Mexico launched its Regulatory Improvement Policy and its related Programme aimed at establishing general horizontal rules and procedures to issue or amend regulations, as well as general procedures and criteria to review existing regulations. The purpose of these rules and procedures is to gain a better understanding of trends in the market to avoid unnecessary restrictions and to minimise government intervention. Both the Policy and Programme specify that any proposed regulation should not impose unnecessary barriers to market competition and trade. Their main challenge is to foster the harmonization of economic regulation and to remove inconsistencies, allowing for a whole-of-government approach to regulation.

On the other hand, state and municipal governments may impose additional formalities on businesses, including with respect to land use and sanitation, which seriously inflate the number of federal requirements for setting up or operating a business and can create delays and uncertainties in setting up or operating a business. Although Mexico has taken a number of steps to improve the trade and investment friendliness of sub-federal regulation, the issue is still a major cause of dissatisfaction among economic agents.

5. Telecommunications

In Mexico, as in the rest of the world, broadband internet services have already begun to compete with services traditionally provided over broadcasting and telecommunications infrastructures. This

² According to the Mexican Constitution, states and municipalities are empowered to administrate local urban development plans, to control and oversee land usage within its territorial jurisdiction, and to grant building licenses and permits.

growing substitution has been challenging for regulators because sectoral regulation is not yet structured to accommodate substitute services.

5.1 *Industry characteristics*

The market for local telephone service (PSTN carriers) was opened to competition in 1990, but it was not until 1999 that the first local service customers were signed up by competitors to the former government monopoly Telmex. The market is still highly concentrated, with Telmex having a 75% market share in long distance and a 95% share in fixed lines. The absence of number portability seems to be the main inhibitor for competition to take off. Cable TV services also face a high degree of concentration. The majority of urban areas are served by one supplier, and the major carrier serves about 60% of the subscribers in the country.

Relative to OECD countries, main-line penetration in Mexico is low, with a registered rate of 17.1 lines per 100 inhabitants in 2004 serving 55.4% of Mexican households. Potential substitute networks have different penetration rates. For example, by the end of 2004, Mexico had less than one DSL subscriber per 100 inhabitants. Cable television networks have 2.9 million subscribers and can service about a third of Mexican households, and the major supplier, Megacable accounted for 61% of these subscribers. The number of cable modem subscribers is approximately at 150,000, but information is not available to determine how many of these subscribers receive service at speeds that go beyond those comparable to “dial-up”. Internet penetration rates have been increasing but remain low: there are 14 million Internet users in Mexico, 40% of which access the Internet from home.

Current tariffs and expected changes largely determine the degree of substitution amongst these services. In 2004, tariffs for a residential basket³ and international service were ranked among the five most expensive among OECD countries.

Mexico has a relatively high share of dial-up access but, given its low penetration rates and high tariffs for PSTN voice service, there is still ample room for substituting to cheaper technological platforms for telecommunication services. Nevertheless, only 30% of residential customers are able to choose between PSTN and cable networks for telephony services, and less than 0.1% may choose between cable modem services and DSL for broadband services. These figures raise concerns about whether strong competition will emerge and if these services will be available outside of urban areas.

5.2 *The role of industry regulation*

Mexican telecommunication legislation is comprised of the 1995 Federal Telecommunications Law (FTL) and a number of regulations and rules. According to article 7, this law must promote an efficient development of the industry by fostering healthy competition among the different telecommunications service providers in order to offer better services, diversity, and quality for the benefit of the users and to promote an adequate social coverage.

To provide telecommunications services, a concession must be granted by the Ministry of Communications and Transportation (SCT) for the use, development, exploitation and operation of public telecommunications networks. In addition to the FTL, which regulates services in general, secondary regulations and licensing regimestreat services such as broadcasting, data, and telephony separately.

Under the FTL, a concession is required to install, operate and exploit a wired or wireless public network (PTN) to render telecommunications services, including cable television. A permit is required for carriers engaged in other non-facilities-based commercial telecommunication operations and for private telecommunications networks, while registration is required for value added service providers, including

3 As defined by the OCDE Communications Outlook.

internet provision.⁴ There are no limits to the number of concessions or permits, and concessions do not grant exclusivity.

The Cofetel, the sectoral regulator, is empowered to assess the business plan and legal, administrative, financial and technical capacity of each potential entrant, as well as to specify the content of the concession, including the authorized services, the holder's rights and obligations, and the commitments of the network's coverage. After the initial concession, the holder must re-apply for a geographic or service extension. At this point, the SCT plays a role in authorizing the content of each concession in order to regulate the network's expansion.

There are no fees charged on concessions for PTN, but the applicant is required to submit a guarantee to ensure compliance with the concession obligations. In 2004, the guarantee for a national concession for wireline, wireless, or long distance telephone service was 14 million pesos (USD\$1.2 million), almost triple that of an interstate concession for cable television, which was 4.9 million pesos (USD\$430,000).

In addition, telephony carriers are compelled to allow competing carriers access to their networks, but cable providers do not. There are no regulations requiring local loop unbundling or separate, stand-alone broadband service.

The Federal Government, through the SCT, has explicitly recognized the need to adapt the regulatory framework to make it compatible with the development of telecommunications, broadcasting, and informatics. The 2001-2006 Communications Sector Program plans to update the regulatory framework to make it compatible with the new regulatory and technological environment.

After years of unsuccessful attempts to revise the FTL, the most important regulatory-led changes are coming not from new legislation but from specific resolutions of the Cofetel and the SCT. Among other actions, both regulators started to review the concession procedures to simplify them and increase transparency, and started issuing permits to resellers of voice and data services. The most significant recent regulatory proposals affecting the provision of telecommunications services are:

- The 2003 agreement to simplify the registration process for cable and MMDS network carriers to provide Internet access services (bi-directional data transmission) just by giving a notice to the SCT. The main cable operators were already providing Internet services through temporary permits and on a case-by-cases basis. This amendment, however, did not include satellite television network operators.
- The 2004 agreement to simplify the regime to obtain the authorization to lease network capacity (i.e. to transport telephone calls over their networks) for providing cable telephony just by giving a notice to the SCT.

Both proposals reduced the regulatory costs⁵ for cable and MMDS network carriers to offer telephony services, aiming to increase network capacity and competition in rendering voice services. Also, cable providers and Cofemer have requested to the SCT to amend the cable service concession titles that will permit them to provide voice services directly to consumers. However, the regulatory decision that was expected for 2004 has already been delayed to 2005. Meanwhile, the SCT has issued temporary permits to some companies to conduct trials for the service.

4 Concessionaires must be majority Mexican owned, except in the case of cellular providers, and those that use the spectrum or exploit satellite orbits must be granted through public bidding.

5 Before the amendments, they had to pay for the financial study and the bail required to apply for an extension of their concessions.

On the one hand, incumbent cable providers are trying to enter telephony, but, on the other, they are also trying to increase entry regulations to new cable providers. For examples, in May 2005, SCT submitted to Cofetel a draft project to amend the Regulations for Restricted Television and Audio Services to impose minimum bandwidth of 750 Mhz and the condition to serve a minimum percentage of potential end users in the concessioned area by the *third* year of operation and full coverage at the end of the fifth year. In addition, since 2004, cable operators are challenging concessions to newcomers in court (for further details see next section).

Incumbent Telmex has likewise expressed to SCT its interest in obtaining a license for pay TV services to deliver video over DSL services while pay TV operators aim to provide VOIP services directly to end users over their recently digitalized networks. However, this request raises competition concerns since the incumbent PSTN may be able to extend its dominance to broadband service, including digital broadcasting and VOIP.

Mexico is currently studying the evolution of basic or regulated services over the Internet and PSTN networks. Under current regulations, VOIP is a telephone service that uses the Internet as a protocol to originate or terminate voice traffic in any PTN. Therefore, the provider is required to have a concession and comply with regulation for local, domestic and international long distance services, including tariff rules. Cofetel has been authorizing these services on a case-by-case basis to agents that already possessed concessions to supply telephony over public switched or cable networks.

Due to regulatory dispositions that requires a concession to provide voice services, voice and cable operators cannot offer a traditional triple play (voice, cable, and internet), and must form strategic partnerships with each other to bring a hybrid triple play offering to market. In March 2005 competitive local exchange carrier (CLEC), Maxcom, and local cable company, SIT, launched a triple play solution in Mexico after they signed an alliance to begin offering a bundle of switched voice, Internet and Pay-TV services. Although Maxcom is planning to partner with other cable companies to offer this solution, at the present time, it is only available for 27 thousand users.

The migration to VOIP is already underway among large corporations that have invested in new routers and tend to have proprietary data networks. In this segment, VOIP solutions mean cheaper prices based on volume of calls or the migration from public networks toward private networks for intra-company calling.

The impact of VOIP is expected to be twofold. The high-end residential market would be diluted as VOIP represents a cheaper alternative to switched services; and it is likely to have positive implications for increasing competition in the voice market thus lowering prices for consumers. Concerns are likely to be raised as to how certain social obligations, such as universal service, can be met in a changed environment where voice services can be provided to subscribers by suppliers that do not have physical presence in a market.

5.3 *The role of competition policy*

The FCC has been continuously challenged in courts by the way it defines the relevant service. The key argument in these allegations has been that the definition of relevant service should only include the regulated service, but not its substitutes, because they have a separate definition in the sectoral regulations. However, in all the cases, the Supreme Court has resolved in that the FLEC has full application in assessing relevant markets.

An increasing number of cable companies are expected to begin providing voice services over cable modems in the next few years, which will imply that measures of competition based solely on PSTN lines will need to change. The substitution possibilities seem less likely between VOIP and switched services in the near future.

The FCC has played a key role in preserving and promoting competition in the telecommunications and broadcasting marketplace mainly by issuing opinions about the recent regulatory changes mentioned above; issuing opinions on granting concessions; and challenging anticompetitive mergers.

In 2004, Cofetel sought the FCC's opinion on the objections of several incumbents against the granting of new concessions to provide cable services in the areas they serve. The objections were mainly over what they considered to be ruinous competition (predatory pricing). They had an interest in protecting their investments in expanding the coverage and capacity of their networks. In all cases, the FCC decided that the incumbents did not prove their allegations of potential competition damage or ruinous competition, nor did they prove that the incoming firm would gain substantial power in the relevant market when obtaining the concession. On the contrary, the FCC determined that the presence of a new competitor would produce incentives to offer better services, conditions, and prices in favour of customers. However, under current legislation the FCC's opinion is non-binding and only takes part of the technical opinions that Cofetel must consider to decide if concessions will be granted to the incoming firms.

Telmex's concession prevents its holder from exploiting, directly or indirectly, any concession for public television services in the country. It does not prevent the incumbent from participating in other telecommunication activities, but it does require Telmex to do so through subsidiaries, keeping accounting separate. In 1996, the FCC authorized Telmex to acquire 49 percent of Cablevision's shares, a cable TV provider based on expected efficiency gains from convergence and the existence of regulatory mechanisms to control the exercise of substantial market power. In turn, the SCT authorized this transaction as Telmex was not acquiring a controlling interest. Telmex sold its participation in 2002.

In 2004 the FCC blocked the concentration between Sky and DirectTV, the only commercial brands operating DTH systems in Mexico. The Commission determined that the merger would create property relationships and allow information sharing between the largest media company and television broadcaster Grupo Televisa (that also controls Cablevision) and the main microwave TV carrier (MasTV). Furthermore, the merger had the potential to encourage the parties to behave as one firm and might facilitate the abuse of a dominant position. This would damage service prices, quality, and innovation in the relevant and related markets.

A few months later, Sky notified its intention to acquire a data base of DirectTV subscribers when DirecTV was closing operations in Mexico. The parties gave assurances that subscribers would not be forced to hire Sky services, and that consumers would be free to change their audio and television service supplier at all times. The proposed operation would allow Sky to identify possible subscribers once DirecTV exited the market and give DirecTV users the option of continuing with a similar service. In November 2004, the Commission authorised the merger with the condition that the parties commit, in writing, to publicise to DirectTV subscribers that they had no obligation to hire Sky services.

6. Experience in residential gas consumption

Mexico is a major liquid petroleum gas (LPG) consumer and holds the first place worldwide for residential use. Per capita consumption was 83 kilos in 2003, almost five times the average world consumption.

Natural gas (NG) is a close substitute of LPG for residential use and can be supplied at much lower price: in July 2004 the price of NG was 19% lower than the equivalent price of LPG.

Following the liberalization of natural gas distribution in 1995, there were great expectations regarding the displacement of LPG by NG, specially in large urban areas that already had access to NG. Government plans after liberalization estimated an annual growth rate over 15% for the residential consumption of NG between 1997 and 2003. Six companies, mainly foreign, entered this market. However

they have faced increasing difficulties to complete their coverage programs. As a consequence, the consumption of NG for residential use has grown at an annual rate of only 4%.

6.1 *Industry characteristics*

The LPG market is more mature than the NG market. Since LPG transportation, distribution, and marketing services have been offered by national private parties for a long time, adequate storage and distribution capacity, critical mass, and market knowledge has had time to develop. The LPG industry is also characterised by a high degree of concentration. In 2001, for example, the CFC found the absence of effective competition conditions in 20 out of the 35 geographic markets for LPG distribution and marketing.

On the other hand, liberalisation of NG took off in 1995, when Article 27 of the Mexican Constitution and its Regulatory Law were amended to allow private investment in the distribution, storage, and marketing of new transportation projects, and maintained Pemex's monopoly in production and processing. That same year, the Foreign Investment Law was amended to allow foreign investors to acquire up to 49% of a Mexican carrier in this industry.

The new regulatory framework for NG had three primary goals: (i) to develop infrastructure and encourage consumption attached to policy measures regarding exclusivity and vertical integration; (ii) to regulate the acquiring and exercise of market power through price and tariff regulation as well as trade liberalisation; and (iii) to promote competition by liberalising marketing activities and ensuring open access to these services⁶. In spite of the policy stress on increasing NG use, the regulations are constraining downstream markets, especially at the local level.

6.2 *The role of industry regulation*

In both industries, entry is regulated through permit regimes that cause different entry costs. NG distributors are compelled to serve specific geographic zones according to the projects' feasibility and population characteristics of the area. To foster penetration, the first permit for NG distribution grants 12 years of exclusivity, is allocated through a public tender, and imposes the condition to serve a minimum number of end users by the fifth year of operation. In the case of LPG distributors, applicants are allowed to suggest the service area to the regulator. In both cases, permits last for 30 years and are renewable for periods of 15 years subject to conditions.

NG pipelines require federal and local authorisations. Prior to the construction and operation on the infrastructure, The General Law of Ecological Balance and Environmental Protection (GLEBEP) requires environmental impact authorisation (EIA) from distributors, issued by the Ministry of the Environment and Natural Resources (SEMARNAT). An EIA application must include a risk study and Article 34 of the GLEBEP allows citizens affected by works or activities to take part in the revision process. Information diffusion and community involvement in these projects has been one of the most sensitive issues, since residential consumers strongly prefer LPG tanks or cylinders to NG pipelines in spite of the price differences, largely due to security concerns with underground pipelines.

Additionally, a NG distributor must obtain rights of way (ROW) for pipeline crossing from local authorities. State and municipal authorities are empowered to develop environmental ordinance plans and to determine whether an area is suitable or not for specific industrial activities. Entrants must therefore develop a communication and lobbying strategy with the different agencies and authorities at all three levels of government.

6 Rosellón & Halpern (2001).

6.3 *Other entry costs*

Residential demand cannot costlessly switch to alternative energy sources as appliances must be adapted. To reduce these costs, NG companies have implemented financing mechanisms, but at USD \$120, the cost remains significant relative to monthly household incomes which range from USD\$200 to USD\$3000.

Finally, natural gas retailers are multinational firms who have a limited experience of doing business in Mexico, including knowledge of local regulatory requirements, business practices, negotiating styles, cultural norms, and others. Clearly, an outsider will not quickly develop this knowledge, which explains why even the most experienced multinationals have been challenged to increase their customer base.

6.4 *Competition case study*

Although the FCC has not taken any enforcement action in cases involving LP and natural gas competition, it recently received a complaint filed by a natural gas distributor, against LP gas distributors who have allegedly taken deliberate action to block NG entry into the Guadalajara geographic market.⁷ These actions have included negative publicity campaigns; organising civil boycotts; litigation to prevent the installation of pipelines; and presenting legal injunctions to revoke the distribution permit granted by the CRE.

The investigation revealed the potential substitution between LP and NG in Guadalajara as well as the mutual recognition by the suppliers of the substitutability of their services, but there was no evidence that could prove or disprove that the defendants were undertaking relative monopolistic practices. The file was closed.

7. **Final remarks and policy issues**

In Mexico there are important asymmetries in regulating substitute services. These asymmetries are originated by the lack of a consistent and homogeneous approach that searches competition and economic efficiency. Instead, regulatory frameworks were aimed at promoting investment, productivity and extending network coverage. The effects on these asymmetries on market behaviour and performance has not been formally assessed, but there are clear indicators that economic decisions are being distorted.

In telecommunications, voice services over switched and cable networks are becoming close substitutes. However, the current regulatory framework could constitute an obstacle to create an adequate competitive environment. The government should implement an integral approach to promote competition principles in all sectoral regulations, so real market access is granted to all participants.

In the case of NG and LPG, the limited substitution is due to the difficulties of the NG distributors on expanding their distribution networks. This difficulties are not associated with federal regulatory requirements, but with delays and uncertainties created by the intervention of local authorities. This example illustrates the need to adopt a more comprehensive approach for regulatory reform in all levels of government.

8. **Bibliography**

Prospectiva del Mercado de Gas Natural, 2003-2012. Ministry of Energy (2004).

Prospectiva del Mercado de Gas Licuado de Petróleo, 2003-2012, Ministry of Energy (2004).

⁷ File DE-37-2004.

DAF/COMP(2006)18

Current Status of Communication Infrastructure Regulation Cable Television, OECD (1996).

Programa Sectorial de Comunicaciones y Transportes 2001-2006, Ministry of Communications and Transportation (2002).

CHINESE TAIPEI

1. Introduction

There are, no doubt, a number of regulated services whose related regulations have been or are being affected by substitute services in Chinese Taipei. Among these, the most notable substitute services include telecom services, transport services, postal services, energy services and cable-TV services.

In preparing the present submission, the Fair Trade Commission (the FTC) consulted with the various government agencies responsible for the above-mentioned services. After a preliminary review, the FTC decided to focus on issues related to telecom and cable-TV services. In other words, in this report, these two services are taken as examples to illustrate Chinese Taipei's regulations vis-à-vis substitute services and regulated services as well as to point out the directions being considered for the consolidation of all pertinent regulatory institutions.

Many services in Chinese Taipei are subject to sector-specific regulatory regimes. Although most substitute services currently fall under existing regulatory regimes, in certain regulated industries, the mere existence of substitute services is now giving rise to specific regulatory policy for those very substitute services. This is, indeed, the case for the telecommunications and cable-TV industries in Chinese Taipei.

2. The Degree of Substitution from Substitute Services

A partial list of two regulated services and their respective potential or partial substitute services is presented in Table 1.

Table 1: Regulated Services and Substitute Services

Regulated service	Potential or partial substitute service
Voice PSTN services	Voice-over-IP services
Cable-TV services	Multimedia on Demand (MOD) services; Digital Family Center (DFC) services

For much of the past decade or so, there has been a global trend towards convergence when it comes to the presence of voice-over-IP services which make use of the Internet in the telecommunications industry. It follows then that this has led to voice-over-IP services have largely had a significant effect on traditional telecommunications enterprises which are involved in-circuit exchange technology. Worth noting, nevertheless, is that in terms of reliability, stability, system security and service quality, voice-over-IP services are not superior to traditional voice PSTN services. Thus, the potential for voice-over-IP services to become substitute services for voice PSTN services still requires further investigation, particularly as such services become increasingly.

The two major categories of substitute services for cable-TV services in Chinese Taipei are: Multimedia on Demand (MOD) services and Digital Family Center (DFC) services. MOD services are provided by Chunghwa Telecom Co., Ltd. (hereinafter Chunghwa Telecom), while DFC services are provided by Digital United Inc. (Seednet). These substitute services have emerged through regulatory

development, i.e., by allowing existing firms, subject to different regulatory regimes, to provide new services. The explanatory background on each of the aforementioned substitute services are as follows:

2.1 MOD services:

On 31 December 2002, the Government Information Office (the GIO) declared that application by Type I carriers (facilities-based carrier) regulated by Chinese Taipei's Telecommunications Act (implemented by the Directorate General of Telecommunications, Ministry of Transportation and Communications) could be made to allow them to participate in the existing cable-TV market; to this effect, and the GIO had adopted related regulations in cross-participation activities of fixed network enterprises involved in cable TV services. The GIO reviewed the application made by Chunghwa Telecom, a Type I carrier and the incumbent telecommunications company, which provides MOD services to some service areas in Chinese Taipei, and it then issued Chunghwa Telecom an establishment permit on 5 December 2003, hence allowing it to conduct operations in the market.

Although MOD services serve as substitutes for cable TV services, MOD services through the telecommunications networks provided by Chunghwa Telecom must still be regulated by the Cable Radio and Television Law and related regulations. The purpose of those regulations is to create a fair competitive environment for telecom enterprises and cable-TV enterprises.

2.2 DFC Services:

DFC services are provided by Digital United Inc. (Seednet) which is a Type II carrier (a non-facilities-based carrier) regulated by the Telecommunications Act; this presents but one specific case here. The major category of DFC services focuses on relaying "Video on Demand" programs that can be transmitted via the network. When considering the preliminary stage for DFC services entering the market, the Cable Radio and Television Review Committee of the GIO made the decision in November 2004 that there should be fewer obligations imposed on DFC services. At present, therefore, based on the GIO's decision, DFC services do not fall under the regulations of the Cable Radio and Television Law, but in this regard, the GIO will have further once it has observed this case over a three-to-six month period.

3. The Objectives of the Regulation on the Regulated Services

The Cable Radio and Television Law has been implemented by the GIO for over eleven years since its promulgation in 1993. The established Law has been enacted to ensure the sound development of the cable radio and television industry, to safeguard the audio-visual rights and interests of the public, and to improve the trading order of upstream channel programming providers and downstream system operators within the cable-TV industry, as well as to create a healthy competitive environment. This Law governs permit conditions, services areas, the proportion of foreign investment, the standardization of subscription fees, the raising of special funds, horizontal mergers, vertical mergers, and so on.

4. The Modification of Regulatory Regimes

To effectively manage the operations of voice-over-IP services, the Directorate General of Telecommunications, Ministry of Transportation and Communications (the DGT, MOTC) has conducted two rounds of public consultation since 14 June 2004 in an effort to gather feedback on the proposed consultation documents so as to make certain there is a "level playing field" between the regulated voice PSTN services and substitute services, to ensure consumers' rights to choose, and to enhance market competition.

These two consultation documents cover eleven issues, namely business content, types of operation, management principles, policy with regard to the allocation of numbers to Internet telephony services, interconnections, regulation of QoS, implementing coordination by lawful intersection and

networks security, provision of emergency calls and identification of the location of callers, certification of Internet telephony service facilities, allocation of universal service funds, and number portability.

As for evaluating the impact from the trend towards the convergence of communications, broadcasting and networks, the GIO found that it was necessary to revise some of the provisions of the Cable Radio and Television Law so as to make its application both more practical and more effective. The objectives of the salient points of the draft amendments are to regulate cross-participation practices of telecom enterprises involved in cable-TV services, and to adapt different regulatory measures from those for traditional media enterprises especially in the aspects of service areas, permit conditions and tariff schedules.

5. The Consolidation of Regulatory Institutions

To accommodate the convergence of technology and the emergence of innovations in services, Chinese Taipei is beginning to consolidate regulations governing the telecommunications and broadcasting industries into a single regulatory body (known as the National Communications Commission, NCC) so as to resolve issues related to competition brought about by the introduction of new services and to further stimulate the sound development of communications.

Article 3 of the Communications Basic Law which was promulgated on 7 January 2004, states: To exercise its powers independently in accordance with the requirements of the law, the NCC shall be established to efficiently implement all regulations concerning communications.

With the increasing integration of the communications media--for example, the ability to provide telephone, Internet and broadcasting services over the telecommunications network infrastructure as well as telephone, Internet, and cable-TV services over the cable-TV network infrastructure, the growing trend toward convergence has led to the introduction and development of new service models and, therefore, has raised new issues related to competition. Such new issues might, for instance, be:

- The urgency to establish trading order of the competitive market in regard to the cross-participation of the abovementioned enterprises, and
- Subjecting substitute services to different regulatory authority, which would be disadvantageous to the full development of the communications industry and to the advancement of an information-based society.

Voice-over-IP services are a partial substitute for voice PSTN services. In considering the substitutes in technology along with changes in regulatory regimes, the Preparatory Office for NCC has been referring to legislation in the European Commission, the U.S.A. and in other countries and is currently starting to draft the Communications Act to regulate communications enterprises which conduct communications services.

As concerns, the future regulatory directions of the draft of the Communications Act under discussion, the Preparatory Office for NCC plans to undertake the following in accordance with the objectives of the Communications Basic Law:

- With the aim to accommodate the convergence of technology, the Preparatory Office for NCC will determine regulatory directions from the perspective of the services provided rather than from the transmission facilities of the services provided by the telecommunications enterprises that are identified in the current Telecommunications Act. It is expected that the licensing system under the current Telecommunications Act and Radio and Television Law will be adjusted and that the classification of Type I and Type II

carriers under the Telecommunications Act and the “Franchise System” will be revoked and replaced with a “Notification System”.

- The second direction has the purpose of adjusting the management of the right to use wireless frequency. To reduce the regulatory threshold, the Preparatory Office for NCC is in such a way that it separates the right of use for frequency from the operation licensing of enterprises. What this means is that when an application is made by an operator, the regulatory agency will first review and issue an operating license and it will then allocate the right of use for frequency to those operators on the basis of their detailed plans. Another issue is whether or not to grant an enterprise with an operating license the right to trade the frequency it has obtained for loans, mortgages, and so on with other enterprises. As much as possible, differential treatment with regard to different transmission technologies shall be avoided. However, such a requirement, i.e., avoiding differential treatment, shall not apply to the allocation of scarce resources. As far as different transmission technologies go, it is necessary to lean towards obeying “technology neutral” and towards avoiding discriminatory treatment.
- The third direction involves managing new services, such as by revising the current Telecommunications Act and the Radio and Television Law to accommodate new trends pertaining to network IP (for example, VoIP and MOD) as well as by making detailed plans to accommodate the digitalization of radio and television.

6. Competition Law Enforcement Issues

6.1 General Issues

The presence of substitute services raises such general issues related to the enforcement of the competition law and competition policy as the following. It will likely be more difficult to define individual markets. Aside from this, new bottlenecks will arise and market power will become more concentrated. The number of gray zone is apt to increase with the application of the competition law.

On account of the presence of substitute services, the borders of product markets and geographic markets will gradually blur and, as a result, it will not be easy to accurately define the scope of a given market. It will, therefore, be necessary to collect a great deal more market data and to gain more professional knowledge to define the precise boundaries of a relevant market, each on a case-by-case basis.

Again, in light of the presence of substitute services, bottleneck facilities that occurred in the past will gradually change. Competitive platforms, such as telecommunications and direct satellite-broadcasting services, could very well provide similar services to those currently provided by the cable-TV system. In this regard, the bottleneck characteristics of the cable-TV system will gradually disappear, and with this, new bottleneck facilities will possibly be transferred to upstream channel program providers. In a broad sense, the reason for this is that since channel programs are protected under the Copyright Law (a monopoly position regulated by law), a new market power with bottleneck facilities will gradually move to upstream channel program providers.

Owing to the presence of substitute services and the trend towards digital convergence, the fine line between lawful business procedures and unlawful competitive practices will similarly be muddled on a slow but steady basis. The cable-TV sector might, for instance, combine TV services with high-speed Internet services, and simultaneously offer special discounts to subscribers who buy two-product services at the same time or provide customers with free-of-charge services, say either TV services or Internet services. True that such practices mentioned above might provide the convenience of one-stop shopping, and thus attract customers, such conduct will very likely conceal such issues pertaining to unfair competition as tie-in.

6.2 *Types of Anti-competitive Practices*

Some examples of the potential types of anti-competitive conduct which could arise from the presence of substitute services include: boycott and group boycott, monopolistic leveraging, and tie-in, and these are explained below:

To consider the potential threat, and therefore impact, posed by substitute services on existing market positions, the regulated services might adapt ways in which upstream enterprises can combine with downstream enterprises in order to discontinue the supply from substitute service providers along with the purchase of their services. In plain terms, this would reflect the quest to exclude such substitute service providers from competing. Chinese Taipei's FTC previously handled one such case in 2000; more specifically, it regarded satellite-broadcasting channel providers who were accused of treating direct satellite-broadcasting services operators discriminatively.

Equally important, when enterprises with monopoly power provide substitute services and try to enter a neighboring market, those enterprises might engage in predatory pricing practices and cross-subsidy practices so as to extend their remaining monopoly power to that neighboring market. Chinese Taipei's FTC handled one such case in 2004, and it involved Chunghwa Telecom's MOD service promotion plan; it accused Chunghwa Telecom of making use of its revenues from a monopolizing business to subsidize a competing business.

Now, turning to the issue of tie-in, this means that one enterprise provides both regulated services and substitute services by means of a tie-in, or by offering discounts or by providing services free-of-charge to customers who buy both services at the same time. Chinese Taipei's FTC handled one such case in 2003 and it involved Taiwan Broadband Communications Co. which was allegedly engaging in tie-in practices for cable modem services and cable-TV services.

6.3 *Merger Issues*

On the question of the likelihood of substitute services leading to merger issues, until now, Chinese Taipei has not had a case where it has had to prevent a merger between regulated services and substitute services. In the past, however, the FTC has approved mergers between two different kinds of regulated services on the grounds that the presence of the substitute services could resolve any potential anti-competitive practices stemming from mergers within a regulated industry. One example was that involving two cable-TV system operators that notified the FTC of their intent to merge. In this sense, the FTC considered that the presence of substitute services could effectively minimize any anti-competitive effects from mergers.

6.4 *Case Study: MOD Services*

After Chinese Taipei's GIO declared on 31 December 2002 that application by Type I carriers (facilities-based carrier) could be made which could allow them to participate in the cable-TV market, telecommunications operators were then able to provide channel program services through telecom networks. Thus, subsequent to Chunghwa Telecom's application, the GIO issued Chunghwa Telecom Ltd. an establishment permit, thereby permitting it to operate MOD services starting 15 February 2004 in Taipei city, Taipei County and Keelung city which were divided into fourteen services areas. Important here is that prior to this declaration, the incumbent Chunghwa Telecom was not permitted to operate in the cable-TV market.

Competing with cable-TV enterprises--yet entering the market in the preliminary stage, Chunghwa Telecom offered different preferential two-month plans (promotion period from 1 February to 31 March 2004) for MOD services to subscribers who agreed to a subscription contract, whereby they could get installation free-of-charge. Besides this, they could get basic subscription fees free-of-charge

before 31 July 2004, monthly basic subscription fees at half-price from 1 August 2004 to 31 January 2005, and they could get a 20% discount on per view payment from 1 February to 31 July 2004.

In determining whether Chunghwa Telecom was using of its revenues from its monopolizing business to subsidize its competing business as an MOD service provider was lawful, the FTC examined whether there would be a long-term imbalance between profits and losses in the various services items of Chunghwa Telecom.

After its investigation, the FTC found that for the two Chunghwa Telecom's service items in monopolizing business (local network services) and in its other non-regulated business (such as the MOD services in question), there were profits, and that Chunghwa Telecom had only just started to provide MOD services in February 2004. Consequently, in consideration of the investigative evidence and the period of exercising its preferential plans, it could not be determined that in a long-term, Chunghwa Telecom would be making use of its revenues from its monopolizing business to subsidize the MOD services in question.

Beyond this, in determining whether Chunghwa Telecom was by means of its preferential plans inducing the trading counterparts of its competitors to do business with it so as to impede fair competition, the FTC examined whether the quantity and quality of the basic channel programs provided by Chunghwa Telecom were capable of competing with those channel programs provided by cable-TV system operators. From the investigation, the FTC determined that the MOD services in question provided only fourteen basic channels, whereas cable-TV services provided seventy to eighty basic channels. According to the statistical data covering up the end of March 2004, the number of subscribers to the cable-TV services operated by sixty-seven operators in fifty-one service areas was 4,174,787, while the number of subscribers to the MOD services in fourteen services areas was merely 15,356.

Although Chunghwa Telecom is a dominant firm in the telecommunications market, it is still a relatively new player, having just recently entered the cable-TV market. Consequently, in consideration of the content of the basic channel programs which were deemed to offer much less competitiveness, the FTC determined that Chunghwa Telecom offering different preferential plans to increase the number of subscribers so as to achieve a scale of economy was simply an act involving price competitiveness, which, it finally concluded, did not constitute a violation of any of the provisions of the Fair Trade Act.

TURKEY

As services in regulated sectors have significant importance because of their contribution to whole economy, emergence of alternatives and competition from substitute services, at least on the margin, on these regulated services presents new opportunities. However, the emergence of substitute services also brings challenges for the regulatory frameworks. Because of these opportunities and challenges brought about by substitute services, there has been a need for the review of existing regulatory frameworks in regulated industries, particularly in electronic communications industry, in many jurisdictions.

Given this background, this paper will provide a general overview about the development of substitute services in regulated industries in Turkey and an analysis of broadband Internet services over Cable TV (CATV) as a substitute service.

Generally, it can be stated that while substitute services have not yet emerged as a competitive alternative in some industries, some other industries face to competition from substitute services.

In that context, for example, the share of railways is 3,8% for freight and 2,6 for passenger transportation in Turkey. These figures indicate that rail services are not a viable substitute for different transportation modes. On the other hand, air transport has become a substitute for bus services in some national routes with the increasing competition in the air transport industry achieved by recent liberalisation efforts which led to the fact that some bus service companies announced discounts in their prices because of the competition from the air transportation. A similar example may be in the petroleum industry. Because of the regulatory asymmetry stemming from different tax regime, Liquid Petroleum Gas (LPG) has partially become a substitute for diesel oil and benzene.

However, as it is the case around the world, telecommunications industry presents great potential for the emergence of substitute services in Turkey. Liberalisation efforts and technological developments, especially digitalisation, by paving the way for the provision of new and traditional services over different networks, lead to the emergence of substitute services in this sector. These developments require regulators to depart from technology-based regulation to technology neutral regulation. In this context, the emergence of new services over the CATV such as broadband Internet services, voice services and multimedia services, has the potential to become a substitute for services provided over Public Switched Telephone Network (PSTN). However, the emergence of substitute services over the CATV has been delayed, as both infrastructures has been owned by Turk Telecom, state-owned incumbent fixed-line operator, until recently. Therefore, ownership of the CATV and practices of Turk Telecom related to the operation of the CATV have been subject to the competition law enforcement as will be described in detail below.

1. The CATV as a Substitute for the PSTN in the Broadband Access Services

Turk Telecom has retained a legal monopoly over voice services over the PSTN and related infrastructure until the end of 2003 in Turkey. As no licence has been granted to any other operator until now, Turk Telecom has also owned de facto monopoly over the CATV network. Turk Telecom has rolled out and operated the CATV network in revenue sharing model with sub-contractors assigned in different regions. In August 2004, the CATV network has reached about 2,5 millions households and has around 1 million subscribers. Compared to the PSTN, which has around 19 million subscribers, the CATV, despite

its potential for growth, is a smaller network than the PSTN. However, the CATV has been rolled out mainly in big cities that its customer could demand new services over this network.

Current regulatory framework in Turkey is mainly based on the legislation adopted in 2000, which amended the old statutes and established an autonomous regulator (Telecommunication Authority “TA”). In addition to the sector-specific legislation, Act on the Protection of Competition No.4054 (the Competition Act ()) is implemented by the Turkish Competition Authority (TCA) in this sector as a part of the regulatory framework.

With the advent of Internet, the CATV network, together with the PSTN, has become one of the main infrastructures to provide Internet access services particularly the broadband Internet access services. While access to the PSTN by Internet Service Providers (ISPs) is regulated, there has not been any regulation about access to the CATV to provide Internet access services. So, Turk Telecom, as the owner of both networks, refused to grant access to its rival ISPs to the CATV network. Turk Telecom first began to provide this service over the CATV network and had approximately 43,000 subscribers in August 2004. But later, it focused on the provision of ADSL based services over the PSTN. However, after it focused on ADSL, Turk Telecom continued to refuse granting access to any ISP other than its Internet branch to the CATV network and did not invest in the network to make more network nodes available for the provision of broadband Internet services. The TA has not adopted any effective regulation in this process to force Turk Telecom to open up its CATV network to ISPs. Therefore, despite its potential, broadband Internet services over the CATV network could not become a substitute for ADSL based Internet services in Turkey.

The TA regulates the broadband access services over the PSTN, however it does not regulate broadband access services over the CATV. So, while ISPs can have access to the PSTN network to provide broadband Internet services, they cannot seek access to the CATV network. The main aim of the regulation is to ensure the provision of services to the end users in a standard quality and at reasonable prices, and competition between ISPs in the provision of broadband Internet services. Presence of substitute service over the CATV would promote this objective. The substitute service also does not undermine any objective of the regulation.

The TA, after liberalisation, is in the process of adopting and enforcing necessary secondary legislation especially regarding the licensing and access regime. The TA also plans to adopt a technology neutral regulation by defining markets in accordance with competition law principles following the regulatory model of the EU, which has been adopted in the New Regulatory Framework. In this context, although secondary legislation has been adopted recently about the licensing of new CATV operators, no license has been granted to any operator so far. Authorisation of new operators will, in the long run, lead to increase in substitute services from the CATV. However, it can be stated that there is not any immediate policy action to ensure a level playing field between broadband Internet services over the CATV and the PSTN.

2. Competition Law Enforcement

Issues relating to the CATV network have been subject to the competition law enforcement in two ways. First, the TCA investigated Turk Telecom’s refusal to grant access to ISPs to the CATV network. Second, in the privatisation process of the Turk Telecom, the TCA adopted an Opinion in order to forward to Privatisation Administration before the bidding process, which was proposing, inter alia, the structural separation of the CATV network from Turk Telecom,.

Cable Modem Services Investigation was about Turk Telecom’s refusal to grant access to its CATV infrastructure. As mentioned above, Turk Telecom has owned both CATV network and PSTN that are essential infrastructures for Internet Service Providers (ISPs) to provide broadband Internet access services. Turk Telecom first began to market its broadband Internet services over its CATV network by

refusing other ISPs who demanded access to that network. When Cable Modem Services investigation was initiated, as the PSTN was not available for the provision of broadband Internet access services (ADSL Internet services), Turk Telecom was the sole provider of broadband Internet access services. In the investigation process, Turk Telecom began to provide ADSL based Internet services.

Considering these facts, Turk Telecom was accused of monopolising Internet access services over the CATV network and restricting production, marketing or technical development thereby causing a disadvantage for the consumers. The TCA concluded that broadband Internet services over the CATV and ADSL were in the same market, Turk Telecom possessed a dominant position in this market and Turk Telecom abused its dominant position by refusing other ISPs to access to the CATV network. For the remedy, the TCA ordered Turk Telecom to open its CATV network to rival ISPs.

This case indicates that incumbent operators can prevent emergence and development of substitute services by engaging in exclusionary practices like denying access to essential infrastructures.

Second, the TCA's Opinion in the privatisation process about the separation of the CATV network from Turk Telecom mainly reflects the need for developing competition between services provided over competing infrastructures.

The TCA issued a Communiqué in order to establish a procedure of cooperation between the TCA and Privatisation Administration regarding privatisation transactions. This Communiqué sets out a separate advance notification requirement for privatisation transactions, which are exceeding the thresholds specified. This requirement aims that Turkish Competition Board can provide its views on the proper method of structuring sale of the privatisation assets before the tender process. Thus, the Board has two opportunities to influence the outcome of the privatisation, one at the time the tender is devised, and again when a particular firm is identified as the acquirer.

In the privatisation of Turk Telecom, the TCA adopted an Opinion that addressed the CATV among a number of other issues. In this Opinion, the TCA, by highlighting the importance of competition between alternative networks, mentioned that the CATV network presents potential for the provision of competing services to the services provided over the PSTN. The TCA also stated that access services that are essential for service providers, especially for ISPs, provided over both networks are in the same market especially in the case of broadband services considering that retail services provided over both networks are interchangeable for end users. Following these assessments, the TCA concluded that even access to an infrastructure is subject to tight rules, it cannot be sufficient for ensuring targeted competition in the absence of competition between these infrastructures.

Considering assessments mentioned above, the TCA concluded among others that performing privatisation in the line of the following would be beneficial for ensuring the creation of a more competitive market structure:

“The infrastructure of cable TV be rendered a separate legal personality together with all rights related to the ownership and operation of this infrastructure, such that it shall be completed within the period of one year at the latest, following the transfer transaction of the Turk Telekom A.Ş., and the control of this legal personality be transferred.”

Following this Opinion, Privatisation Administration prepared a privatisation tender that the CATV network would not be included in the sale of Turk Telecom. Recently, a legislation that transfers the CATV from Turk Telecom to Turksat, a state owned satellite operator, has been adopted.

With this Opinion, the TCA aimed to ensure a market structure that ownership of the CATV network and PSTN is separated. With the separation and transfer of CATV network from Turk Telecom, it

DAF/COMP(2006)18

is expected that competition in the services provided over these networks, especially in the broadband Internet services, could be created and increased.

UNITED KINGDOM

The UK notes with interest the OECD's discussion of this issue. Our view is that the OECD is looking at this from a wide perspective of regulation as opposed to that simply related to competition law.

Specific sectoral regulation ought to be fair and certain, but the regime itself should not be permanent by design. Regulatory scope should diminish as competition increases. Competition from new entrants should not be confused with substitute services. Substitute services may have direct relevance to a regulated sector, but the impact of substitute services must be considered on a case-by-case basis. Any move to regulate substitute services must be treated with extreme caution, as it may only stifle innovation, and is incompatible with a strategic view that it is better to de-regulate wherever practicable.

In general, the UK believes that any regulation should not be overly burdensome, and require all new regulations to be accompanied by a Regulatory Impact Assessment containing a section on the potential impact on competition.

It is UK Government policy that regulation should do no more than meet the assessed need. This may be economic (e.g. to control a monopoly undertaking), or through requirement to meet other public policy objectives (e.g. Health and Safety). In these circumstances, a "levelling" up as describe by OECD may impose unnecessary burdens. For example, while air travel and rail travel may compete in the same market for consumers, the safety and planning requirements are entirely different. In other cases, a "levelling down" may remove politically desirable regulations, or have a detrimental effect in the original market if the substitute is only partial or incomplete.

As a result, we feel it is difficult to impose general principles in this area, other that to note that when considering market definition, or effect on competition, regulators should take account of substitutes and their potential effects.

The remainder of this submission sets out brief responses from the various sector regulators in the UK to the specific questions raised in the OECD request for submissions.

1. Telecommunications – Response from Office of Communication (Ofcom)

The key element of regulation in the telecommunications sector is price capping and promotion of competition by Ofcom.

The purpose of price-cap regulation is to prevent excessive pricing whilst giving the regulated firm an incentive to increase its efficiency. Ofcom is concerned to promote competition at the deepest level of infrastructure where it will be effective and sustainable. Margin squeeze rules and non-discrimination requirements (for example in charges for network services) are intended to prevent anti-competitive behaviour and, in particular, leverage of market power into downstream markets.

The most relevant regulated services in the context of substitute services appear to be:

- those subject to BT's retail price cap: retail residential access, retail local, national, IDD and operator assisted calls, plus the retail retention on calls to mobiles (all weighted according to the spending patterns of the lowest-spending 80% of residential retail customers);
- Those subject to BT's network charge control: call origination, call termination, local-tandem conveyance and transit, single tandem transit, inter-tandem conveyance and transit (RPI+0 safeguard cap only), FRIACO at the DLE and single-tandem FRIACO;
- Wholesale line rental (subject to a charge control)
- Wholesale local access (local loop unbundling, subject to a cost-oriented charge requirement)
- Wholesale broadband access (ATM interconnection, subject to a reasonable terms requirement and a margin squeeze rule)

In addition, mobile operators' termination charges are each subject to a charge control. Under EU Directives, only operators deemed to have significant market power in the relevant market are subject to ex ante regulation.

In considering the effect of substitute services it is useful to distinguish between those services which are provided by operators other than the regulated firm and which may therefore impose a competitive constraint on it, and those which are provided by the regulated firm itself but may be an alternative to its regulated services.

The presence of competing services is generally to be welcomed. Indeed one of the goals of regulation has been to encourage competition in order to allow a retreat from regulation. A possible complication is that, where charges do not reflect costs (because for example charges are nationally averaged), there is a danger that inefficient competition may be encouraged. However it would usually be preferable to address the inefficiencies in the charging regime, if necessary, rather than to prevent competition.

Services in each of categories (i) to (v) above are potentially subject to competitive pressure from substitute services provided by cable and carrier pre-selection (CPS) operators, for example. These would potentially affect regulation of BT's services in a number of ways. Firstly they may affect BT's market power in the provision of these services and hence the need for regulation. Note that the definition of the relevant market will be necessary before market power is assessed. In general, Ofcom has regarded cable and CPS operators' services as sufficiently close substitutes for the corresponding BT service for them to be regarded as part of the relevant market.

The second main way in which substitution by cable and other competing operators such as CPS operators needs to be taken into account in the regulation of BT is when setting the value of X in an RPI-X control. The value of X is usually set so as to bring prices into line with projected costs over the charge control period. Telecoms networks are subject to strong economies of scale, which means that a reduction in the forecast volume of traffic over BT's network as market share is lost to competitors tends to increase its projected unit costs and thus reduce the appropriate value of X.

In principle, substitution by mobile operators could raise similar issues. However, Ofcom has generally taken the view that mobile and fixed services are in separate markets. Nonetheless, any tendency for traffic to migrate from fixed to mobile networks would still need to be taken into account when projecting fixed traffic volumes for the purposes of setting a price control. Similarly, e-mail substitution may reduce fixed voice call volumes. However, it may be that such substitutability is limited to certain types of call, that is, those not requiring a conversation.

The existence of substitute services provided by the dominant operator itself raises somewhat different issues. These may not represent an additional competitive constraint. However, it is still necessary to consider how they should be treated for price cap setting purposes and whether there are implications for the appropriate remedies. Both these issues are raised by the potential substitutability between broadband and narrowband services, including between traditional voice services and voice over broadband. This is a key issue in the setting of controls on BT's network charges to apply from October 2005 (when the current control expires) on which Ofcom is currently consulting as significant switching of customers from narrowband to broadband internet usage is likely over the next charge control period (proposed to be 2005 – 2009).

Where a new service, which substitutes for an existing regulated service, is introduced, its implications for the structure of any control will depend on whether the new service will be available in addition to the existing controlled service or will replace it completely. In the former case, it may be unnecessary to control the price of the new service, because the availability of the existing service at controlled prices will provide customers with adequate protection. Where the new service will gradually replace the existing service, there may be a case for including both services within a single control.

Broadband traffic is likely to be conveyed over a separate network to narrowband traffic and hence broadband growth tends to reduce the volume of charge-controlled narrowband traffic. However, in the context of price cap setting, there is a case for not reflecting very large-scale substitution of broadband for narrowband products in the narrowband volume forecasts. In such circumstances, where switching from price controlled into unregulated products is projected, and there are significant assets and costs in common between them, it is legitimate to take account of the benefits of economies of scale and scope derived from increases in the volume of non-price capped activities. There is then a reallocation of common costs, with a smaller proportion being recovered from existing controlled services and an increased proportion being recovered from the new service. However, charges would still be set so as to allow overall cost recovery on average from regulated and unregulated products, on a forward looking basis.

In addition, where non-price controlled services are direct substitutes for price-capped services, if growth in the volumes of these services were not taken into account, the regulated firm would have the benefit of a looser price control purely as a result of forecasting a migration of customers onto substitute services. On the other hand, there are limits to the economy of scope because the commonality between narrowband and broadband networks is not complete and because BT may lose market share to LLU and cable operators when customers switch to broadband. It would not be able to recover network or retail costs from these customers. Ofcom is therefore currently consulting on the appropriate allowance for broadband substitution to allow in its charge control modelling.

2. Gas and Electricity – Response from Office of Gas and Electricity Markets (OFGEM)

Electricity is used in a range of applications and its versatility is therefore a feature of the product. The exclusive uses of electricity such as lighting) and its non-exclusive uses (such as production of heat) narrow the extent to which gas and electricity are interchangeable. Substitution between gas and electricity therefore relates only to its non-exclusive uses. Given the expense involved in the production of electricity, often utilising gas as an input, electricity is seen to offer only a weak alternative to gas for non-exclusive purposes. The opportunity costs for switching between utilisation of one fuel and another remain limited due to the high investment costs that would be required by many customers.

For example in their Domestic Competitive Market Review, Ofgem observes that the prices for gas and electricity to domestic customers have shown little co-movement and that the correlation co-efficient for gas and electricity is negative. This suggests that there are different competitive pressures operating on gas and electricity and that domestic gas and electricity are in separate markets.

Ofgem is aware that larger non-domestic customers may have the ability to switch between fuels using installed equipment. For example, in a study by NERA (Study to investigate the likelihood of firm load self interruption in a severe winter- A final Report for Transco- May 2002) estimated that 47% of interruptible gas customers (largest gas non-domestic consumers) had standby fuel-using equipment available if they needed to switch away from gas to an alternative fuel (different customers will switch to different fuels). However, it was not apparent that a small and permanent increase in gas prices would be sufficient to incentives such a switch- it depends on the price of the alternative fuel. The determining issue on substitutability is whether a sufficient number of customers would switch to represent a constraint on prices.

Ofgem conducted interviews with electricity suppliers, who suggested that only in a very small number of customers covered by the non-domestic review could switch from gas to electricity. Ofgem concluded that these customers were insufficient to pose a constraint on prices. Ofgem concluded that gas and electricity were separate markets for domestic and non-domestic customers.

3. Rail services – Response from Office of Rail Regulation (ORR)

Clearly, trains do compete with other forms of transport under certain circumstances. The point where competition takes place depends on the nature of the goods being transported (passengers or freight) and the origination and destination of the journey (point to point flows). Recent merger inquiries in the UK rail sector (for passenger rail franchises) have resulted in the UK Competition Authorities (OFT and CC) defining relevant economic markets as being point-to-point public transport markets. In some cases potential competition concerns have been identified where bus and coach services overlap with rail.

Although the OECD paper does not define ‘regulation’, ORR assumes that the focus of this paper is on ex-ante regulation as opposed to general competition law and therefore limits its comments to railway specific regulation. In order to understand the regulatory model adopted in the UK rail sector, it is useful to first describe briefly the structure of the UK rail industry.

The key element of the privatisation of the UK Rail Industry in the early 1990s was to separate the ownership of the network from the business which ran train services over it. Vertical separation therefore created a monopoly infrastructure supplier in the UK. Given the regulatory creation of a monopoly, substitute services are not explicitly analysed in regulating the supply of railway infrastructure (access and charging).

Privatisation also introduced passenger franchising. Train operators would bid to run a franchise based on the amount of funding required or the premium they would be prepared to pay. The winner being the company providing the best value for money bid. The franchising process ensured that there would be competition for the market as opposed, necessarily, to competition in the market.

There is regulation, through a price cap, of a number of passenger rail tickets and consideration is given to substitute services for those specific tickets when setting price caps.

Licences, for passenger and freight services, provide another level of ex-ante regulation, in so much as there are provisions within the licence, which prohibit anti-competitive behaviour such as exclusionary behaviour, discriminatory behaviour or below cost pricing.

4. Taxi services – Response from the Office of Fair Trading (OFT)

The UK note that OECD specifically refers to this example. Both Hackney Carriages (taxis) and Private Hire Vehicles (PHVs, sometimes called mini-cabs) are regulated, but the degree of regulation differs. The essential difference between a taxi and a PHV is:

- Taxis can ply for hire on the street or at ranks and can accept pre-booked journeys;
- PHVs can only be pre-booked, either by telephone or at an Operator's office.

Therefore, while both taxis and PHVs are substitutes for pre-arranged journeys and, to a certain extent, where an operator's office and a taxi rank are within a comparable distance, they are not substitutes for street hailing (which accounts for 10 per cent of all journeys made by taxi and PHV¹).

In some areas, PHV Operators run mixed fleets (both taxis and PHVs). This has sometimes led to a situation where the PHV fare is set at the same rate as the taxi tariff. This arguably restricts competition in the pre-booked market but in practice this is limited anyway as consumers tend not to shop around.

For both taxis and PHVs both vehicle and driver are separately licensed. Both sectors are highly regulated. Licensing of taxis has been in operation for many years. Licensing for PHVs in London has only recently been introduced (1998) to meet calls from a number of sectors (including the taxi sector) for better safety standards and a better service to consumers. Outside of London PHVs were already licensed. There have been calls on occasion for a single act to draw all the various pieces of licensing legislation together. There have also been calls for a single tier licensing system, abolishing the differentiation between taxis and PHVs.

The application of the regulations varies from Licensing Authority (LA) to LA but falls into three broad categories:

- Quantity regulation – LAs can limit the supply of taxis by imposing a cap on the number of licenses for taxi vehicles. Some LAs do this, others do not. Currently approximately 33% of LAs apply quantity controls. These regulations do not apply to PHVs;
- Quality and safety regulation – LAs also regulate quality in terms of service, safety and technical efficiency, both for taxis and for PHVs, and driver standards (fitness to drive, criminal records etc.)
- Fare regulation – LAs can regulate the fares charged by taxis by specifying either a mandatory or a maximum fare. Again, these regulations do not apply to PHVs.

The latter two categories exist to protect the public. Quality and safety regulation on vehicle and driver is intended to ensure that vehicles are safe to use and meet a set standard. It can go further, e.g. by requiring that a vehicle be wheelchair accessible. Fare regulation is intended to stop excessive pricing in an area where the consumer is effectively a captive customer (when hailing a taxi in the street and at a rank it is impractical to shop around).

Due to the different ways in which the two services are hired, regulation is often (but not always) less stringent on driver licences for PHVs than for taxis – e.g. taxi drivers often have to pass a geographical knowledge test whereas PHV drivers do not because they are generally pre-booked by telephone and can therefore plan the route in advance.

There is no fare regulation on PHVs because, again, they are usually pre-booked and it is possible for consumers to shop around on price. This can lead to some competition between taxis and PHVs (where taxi fares are licensed at a maximum) but this is, in practice, limited.

1 Halcrow: Impact of Regulation on Taxi Markets – Consumer Survey, July 2003 – Annex A of OFT's market study on licensed taxi and PHV services.

The OFT market study found no beneficial purpose to quantity control of taxis (although arguments such as the prevention of congestion and to prevent rank over-crowding have been put forward).

Other end users include disabled passengers who have differing requirements from vehicles. Some need specifically designed, wheelchair accessible vehicles; others find these uncomfortable and prefer saloon type vehicles. As both taxi and PHV, services are licensed at a local authority level the levels of substitutability vary depending on the local vehicle licensing conditions. Some PHV fleets offer wheelchair accessible vehicles. More and more LAs are making it a licence condition that taxis must be wheelchair accessible. Also, the Disability Discrimination Act 1995 will, eventually, make it mandatory that all taxis (but not PHVs) be wheelchair accessible. Implementation of the regulations is not expected to begin until 2010 at the earliest.

UNITED STATES

This paper discusses the impact of “substitute” services on regulation and on antitrust enforcement in the telecommunications sector. It then discusses some issues relating to substitute services that have arisen in postal service regulation, and concludes with a very brief note on trucking and rail competition.

1. Telecommunications

1.1 Introduction

Competitive services in United States telecommunications markets started to take shape during the 1970s when Microwave Communications Incorporated (MCI) began offering long distance services using microwave technology. Prior to that, AT&T had a monopoly on the provision of long distance telecommunication services and a near monopoly on local service. Since then, innovation and a changed regulatory structure have combined to create an environment characterized by widespread competition. For example, the widespread adoption of wireless services has given rise to increased inter-platform (wireline vs. wireless) competition. As a result of such competition, some wireline consumers have “cut the cord” and chosen to use only wireless services.¹

More recently, companies using Internet Protocol (IP) based applications have further changed the competitive landscape. For example, cable operators using IP-based applications are now offering both video and voice services to their subscribers. Similarly, phone companies, also using the IP-based applications, are beginning to offer both voice and video programming to their customers. In addition, a number of companies, using existing broadband platforms, are offering IP telephony services to residential customers. Some IP telephony offerings give users the capability to place calls to, and receive calls from, other broadband subscribers and telephone subscribers via the use of traditional public switched telephone network facilities.²

Broadband Internet access today is being provided by a number of entities using different transmission platforms, such as cable, wireline, wireless, and satellite. Utility companies have also entered the broadband Internet access market through a new platform, called broadband over power-lines (BPL), which uses electric power lines as a transmission medium to provide high-speed communications; BPL made its commercial debut in 2003. Two widely used wireless technologies that use unlicensed spectrum, WiFi and WiMax, are providing wireless broadband access in many cities and towns, and in many educational, civic, and commercial institutions and buildings across the United States.

In media markets, cable operators, which initially provided services that were complementary to terrestrial, free-over-the-air, broadcast services, are increasingly facing competition from Direct Broadcast Satellite (DBS) operators. A decade ago, cable operators served almost 100 percent of the nation’s

1 Federal Communications Commission, Ninth Annual Commercial Radio Communication Services (CMRS) Competition Report, FCC 04-216, p. 88 (2004).

2 FCC, Availability of Advanced Telecommunications Capability in the United States, Fourth Report to Congress, p.25 (September 2004). An Internet application called Free World Dialup provides free peer-to-peer communications to its subscribers capable of exchanging voice, video, or text with other Free World Dialup subscribers without relying on traditional public switched telephone network.

multichannel video distribution (MVPD) subscribers, but by June 2004, cable's share of all MVPD subscribers had declined to approximately 72 percent. Almost all consumers in the United States have the choice between over-the-air broadcast television, a cable service, and at least two DBS providers³ Moreover, competition in the video delivery market is expected to intensify as phone companies enter this market using IP-based video distribution applications and fiber to the premises (or fiber-to-the-curb or fiber-to-the-node) platforms.

1.2 *Effects of Substitute Services on Regulation*

In general, a more competitive landscape with widespread availability of substitute services in both telecom and media markets will increase consumer choice, increase the quality of service, and lead to lower prices – changes that are evident in the U.S. market.⁴ These changes have also affected many aspects of telecom and media regulation including rules governing market entry and tariff (price) regulation. A modest degree of inter-platform competition between cable and telephone companies was anticipated by the Congress when it enacted the Telecommunications Act of 1996. Rapid deployment of broadband platforms and IP-based applications and related substitute services, however, has ushered in a new era of increased competition and has resulted in the need for a re-evaluation of existing regulations.

The Federal Communications Commission (FCC) has several open regulatory proceedings where the Commission is seeking comments on services affected by inter-platform competition. The FCC, for example, is seeking comments on issues relating to services and applications making use of IP, including but not limited to voice over IP (VOIP) services (collectively, "IP-enabled services"). More specifically, in this proceeding, the FCC is seeking comments on the impact of IP-enabled services on the communications landscape and the Commission's regulatory role in this changed landscape, as well as the proper regulatory treatment of these new IP-enabled services.⁵

1.3 *Selected Recent Regulatory Decisions*

On a number of occasions, in response to greater availability for consumers of substitute services, the FCC has adopted rules that foster competition and rely more on market forces as opposed to rules that are generally more intrusive in nature, e.g., tariff regulations and market entry rules. The following are some examples from recent FCC decisions.

MVPD Competition and Determinations of Effective Competition. In the Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992, Congress directed the FCC to evaluate competition in the MVPD market at the local franchise market level and determine whether there is a continuing need for regulation of basic cable service prices at the local level. The Commission has received several petitions from cable operators claiming that competition from other MVPD operators, including DBS operators, is now substantial and exceeds the threshold set by Congress for a determination of "effective competition" required for deregulation of basic cable rates. The Commission is required to examine the level of competition from other MVPD operators on market-by-market basis by comparing competing MVPD operators and cable operators' penetration and service offerings. In many markets, the FCC has found that

3 Federal Communications Commission, Eleventh Annual Assessment of the Status of Competition in the Market for the Delivery of Video Programming, p.3 (rel. February 4, 2005).

4 One provider of IP telephony services currently offers 500 minutes the customer may use to call anywhere in the United States for \$14.99. See Federal Communications Commission, Availability of Advanced Telecommunications Capability in the United States, Fourth Report to Congress, p.25 (September 2004).

5 Federal Communications Commission, IP-Enabled Services, Notice of Proposed Rulemaking, WC- 04-36, pp. 2-6 (rel. February, 12, 2004).

there was sufficient competition to justify a finding of effective competition. In those areas, the FCC has decided in favor of deregulation of basic cable service.⁶

Inter-platform Competition and Unbundling Requirements. The FCC in its Triennial Review Proceeding has determined that the incumbent local exchange carriers do not have to unbundle certain broadband elements, including fiber-to-the-home (FTTH) loops in greenfield situations, broadband services over FTTH loops in overbuild situations, the packetized portion of hybrid loops, and packet switching.⁷ The Commission based its determination with regard to these elements on a number of factors including inter-platform competition between cable companies and telecom carriers for broadband services. The Commission found that the cable companies have made significant inroads in providing broadband services to the mass market. The Commission also found that limiting the unbundling obligations imposed on incumbent local exchange carriers would remove disincentives to the deployment of advanced telecommunications facilities in the mass market.⁸ The Commission later extended its FTTH decision and determined that certain fiber-to-the-curb (FTTC) deployments,⁹ and fiber loops deployed to predominantly residential multiple dwelling units (MDUs),¹⁰ would be treated in the same way as FTTH loops.

The Commission also has eliminated other unbundling requirements in order to give the Bell Operating Companies increased incentive to deploy broadband services and compete with cable providers in order to “increase competition and benefit consumers.”¹¹ Specifically, the Commission granted the regional Bell operating companies forbearance from rules that would impose unbundling obligations under section 271 of the 1996 Telecommunications Act (which governs the regional Bell operating companies’ entry into long-distance markets) for elements including FTTH loops, FTTC loops, the packetized

6 We note that in 2004 alone the Commission made a finding of effective competition in more than 250 geographic markets. *See*, various Media Bureau “Effective Competition Orders” posted at FCC’s website.

7 Federal Communications Commission, *Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers; Implementation of the Local Competition Provisions of the Telecommunications Act of 1996; Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability*, CC Docket Nos. 01-338, 96-98, 98-147 (2003). Packet switches allow carriers to provide advanced services over fiber networks.

8 *id*

9 *Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers; Implementation of the Local Competition Provisions of the Telecommunications Act of 1996; Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability*, CC Docket Nos. 01-338, 96-98, 98-147, Order on Reconsideration, 19 FCC Rcd 20293 (2004) (treating FTTC deployments as FTTH deployments where the fiber deployment is not farther than 500 feet from each customer premises reached from the serving area interface).

10 *Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers; Implementation of the Local Competition Provisions of the Telecommunications Act of 1996; Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability*, CC Docket Nos. 01-338, 96-98, 98-147, Order on Reconsideration, 19 FCC Rcd 15856 (2004) (treating fiber deployed at least to the minimum point of entry (MPOE) of MDUs that are predominantly residential as FTTH loops for unbundling purposes, irrespective of the ownership of the inside wiring).

11 *Petition for Forbearance of the Verizon Telephone Companies Pursuant to 47 U.S.C. § 160(c)*, WC Docket No. 01-338, *SBC Communications Inc.’s Petition for Forbearance Under 47 U.S.C. § 160(c)*, WC Docket No. 03-235, *Qwest Communications International Inc. Petition for Forbearance Under 47 U.S.C. § 160(c)*, WC Docket No. 03-260, *BellSouth Telecommunications, Inc. Petition for Forbearance Under 47 U.S.C. § 160(c)*, WC Docket No. 04-48, Memorandum Opinion and Order, 19 FCC Rcd. 21496, 21511 para. 31 (2004).

functionality of hybrid copper-fiber loops, and packet switching to the same extent the Commission determined that these facilities need not be unbundled under section 251(c)(3) – the statutory unbundling provision at issue in the Triennial Review Proceeding.¹²

Local number portability. In November 2003, the FCC extended local number portability requirements to wireless providers requiring wireless operators to provide for porting both to other wireless carriers and to local wireline carriers. In general, local number portability (LNP) refers to the ability of users of telecommunications services to retain, at the same location, existing telecommunications numbers when switching from one telecommunications carrier to another. The Commission concluded that enabling wireless subscribers to keep their phone numbers when changing carriers would enhance competition between wireless carriers as well as promote competition between wireless and wireline carriers. LNP had a direct impact on wireless competition where operators embarked on an aggressive customer retention effort to minimize switching among carriers which was made easier by number portability.¹³ Also, as a result an increased number of wireline customers have switched to wireless service because they were able to port their numbers to their new services provider.

1.4 *Impact of Substitute Services on U.S. Antitrust Law Enforcement in Telecommunications*

Telecommunications markets in the United States are undergoing constant change as a result of consolidation, evolving regulatory requirements, technological advances and efforts by providers to meet consumers' demands for faster, higher quality or easier to use services. In analyzing proposed mergers or potentially anticompetitive conduct, the antitrust agencies are mindful that these changes need to be factored into any determination. Many of these changes have resulted in the emergence of "substitute" services. For example, technological advances that lead to improved services, or lower the cost of providing services, can increase competition by allowing the development of new providers or the expansion of existing providers in adjacent areas into markets served by local incumbents. Such changes can alter market definitions, add new participants to markets or change the competitive significance of mergers or conduct. It is also possible that newer technology may lower the cost and time for entry thus eliminating concerns about the consolidation of existing providers. The Antitrust Division of the U.S. Department of Justice (DOJ), as described below, has wrestled with these issues in past investigations and is currently analyzing large combinations between local landline incumbent providers and traditional long distance companies that the parties allege are necessary because of the extensive upheaval the industry is undergoing.

The DOJ recently considered a merger involving the first and second largest providers of paging services in the United States. The U.S. paging industry has undergone significant consolidation, multiple bankruptcies and a rapid decline in the number of units in service. In 1999, there were 45 million paging units in use, but at the time of the investigation, that figure had dropped to less than 12 million and was projected to shrink further. The parties to the merger alleged that the appropriate market to examine in our analysis was broader than just paging services, because customers were substituting from paging to other wireless services at a dramatic rate. The DOJ found that there was evidence suggesting that many users were replacing their pagers with mobile wireless telephony services, such as cellular or PCS services; however, it then considered whether there were classes of pager users for whom these services were not an adequate substitute. A small percentage of paging customers, including some hospitals and emergency responders, did not consider cellular or PCS to be adequate substitutes because of differences in price or quality, including network reliability or the ability to penetrate buildings. The DOJ eventually concluded

12 *See id.*

13 Federal Communications Commission, Ninth Annual Commercial Radio Communication Services (CMRS) Competition Report, FCC 04-216, p. 69 (2004).

that even for users who said they could not totally switch to mobile wireless telephony services, there were sufficient alternative options, including other national, regional or local paging companies as well as the ability of some customers to self-provision. Based on these findings, the DOJ did not challenge the proposed merger. The DOJ also noted that some customers were moving to wireless local area networks that in part replaced freestanding paging systems. The DOJ concluded that over time this technology could increase competitive pressure on paging companies.

The DOJ is currently evaluating two mergers involving incumbent local telephone providers acquiring long distance companies. The major local incumbents in the U.S. (known as Regional Bell Operating Companies or RBOCs) currently offer long distance services as well as local services, each having received regulatory approval to offer such services nationwide. Each RBOC has been very successful in selling bundled local and long distance services within its region. The traditional long distance carriers began providing local service after passage of the 1996 Telecommunication Act; however, they have not been very successful in obtaining customers for this service. The proposed mergers raise potential concerns in a variety of telephony areas affecting both businesses and consumers, and the DOJ is devoting substantial resources to evaluating these transactions.

The parties to these mergers have argued to the DOJ and FCC that these transactions will not substantially lessen competition because of the tremendous changes in the industry that have resulted in increased competition. In particular, they point to the proliferation of e-mail and cellular and PCS phone usage, the entry of cable companies into providing telephony services and the offering of Voice Over IP services ("VOIP") by other providers. In analyzing these assertions and determining the appropriate markets and related market shares, the DOJ will examine the price and quality of these alternative services and the way these services are sold and used. For example, customers who purchase VOIP may pay less for these voice telephony services than the prices set by incumbent providers with circuit-switched networks, but need to purchase broadband services to be able to use the service. The DOJ will also examine whether these alternatives are attractive or available to all classes of customers or users located in different geographic areas. In the U.S., not all cable companies currently offer telephony services, and some areas are not served by cable companies. In addition, businesses, which demand higher levels of reliability and security, may not find wireless services to be adequate substitutes for wireline services. Among other information, the DOJ will be gathering data on the extent to which customers are relying on these services to totally replace landline services and how changes in the price of traditional services are impacting customers' choices. Finally, the DOJ will need to evaluate the impact regulation has on competition in the markets of concern, including the results of deregulation in some geographic areas, any differences in regulation imposed on incumbents and substitute providers and uncertainty created by legal challenges to existing regulation.

2. Postal Service Regulation and Substitute Services

The United States Postal Service (USPS) and the Postal Rate Commission (PRC) are the two federal executive branch institutions with governmental responsibilities in the postal sector. The USPS has characteristics of both a governmental agency and a business enterprise. It has statutory authority to provide for the collection, handling, transportation, and delivery of mail matter. Rates and classifications for domestic postal services are generally developed through a process that involves the USPS, the Presidentially appointed Governors, and the PRC. Briefly, in order to institute proposals for changes in rates and classifications, the USPS must first seek recommendations from the PRC, which provides

opportunities for the public to participate in rate proceedings. The PRC conducts hearings and issues recommendations to the Governors, who then vote on the recommendations.¹⁴

The PRC has responsibility for evaluating proposals for changes in domestic postal rates, fees and mail classifications proposed by the USPS. It issues recommended decisions to the Governors of the USPS. Further, the PRC investigates complaints of substantial national scope concerning postal rates and services. Complaints can be filed by interested persons, which in the past have included competitors, mailers, mailer associations, and individuals.

The role of substitute technologies – in particular diversion of traditional postal services to newer technologies – has arisen in postal regulatory proceedings. Diversion was cited as a justification for a recommendation on classification and fees for “qualified business reply mail” (QBRM) service, which consists of a high-volume reply mail service, used primarily in connection with consumer remittances. The PRC explained its recommended fees and classification provisions for the service as follows:

“The recommended new fee categories for QBRM will allow fees that are aligned more closely with costs than existing fees, and therefore more fair and equitable to QBRM mailers. The Commission notes that BRM volume has decreased substantially over time. This may have occurred in part because firms that would otherwise use BRM have been deterred by a non-cost based fee structure for QBRM that made its use uneconomical. Adopting a more cost-based QBRM fee structure may spur volume. Because such mail pieces are often related to bill paying, greater usage may aid the Service in staving off electronic diversion. Improvements in QBRM pricing and costing are therefore quite important, and the new structure is desirable from the point of view of both users and the Postal Service.” PRC Op. & Rec. Dec., Docket No. R2000-1, vol. I, at 557.

Substitution and new technologies have also arisen in complaint cases filed with the PRC. In response to a complaint brought by United Parcel Service challenging the USPS’s provision of Post E.C.S., an all-electronic service, the Commission questioned the USPS’s argument that electronic services were necessarily outside the scope of the Commission’s authority to make recommendations on domestic postal classification changes:

“The Postal Service’s primary argument for dismissal of the Complaint on the merits is that Post E.C.S. necessarily is a “nonpostal” service because it lacks a physical relationship to the network with which the Service transmits hardcopy mail from senders to recipients. The Service observes that the Commission, the Governors, and reviewing courts have evaluated the “postal” character of services by reference to functions performed in the hardcopy postal network - i.e., collection, acceptance, processing, handling, transportation and delivery of tangible mail pieces. As an “unbundled completely electronic service,” the Service argues, Post E.C.S. lacks a relationship to any of these physical functions. Therefore, the Postal Service concludes, “Post E.C.S. does not fall within the definition of ‘postal services’ as defined by the courts, the Commission, and the Governors.” Motion to Dismiss at 15. The premise of the Postal Service’s argument is largely correct, but the conclusion it urges does not necessarily follow. It is true, as the Service claims, that “[a]bsolutely none of these [judicial and other] authorities has concluded that completely electronic services are ‘postal’ in nature[.]” Id. at 8. However, analogous claims could be made with respect to the legal status of First-Class Mail transported by air prior to 1955, or messages received in post offices by telegraph prior to 1970. As the decisions described in the footnotes illustrate, the Postal Service’s adoption of new technologies into its operations can generate

14 39 U.S.C. § 3625. The Governors’ authority to make changes to the Commission’s recommendations is restricted, though it can and has modified PRC decisions with a unanimous vote.

controversies that the body of pre-existing legal authority cannot resolve. This is the current state of the controversy with respect to any end-to-end electronic service offered by the Postal Service, such as Post E.C.S.” PRC Order No. 1239 (Docket No. C99-1).

Ultimately, the PRC dismissed the UPS complaint as moot, so it never reached closure on its authority over electronic services in that docket. Since the issuance of Order No. 1239, the PRC has initiated a rulemaking to define “postal services” to include “the delivery of letters, printed matter, or packages weighing up to 70 pounds, including acceptance, collection, processing, transmission, or other services supportive or ancillary thereto.” Nevertheless, the PRC is also proposing a rule to require the USPS to provide cost and revenue information on “nonpostal” services.

3. Rail/Trucking Competition

The U.S. regulated railroads, beginning in 1887, with the implementation of the Interstate Commerce Act. With the construction of a national highway system and the advent of competitive motor carrier transportation, the U.S. regulated motor carriers with respect to both entry and rates. Regulatory asymmetry was a big part of the federal government’s decision to regulate trucks in the 1930s. According to Alfred Kahn’s classic “Economics of Regulation”, this was one of only two primary impetuses for the Motor Carrier Act of 1935: “We have already cited the major consideration motivating the imposition of this comprehensive set of public utility-type controls on a highly dispersed and competitive industry -- the belief that unregulated entry and price competition had resulted in poor service. The other side of the coin is that the Act was passed and has been enforced with the explicit purpose and effect of protecting railroads against the intensified competition of motor carriers and protecting motor carriers from one another.”¹⁵

In 1980, the U.S. deregulated trucking; for highway carriers, entry and rates were set by the market. On the rail side, in response to a failing railroad industry the U.S. in 1980 (Staggers Act) gave the Interstate Commerce Commission authority to exempt from regulation rail movements that were truck competitive, e.g., boxcars and TOFC/COFC (trailer on flatcar and container on flatcar). Regulatory asymmetry did not play a major role in 1980; rather, a widespread consensus formed that both the rail and trucking regulatory regimes were inefficient and needed overhauling, and that competition should be relied upon where possible.

15 (vol. II, p. 14).

SUMMARY OF THE DISCUSSION

The Chairman, Alberto Heimler, opened the roundtable by noting that the interest in how regulation should respond to the existence of substitute services is cross-sectoral in nature. He stated that understanding issues which affect more than one sector is important as it allows competition authorities to be more convincing in their advocacy role and to identify issues which are significant enough to deserve a policy response. By analysing such problems general policies and guidelines can be developed to assist the work of competition authorities and governments.

This roundtable deals with the question of how governments should respond when substitute services compete with regulated services. These substitute services can arise from technological developments or from changes in consumer demand. The roundtable was divided into three parts: telecommunications, rail services and other services.

Telecommunications

The Chairman initiated the discussion on telecommunications by noting that, in his observation, the regulatory regime for telecommunications in the U.S. seemed to be permissive in that new developments are not completely blocked. In other countries, regulation is not nearly as permissive and it is very difficult for new services, and products to enter into the market without a specific regulatory approval. The problem is not a lack of technology or infrastructure but delays obtaining regulatory approvals. The Chairman asked why the U.S. regulatory regime is relatively open to accepting technical innovation and new products.

A delegate from the United States responded that, in some respects, the take-up of some new technologies in the U.S. has lagged other countries. One example is text messaging, where other countries, particularly Japan, have witnessed an explosion in text messaging. Text messaging has not taken off nearly as much in the U.S. Another example is some of the new features – such as cameras – on mobile phones which are not nearly as common in the U.S. as in other countries.

On the other hand, a delegate from the U.S. agreed with the impression that there is a cultural history of entrepreneurship in the U.S., and, at least since the 1980s, a presumption that where something is not regulated it is in fact entirely free. Voice over internet is a good illustration of the principle that the technology comes first and the regulation comes later. The technology moves ahead and the regulators follow behind, working out the best way to proceed.

Another example of differences in approach relate to decisions over standards. In the case of high-definition television, in the early 1990s the European Commission came up with what it thought would be the appropriate standard for HDTV. Companies then built products to meet that standard. As a result HDTV arrived earlier for consumers in Europe than it did in the U.S. A similar difference arose in the case of mobile standards. In Europe the GSM standard for mobile phones allowed the same phones to work anywhere on the continent. In the U.S. the regulator took the approach of letting companies fight it out to see which mobile standard would be most attractive to consumers. There are still many different types of cellular technologies active in the U.S.

In response to a question from the Chairman, a delegate from the U.S. clarified that number portability in the U.S. (which has adopted the receiving-party-pays standard for mobile services) includes the ability to switch between wireless and land-line numbers (with a billing address in the same area code) while retaining the same telephone number.

Turning to Mexico, the Chairman noted difficulties faced by new entrants in providing broadband telecommunications services and invited Mexico to discuss whether or not there is a level playing field in the regulation of the two main providers of broadband services – fixed-wire telecommunications providers and cable TV providers.

A delegate from Mexico acknowledged that broadband services have a relatively low penetration in Mexico, with less than one subscriber per one hundred inhabitants (around 150,000 broadband customers in total). Both the fixed-line telecommunications and the cable TV markets have dominant incumbent operators which are fighting hard to prevent new entry. The incumbent in local telephony has 75% of the market and the main provider of cable TV services has 60% of the market nationwide.

At present the regulatory regime for telecommunications and cable TV providers is not symmetric in that cable TV providers are not authorised to offer telephony services. Cable TV providers are allowed to provide Internet services but not telephony services. Cable TV providers cannot provide broadband digital services without first upgrading their networks. But they argue that they cannot justify investing in upgrading their networks until they are first allowed to provide the whole range of digital services, including telephony services.

The Chairman observed that “Voice over IP” (VoIP) services seem to be developing more slowly in Europe than in other countries and asked the European Commission whether this is a problem and, if so, what should be done? The Chairman also invited the EC to express a view on whether or not VoIP operators should be required to provide access to emergency services, as are conventional telephony operators.

A delegate from the European Commission responded that the details of the regulation of voice over IP services are currently being debated with the national regulators. One of the key questions is whether or not VoIP services can be regarded as being in the same market as PSTN networks. The telecommunications market and the penetration of voice over IP services in each member country are different, and that has to be taken into account. The overall principle governing the discussions with national regulatory authorities is that regulation should not hamper innovation and development. Regulatory authorities should only intervene only when it is necessary – where markets are malfunctioning. For instance, where there is a high risk that incumbents are abusing their dominant position and hampering entry to the markets.

The Chairman noted that the telecommunications regulator in Chinese Taipei initiated public consultation on introducing voice over IP in June 2004. Did these consultations lead to changes in the regulatory regime?

A delegate from Chinese Taipei explained that since 2001, a form of voice over IP services have been allowed in Chinese Taipei. There are now 78 operators providing voice over IP services. But up to this point, users of voice over IP services have been able to call PSTN services, not the other way around. This is because the Ministry of Communication has yet to assign specific telephone numbers to IP services. After the current round of consultation is finished, the next step will be for the Ministry to assign numbers to these IP services.

At that point, the IP operators will be able to provide functionally similar services to the incumbent. But, since the state-owned incumbent Chunghwa Telecom owns the entire essential infrastructure, there are many issues to be resolved regarding whether or not the incumbent will negotiate in good faith to provide access and whether the IP operators will be able to compete on a level playing field.

Turning to France, the Chairman observed that the Conseil de la Concurrence has provided an opinion to the regulator (ART) that voice over IP services and traditional telephony services should be put in the same market. The Chairman wondered whether account was taken of the fact that IP services might be somewhat different from traditional telephony, in particular with respect to emergency numbers.

A delegate from France responded that this opinion to the ART (of February 2005) focused on the issue of telephony over ADSL services, which is called, in English, “voice over broadband” (VOB). The Conseil de la Concurrence addressed the question of the level of competition in the market and of the need for regulation. This issue is important because if the Conseil considered that VOB and fixed telephony should be in the same market, the ART would be required to impose the same regulatory obligations on both services. Prior to this opinion, the ART considered that VOB services did not compete with traditional telephony services. Therefore, while the retail fixed telephony services were subject to ex ante regulation, the VOB services were not subject to any ex ante regulation. The Conseil feared that this difference in regulatory regime might favour the incumbent France Telecom. It drew the attention of the sectoral regulator to the fact that unjustifiable differences in ex ante regulation should not be allowed to distort competition. The Conseil proposed that the ART should ensure that these two services were subject to equivalent ex ante regulation.

Turning to Turkey, the Chairman noted that the cable TV network (which connects 2.5 million households and has 1 million subscribers) and the PSTN network (which has 19 million subscribers) were once both owned by Türk Telekom. But, on the advice of the competition authority, Türk Telekom was forced to divest the cable TV network. The Chairman asked whether it was difficult to convince the government of the need for such separation and asked about the result of an action to force access to the cable TV network for broadband services.

A delegate from Turkey pointed out that all privatisation transactions exceeding a certain threshold or even though the thresholds are not exceeded, but where the undertaking to be privatized does have judicial or de facto privileges must be notified to the Turkish Competition Board, before finalisation and announcement of the tender. Moreover, final acquisitions by privatisation transactions are subject to the merger control powers of the Turkish Competition Board. In the context of the privatisation of Türk Telekom, the Turkish Competition Board issued its opinion urging separation of the cable TV network from Türk Telekom. The privatisation administration and other relevant governmental bodies considered that separation of the cable TV network from Türk Telekom would decrease the value of Türk Telekom. Therefore they were opposed to this proposal. However, it is well known that the Turkish Competition Board has consistently advocated competition and that it has the authority to block the transaction at the final stage. Ultimately, the privatisation administration decided to follow the separation decision of the Turkish Competition Board. The Competition Board was not supported by any other governmental agencies in this position.

In regard to forcing access to cable TV networks for the provision of broadband services, a short decision of the Turkish Competition Board has been sent to the parties. The Turkish Competition board is currently preparing the full decision with its reasoning. This decision may, in turn, be subject to judicial review. The final outcome is not yet clear.

The Chairman asked Korea about competition between cable TV services and free-to-air broadcasting. In addition, the Chairman questioned whether the emergence of satellite services yielded sufficient competition to justify lifting regulatory controls on cable TV operators.

A delegate from Korea responded that cable TV services do not compete with free-to-air broadcasting because the services differ in respect of programme content, number of channels, and – most significantly – price (free-to-air broadcasting is free, while cable TV requires a monthly subscription).

Satellite TV which is able to broadcast nationally, has experienced tremendous growth, sufficient to threaten cable TV, for which each operator only has a local market. For example, satellite TV gained 9.2% of the national market share in 2004, just two years after its launch. Allowing mergers between original cable TV operators has allowed the emergence of a multi-system operator, which covers multiple regional markets, allowing cable TV to compete with satellite TV on nearly equal terms.

Turning to competition cases in telecommunications, the Chairman raised a case in the U.S. involving a merger of providers of paging services. Analysis of this case revealed a convergence trend with other telecommunications services – for example, the fact that mobile phones were substitutable with other paging services.

A delegate from the U.S. explained that this case involved two providers of paging services. Paging is a telecommunications service which has been in decline – from around 40 million users to somewhere around 10 million users. The question faced by the competition authorities was whether or not competition from other new services would render any concentration in this market not a competition concern. There was in fact considerable competition from both mobile and PCS services. But – as mentioned in the background paper - when a government decides to loosen regulation on a service because of a new substitute service coming in, the government has to be concerned that there may be certain captive classes of consumers who might be hurt if you relax the regulation that exists. The antitrust authority was concerned that hospitals (which are major users of paging services) might be disadvantaged by this merger. But, after looking at this issue carefully, it was determined that there were in fact other substitutes available, even for hospitals (such as providing their own in-house paging services). Overall it was decided that this concentration did not raise antitrust concerns. As a result, the U.S. authorities did not challenge the merger.

A merger case in Brazil involved the purchase by Net2Phone of a small company providing VoIP services in Brazil. The Chairman asked why this case, which started in 2001, has not yet been decided.

A delegate from Brazil stated that the interesting thing about this case is that it was not a decision of the telecoms regulator (which has a role in approving telecoms mergers) but by the competition regulator. The reason is that VoIP services were not recognised as a telecoms service, only as a value-added service. This is changing, due to the increasing role of voice over the internet to Brazilian consumers, mainly in the corporate market. There is also a preoccupation by the regulator that this increase of voice over the internet is cream-skimming the most profitable consumers with potential problems for the regulatory framework in Brazil.

In fact, in Brazil VoIP providers are not allowed to provide services between two PSTN telephones due to concerns that such services undermine universal service funding mechanisms. At present universal service obligations are still financed by some amount of cross subsidisation. There are fears that if cream skimming is allowed, the universal-service goals of the regulatory framework will be undermined.

Rail

The European Commission submission expresses concern about rail freight losing ground to other transport modes, such as road freight. The Chairman asked the EC to explain.

A delegate from the European Commission explained that the approach of the EC is to improve the attractiveness and competitiveness of railways as a more environmentally friendly mode of transport. In this context the European Union has introduced policy measures which try to compensate the competitive advantages of other transport modes. This is the objective of the “Euro-vignette” scheme. This scheme is

designed to address environmental and highway congestion problems arising from road transport. The Euro-vignette is a toll which is levied in some Member states on transport for heavy cargo by road. Not all Member states have these tolls. The toll can be levied on vehicles of 12 tonnes or greater and it is calculated on the basis of commonly agreed principles.

The Chairman noted that the United States submission shows that in the 1980s when the U.S. deregulated trucking, the rail sector was also deregulated. However, it is widely believed in the EU that rail is more environmentally friendly than trucking. The Chairman asked the U.S. whether it was considering some sort of regulatory solution to correct this imbalance.

A delegate from the United States agreed that in the 1930s, when trucking became a competitive threat to railroads, the decision was made to regulate trucking to avoid a regulatory asymmetry. This may seem like a perverse decision today. When both industries were deregulated in the 1980s, the reasoning was not that there was a symmetry problem, but that the railroads were going bankrupt, and there was a new understanding that trying to control price and entry just made no economic sense in the trucking industry either.

The delegate was not aware of efforts to address environmental externalities of trucking through a regulatory approach. In the U.S., allegations of unfair road competition usually relate to subsidies. For example, the interstate highway system was built almost entirely through federal funding. It is sometimes alleged that this is, in effect, a huge subsidy which leads to much more truck traffic than otherwise would be the case. But, in the future, for budgetary reasons, there will be much less money available to maintain and build new highways (and also fewer subsidies for the rail passenger system, Amtrak). There may be more efforts to raise taxes on trucks to pay for the highway system, and that may have an impact of placing road and rail services on a more symmetric footing.

The Chairman noted that when he read that protection of the rail sector was at the origin of trucking regulation in the U.S., he went back to look at the history of truck regulation in Italy to see whether it was regulated for the same reason. In fact there is no mention of the need to protect the rail sector from road freight transport in Italy. Instead, the concern was primarily about protecting existing road freight operators from too much competition in trucking. This suggests that regulation takes on a life of its own – that a sector in one country may request regulation to protect themselves from competition, citing another country as an example, even if the original reason for creating that regulation is not present in the adopting country.

Other Sectors

The Chairman raised the issue of gasoline distribution in Italy, where gasoline distribution regulations have made it more difficult for large retail shopping centres to enter the market for gasoline distribution, reducing competition in the market.

A delegate from Italy explained that sector-specific regulation enforces a distinction between gasoline distribution and retail outlets. In Italy, regional provisions lay down rigid planning criteria which restrict competition in gasoline distribution, requiring, for example, a minimum distance between gasoline outlets. Since 1998 there has been a requirement that the opening of new gasoline stations is conditional on the closing of three existing stations. This requirement was originally meant to be transitory condition, but has become permanent in many regions. These conditions limit the possibility for large retailers and shopping centres to open gasoline stations. The result is that with this asymmetric regulation, retailers and shopping centres have only 0.2% of service stations in Italy. As a consequence, Italy has not experienced the reduction in prices which have been experienced in Great Britain, Germany and France, and so on.

The United Kingdom submission refers to competition between taxis and private hire vehicles. The Chairman asked the UK whether there are quantity restrictions on private hire vehicles, whether there are rules requiring a certain number of taxis to be operating at certain times, and whether the regulator sets the structure of tariffs (peak versus off-peak, day versus night etc).

A delegate from the United Kingdom distinguished “private hire vehicles”, which can only be booked by telephone, and “taxis” which can be flagged down on the street. Since, when you phone for a vehicle, there is more opportunity to “shop around”, it follows that there is less need for regulation and consumer protection. In the case of vehicles which can be flagged down on the street, there is a maximum price cap set by local authorities. Private hire vehicles are not allowed to provide this business. There are no quantity controls on the number of private hire vehicles, which means that there is scope for much more competition in that market. Some local authorities have placed quantity controls on taxis, but there are fewer of those quantity controls now than there were at the time the OFT first undertook its report into taxis.

Local authorities can place certain service requirements on taxis, such as rules related to disabled access. There are no regulations requiring a certain number of taxis to be on the street. In the past it was noticed that there was a shortage of taxis in London at night. This is a social concern (if people can’t get a taxi they might choose to travel in an illegal taxi at a risk to themselves). As a consequence, the London authority raised the price limit for taxis at night. Now taxis are more available at night in London, and they are very expensive. This is an example of using prices to eliminate rationing rather than a service standard.

In the case of those local authorities outside of London where there are restrictions on quantities, there remains a requirement to ensure that there is no unmet demand. This involves analysing demand for taxi services – usually through a survey – to determine whether or not there are gaps in waiting times. If problems appear at particular times, extra licences will be issued.

The Italian submission refers to changes in the law that have given faxes and emails equivalent legal validity as physical mail deliveries, increasing competition for postal services. The Chairman asked the U.S. to explain the recommendation from the Postal Rate Commission to adjust U.S. Postal Service rates in response to competition from electronic communications.

A delegate from the United States explained that the U.S. Postal Service is regulated by the Postal Rate Commission, but the relationship between the regulator and the regulated firm is somewhat unusual in that the regulator, the Postal Rate Commission, makes recommendations about rates, but these can be over-ruled by a unanimous vote of the Postal Service.

The regulation of postal services covers both postal rates and classifications. Classifications are important because they determine which services fall within the statutory monopoly, and which rates apply to which services. The Postal Service has an incentive, of course, to classify every new service as falling within the statutory monopoly. In other cases, rates need to be revised downwards in response to a loss of competition to substitute services. For example, the U.S. submission cites the case of so-called “qualified business reply mail”, which is a high-volume reply mail service used primarily in connection with consumer remittances (i.e., bill payments). The Postal Service was losing business in this area to electronic alternatives. The PRC recommended that the rates for this service be moved towards a more cost-based level, in order to be able to recover some of the business which had been lost to alternatives.

The Chairman then invited the author of the background paper to give a brief presentation.

Dr Darryl Biggar observed that this roundtable addresses the issues that arise when competing services are subject to different regulation. Many different services are subject to different forms of

regulation – including, of course, the sectors with natural monopoly elements, but also sectors which are regulated for other reasons, such as to promote universal service, to ensure financial soundness (in the case of the banking and insurance industry) or to promote a plurality of voices (in the case of media and broadcasting). Very often these regulated services compete, at least partially, with another service subject to different regulation. Examples include competition between rail and other transport modes; competition between traditional PSTN telecommunication services and telecommunications services provided in other ways, such as services provided over IP networks; competition between banks and credit unions; competition between taxis and private hire vehicles; between paging services and the various alternatives for paging services; and competition between cable infrastructure versus DSL for broadband services. In fact, just about every regulated service has some substitutes which are regulated differently.

These substitutes arise from two main driving forces. One driving force is regulatory changes – such as trade liberalisation or access to essential facilities – which allow new firms to enter the market to compete. The other driving force is technological developments. For example, digitalisation leads to the ability to provide a range of services over a telecommunications infrastructure. These developments are sometimes referred to as convergence (although that term does not yet have a precise meaning).

The background paper identifies three problems that arise when competing services are subject to different levels of regulation. First of all, as noted above, certain public policy objectives can be undermined, depending on the way that the regulation is implemented. Second, the market outcome is distorted in the sense that the allocation of resources in the economy is determined in part by unequal regulation, as opposed to genuine differences in the “market failure” associated with each service.

The third problem from regulatory asymmetry is that firms have an incentive to expend resources to eliminate the regulatory advantage or to maintain a regulatory advantage. Firms may seek to prevent or lift any regulations on themselves while imposing or strengthening regulation on their rivals.

Turning to road/rail competition, it is interesting to note that initially, in the 1930s, there was a desire to promote a level playing field. But, at that time, the level playing field was achieved by “levelling up” – that is, by imposing regulation on the trucking industry. Later, in the 1980s (in fact, in the same year) regulations were lifted on both the road and the rail industries. The level playing field was retained, this time through a “levelling down”.

Eliminating a regulatory asymmetry will always involve some form of “levelling the playing field” – that is, ensuring that any regulatory obligation which is imposed upon one firm is shared in a competitively neutral manner by other firms. This process is also called “regulatory harmonisation”, or a move to “technology neutral” regulation. Other times this process is called promoting “non-discrimination” or treating different companies equally.

Does levelling the playing field mean levelling up, or levelling down? It is not possible to answer this question *a priori*. To answer this question we must go back to first principles, to ask questions about the underlying basis of the regulation: What were the original policy objectives of the regulation? Are they still valid? Are there alternative ways of achieving the objectives of the regulation? What are the pros and cons of the alternatives? The emergence of a substitute is a primary opportunity to once again review the regulations that we have in place, to ensure they are still appropriate. If they are appropriate, there could arise a need to extend the regulation to the substitute service, but not necessarily.

Levelling down is often the appropriate response – especially where the primary purpose of the regulation is to address a lack of competition. If the regulation exists because of a lack of competition, then the emergence of competition calls into question the need for the regulation in the first place. In the EU,

where the need for ex ante telecom regulation only applies where there is significant market power, then obviously if the significant market power no longer exists, then you no longer need the ex ante regulation.

Levelling the playing field does not mean ensuring that any regulatory obligations are exactly the same on different service providers. Where there are differences in the underlying problem which needed the regulation in the first place, then it may be appropriate to have differences in the nature of the regulation to address that problem. For example, the euro-vignette system allows the externality costs of the road network (the accident, environmental and congestion costs) to be charged to road freight operators – even where these exceed the equivalent costs that would be imposed by rail operators.

Historically, different sectors have often been subject to different regulatory authorities. If those regulatory authorities have discretion as to how they apply regulations, you could have the same legal rules being applied differently in different sectors. Even if the regulations are the same, the outcome might still not be the level playing field that we're looking for. In this case, the logical response when harmonising the regulations, is to merge the regulatory authorities. In principle, merging the regulatory authorities is more likely to achieve consistency in the way that regulations are applied, thereby achieving this mythical level playing field. There has been significant consolidation of regulatory authorities in practice, particularly in telecommunications and the financial sector.

A delegate from Australia asked whether or not the kinds of public policy objectives which might give rise to regulatory asymmetry (listed in table 2 of the background paper) might not all amount to a problem of cross-subsidies. Is it the case that referring to this issue as “regulatory asymmetry” might not be the most appropriate name? Is it the case that we should refer to this problem as a problem of cross-subsidies, which might yield a different set of policy solutions? Australia also noted that regulators should not hinder new innovations for the simple reason that they cannot easily apply existing rules (such as rules governing the provision of access to emergency services) to new services.

The Chairman agreed that in some cases, the incumbents may argue that new services should not be allowed to enter the market until issues (such as identification of location for emergency purposes) have been solved, primarily to delay the entry of new services – even though there are solutions available if the regulator is prepared to address the issue. One easy solution would be simply to ask the person on an emergency call from where the call is originating.

Dr Darryl Biggar questioned whether or not all of the public policy objectives that might give rise to regulatory asymmetry could be squeezed under the heading of cross-subsidy. He gave the example of prudential regulation of an insurance company. Suppose an insurance company set up in some foreign jurisdiction, not subject to the same regulation, and offered insurance services in your country via the Internet. This might undermine the objective of preserving the prudential integrity of domestic insurance companies.

The Chairman noted that market definition can itself be asymmetric. That is, while the new product (such as VoIP) is certainly in the market of the old product, the old product can still be in a market on its own. When there are new entrants in the market, it doesn't mean the market for the incumbent operator is wider – the market for the incumbent operator may be still the same as before – but the market for the new operator includes the market where the incumbent operates due to the fact that products or services supplied by the incumbent operator have a wider scope than the substitute services. The Chairman then opened the floor for discussion.

A delegate from the United Kingdom commented that the regulation on each sector should reflect the need for regulation in that sector. For example environmental regulations on one mode of transport should reflect the environmental harm caused by that mode of transport and not on any perceived

need to shift traffic from other transport modes. Each regulation should be proportionate to the need in the sector concerned.

A delegate from Australia emphasised that because tastes and technology are changing all the time, it is necessary to have consistent, regular, periodic review of regulations. Since the ground keeps moving, policy makers and the regulators need to be continuously asking themselves: Are we up to date with the changes?

The delegate also emphasised that the discussion on road/rail competition has highlighted how little we know about the true economic cost of these two competing modes, and that this could be a subject for future work of the Committee.

Finally the delegate noted that the resource misallocation from regulatory asymmetry could be equally important for complements, not just for substitutes. As markets develop and evolve, if new complementary products come along then their development may be hindered, particularly if there is any significant asymmetry in the regulatory environment. Analysing complementary products may yield some additional insights.

A delegate from the United States made the observation that just as asymmetric regulation of substitute products in the same market is a bad thing, symmetrical regulation of unequal products can be a bad thing. A legitimate reason why regulatory asymmetry may be allowed is to account for differences in market power between incumbents and new entrants, and to promote the development of competition where monopolies have previously existed. Regulatory symmetry in such cases can be affirmatively bad, either restricting new entrants too much or doing too little to constrain the market power of the incumbent. We would not want to be seen to be endorsing the position that a country might want to eliminate or prohibit IP telephone altogether because of the threat to the existing monopoly.

A delegate from Ireland also emphasised that there are economic sectors where asymmetric regulation may actually be a good thing, and where there may actually be positive distortions that may be made to encourage new entrants, while waiting for, say, necessary structural reform to take place. In the meantime, governments might want to regulate new entrants rather more lightly than incumbents with market power – through less price controls, less reporting obligations, and lower burdens generally.

A delegate from Mexico commented that the Mexican competition legislation sets out a set of very flexible criteria for defining relevant markets on a case-by-case basis. However, the sectoral regulation has also had some references to market definition which are very specific to those sectors, which sometimes contradicted the competition legislation. Fortunately, the Supreme Court has resolved in favour of the more flexible criteria in the competition legislation.

Mexico also highlighted how different layers of government can lead to different regulatory treatment. For example, natural gas distributors have not been able to displace LPG use in Mexico because of obstacles in expanding their pipeline network at the local level.

Dr Darryl Biggar acknowledged that in one sense “asymmetric regulation” is sometimes beneficial. In the telecommunications sector, for example, firms with market power are often subject to additional regulatory obligations. For example such firms may have to provide access to certain facilities, to provide a reference of the interconnection offer, to comply with certain information disclosure requirements. These firms are subject to different regulatory obligations than firms without market power. To this extent the regulation is asymmetric. This asymmetric regulation is considered to be a necessary part of the development of the overall telecommunications sector.

If there were close and practicable substitutes for all the services of incumbent telecommunications firms there would be no need for asymmetric regulation. In this sense, the difference in treatment of incumbent and entrant telecommunications firms does not give rise to the problems associated with “regulatory asymmetry” that are discussed in this roundtable.

The Chairman emphasised that when a new service threatens some existing public objective (such as universal service) the response should not be to block entry but to provide for the public objective in some other way (such as through the establishment of a funding mechanism to which all service providers would contribute). It is easy to simply block new entry; in some ways it is harder to let new services develop.

The Chairman noted that one lesson that from this Roundtable is that, especially at the beginning when a service is starting – when the technology is developing – it may be better to let the service commence and then eventually to start regulating when we perceive that there is indeed a problem. Entry of new services should, as far as possible, be accommodated. Issues may arise as these services develop (such as the issue of emergency numbers and VoIP) but these issues do not have to be solved beforehand.

The Chairman also noted that, if regulations are to maintain a level playing field over time, they must be flexible. In some countries regulations are fixed in primary (as opposed to secondary) legislation. As a result it becomes very difficult to adapt quickly to new developments. Changing rules in primary legislation requires a decision by parliaments. As a consequence it may take not months but years for regulations to change and adapt to the new environment.

Finally the Chairman noted the issue of streamlining regulation and regulatory institutions when convergence occurs. For example, many countries have combined their broadcasting and telecommunications regulators, so that the regulatory institutions reflect the technological developments. For the same reason, the creation of an internal market in Europe has also led to the creation of new regulatory institutions.

The Chairman concluded by thanking all of the countries who made submissions and Dr Biggar for the background paper.

COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION

Le Président, M. Alberto Heimler, ouvre la table ronde en faisant observer que la question de la prise en compte, dans la réglementation, de l'existence de services de substitution est par nature transectorielle. Bien comprendre les problèmes qui ne sont pas spécifiques à un secteur permet aux autorités de la concurrence de se montrer plus convaincantes dans leur action de promotion de la concurrence et de déterminer quels sont les aspects qui sont suffisamment importants pour justifier certaines initiatives. Grâce à l'analyse de ces problèmes, il est possible d'élaborer des politiques générales et des principes directeurs qui faciliteront la tâche des autorités de la concurrence et des gouvernements.

Le thème de cette table ronde est le suivant : que doivent faire les pouvoirs publics lorsque des services de substitution concurrencent des services réglementés ? Ces services de substitution peuvent avoir pour origine une innovation technologique ou une évolution de la demande de consommation. Les débats de la table ronde ont été successivement consacrés aux télécommunications, aux services ferroviaires et aux autres services.

Télécommunications

Le Président engage le débat en notant que, selon lui, le régime réglementaire des télécommunications aux États-Unis paraît permissif en ce sens que les nouvelles évolutions ne sont pas totalement bloquées. Dans les autres pays, la réglementation n'est pas du tout aussi permissive et, pour les nouveaux services et produits, l'entrée sur le marché est très difficile tant qu'elle n'est pas spécifiquement autorisée par la réglementation. Le problème ne tient pas au développement insuffisant des technologies ou des infrastructures, mais au délai nécessaire pour obtenir l'agrément réglementaire. Le Président demande pourquoi le régime réglementaire américain est relativement ouvert aux innovations techniques et aux nouveaux produits.

Un délégué des États-Unis répond que, à certains égards, l'adoption de certaines nouvelles technologies aux États-Unis est tardive par rapport à d'autres pays. On peut prendre comme exemple la messagerie textuelle, d'autres pays, en particulier le Japon, ayant connu une explosion dans ce domaine. La messagerie textuelle n'a pas décollé autant aux États-Unis. Autre exemple, certaines des nouvelles applications, notamment la photo sur téléphone mobile, ne sont pas aussi répandues aux États-Unis que dans d'autres pays.

En revanche, un délégué des États-Unis partage le sentiment que les États-Unis ont une tradition culturelle d'entrepreneuriat et que, au moins depuis les années 80, ce qui n'est pas réglementé est présumé être en fait entièrement libre. La communication vocale par Internet illustre bien le principe selon lequel la technologie précède la réglementation. La technologie va de l'avant et le régulateur lui emboîte le pas, en s'efforçant d'adopter la meilleure solution possible.

Les divergences d'approche se reflètent également dans la politique de normalisation. Pour la télévision haute définition, la Commission européenne a mis en avant au début des années 90 ce qui, à son avis, était la norme la plus adéquate pour la télévision haute définition. Les entreprises ont alors conçu leurs produits en fonction de cette norme. C'est pourquoi la télévision haute définition est arrivée plus tôt pour les consommateurs en Europe qu'aux États-Unis. Le même phénomène s'est produit pour les normes de téléphonie mobile. En Europe, la norme GSM a permis de faire fonctionner un même téléphone sur tout le continent. Aux États-Unis, le régulateur a choisi de laisser les entreprises s'affronter pour voir quelle norme serait la plus attrayante pour le consommateur. C'est pourquoi il y a actuellement un grand nombre de technologies de téléphonie cellulaire aux États-Unis.

En réponse à une question du Président, un délégué des États-Unis précise que la portabilité du numéro aux États-Unis (qui ont adopté le principe du paiement par l'appelé pour les services mobiles) vaut aussi entre téléphones mobiles et téléphones fixes (si l'adresse de facturation est située dans la même zone).

S'adressant au Mexique, le Président note les difficultés que rencontrent les nouveaux entrants pour fournir des services de télécommunications à haut débit et il invite le Mexique à commenter le point suivant : y a-t-il égalité des chances sur le plan de la réglementation entre les deux principaux fournisseurs de services haut débit, à savoir les opérateurs de télécommunications fixes et les câblo-opérateurs ?

Un délégué du Mexique reconnaît que la pénétration des services haut débit au Mexique est relativement faible, puisqu'il y a moins d'un abonné pour mille habitants (au total 150 000 clients haut débit). Aussi bien pour les télécommunications fixes que pour la télévision par câble, le marché est dominé par un opérateur historique qui ne ménage pas ses efforts pour empêcher les nouvelles entrées. Dans la téléphonie locale, l'opérateur historique détient 75 % du marché et dans la télévision par câble la part de marché du principal câblo-opérateur au niveau national est de 60 %.

A l'heure actuelle, le régime réglementaire des télécommunications et de la télévision par câble n'est pas symétrique en ce sens que les câblo-opérateurs n'ont pas le droit d'offrir des services téléphoniques. Les câblo-opérateurs peuvent fournir des services Internet, mais pas des services téléphoniques. Les câblo-opérateurs ne peuvent pas fournir des services numériques haut débit sans améliorer d'abord leur réseau. Mais, selon eux, un investissement dans l'amélioration de leur réseau n'est pas justifié tant qu'ils ne sont pas préalablement autorisés à fournir toute la gamme des services numériques, y compris les services téléphoniques.

Le Président note que les services « voix par IP » (VoIP) semblent se développer plus lentement dans les pays européens que dans d'autres pays et demande à la Commission européenne si un problème se pose dans ce domaine et, dans l'affirmative, quelles seraient les mesures à prendre ? Le Président invite également la Commission à donner son opinion sur le point de savoir si, oui ou non, les opérateurs VoIP doivent être obligés de donner accès aux services d'urgence comme les opérateurs de téléphonie classique.

Un délégué de la Commission européenne répond que les modalités de la réglementation des services vocaux IP font actuellement l'objet d'un débat avec les régulateurs nationaux. L'un des principaux problèmes est de savoir si les services VoIP doivent être considérés comme relevant du même marché que les réseaux publics commutés. Le marché des télécommunications et la pénétration des services vocaux IP dans chaque État membre sont différents et il faut en tenir compte. Le principe général qui sous-tend les discussions avec les autorités nationales de régulation est que la réglementation ne doit pas entraver l'innovation et le développement. Les autorités de régulation devraient uniquement intervenir lorsque cela est nécessaire, c'est-à-dire lorsque les marchés ne fonctionnent pas correctement, par exemple si le risque est très grand qu'un opérateur historique abuse de sa position dominante et empêche l'entrée sur le marché.

Le Président fait observer qu'au Taipei chinois le régulateur des télécommunications a lancé en juin 2004 une consultation publique au sujet de l'introduction des services vocaux IP. Est-ce que ces consultations ont abouti à une modification du régime réglementaire ?

Un délégué du Taipei chinois explique que, depuis 2001, une forme de services vocaux IP est autorisée dans son pays. Il y a actuellement 78 opérateurs fournissant des services vocaux IP. Mais, jusqu'à présent, les usagers des services vocaux IP peuvent appeler sur le réseau public commuté, l'inverse n'étant pas vrai. La raison en est que le ministère des Communications n'a pas encore attribué des numéros spécifiques de téléphone pour les services IP. A l'issue des consultations actuelles, il procédera à cette attribution.

A ce stade, les opérateurs IP pourront fournir des services similaires du point de vue fonctionnel à ceux de l'opérateur historique. Mais puisque l'opérateur historique à capitaux publics, Chunghwa Telecom, possède la totalité des infrastructures essentielles, un grand nombre de problèmes doivent être réglés ; il s'agit de savoir si l'opérateur historique négociera de bonne foi pour l'accès et si les opérateurs IP pourront livrer concurrence à armes égales.

S'adressant à la France, le Président note que le Conseil de la concurrence a rendu un avis à l'intention du régulateur (l'ART), selon lequel les services vocaux IP et les services téléphoniques traditionnels devraient relever du même marché. Le Président se demande si l'on a tenu compte du fait que les services IP pourraient être quelque peu différents des services traditionnels, en particulier pour les numéros d'urgence.

Un délégué de la France répond que cet avis adressé à l'ART (en février 2005) concernait essentiellement la téléphonie via les services ADSL, en anglais la « voice over broadband » (VOB). Le Conseil de la concurrence a examiné la question du niveau de concurrence sur le marché et de la nécessité d'une réglementation. Cette question est importante car, si le Conseil considère que les services VOB et la téléphonie fixe relèvent du même marché, l'ART devra imposer dans les deux cas les mêmes obligations réglementaires. Avant que cet avis soit rendu, l'ART considérait que les services VOB ne concurrençaient pas les services téléphoniques traditionnels. Par conséquent, alors que les services de téléphonie fixe aux particuliers faisaient l'objet d'une réglementation préalable, ce n'était pas le cas pour les services VOB. Le Conseil craint que cette différence de régime réglementaire favorise l'opérateur historique France Telecom. Il a attiré l'attention du régulateur sectoriel sur le fait que des différences injustifiables de réglementation préalable ne devaient pas fausser la concurrence. Le Conseil a proposé que l'ART fasse en sorte que ces deux services soient soumis à une réglementation préalable équivalente.

S'adressant à la Turquie, le Président fait observer que le réseau de télévision par câble (qui dessert 2.5 millions de ménages et a 1 million d'abonnés) et le réseau public commuté (qui a 19 millions d'abonnés) appartenaient il y a quelque temps encore à Türk Telecom. Mais, sur avis de l'autorité de la concurrence, Türk Telecom a été obligé de céder son réseau de télévision par câble. Le Président demande s'il a été difficile de convaincre le gouvernement que cette cession était nécessaire et quel a été le résultat des mesures prises pour ouvrir le réseau de télévision par câble aux services haut débit.

Un délégué de la Turquie souligne que toutes les opérations de privatisation dépassant un certain seuil ou même bien que les seuils ne sont pas excédés, mais où l'entreprise privatiser a des privilèges juridiques ou de fait doivent être notifiées au Conseil turc de la concurrence avant finalisation et annonce de la cession. D'ailleurs, acquisition finale près des opérations de privatisation sont soumises à un contrôle de la part du Conseil turc de la concurrence, qui a les mêmes prérogatives qu'en cas de fusion. Pour la privatisation de Türk Telecom, le Conseil turc de la concurrence a rendu un avis en faveur de la cession, par Türk Telecom, de son réseau de télévision par câble. L'administration chargée des privatisations et les autres organismes gouvernementaux ont considéré que si Türk Telecom se séparait de son réseau câblé, il perdrait de sa valeur. C'est pourquoi ils étaient opposés à cette proposition. Malgré tout, on savait fort bien que le Conseil turc de la concurrence, ardent défenseur des principes de concurrence, avait le pouvoir de bloquer l'opération au stade final. Finalement, l'administration chargée des privatisations a décidé de s'en remettre à la décision de cession du Conseil turc de la Concurrence. Aucun autre organisme public n'avait pris le parti du Conseil de la concurrence.

En ce qui concerne l'accès au réseau de télévision câblée pour la fourniture de services haut débit, le Conseil turc de la concurrence a adressé aux parties une décision de principe, qui sera suivie d'une décision complète et motivée. Cette décision pourra faire l'objet d'un recours en justice, de sorte qu'on ne sait pas très bien quelle sera l'issue finale.

Le Président demande à la Corée de commenter les problèmes de concurrence dans son pays entre la télévision par câble et la télédiffusion en accès libre. Il aimerait également savoir si le développement des services par satellite a créé une concurrence suffisante pour justifier la levée des contrôles réglementaires auxquels étaient soumis les câblo-opérateurs.

Un délégué de la Corée répond que les services de télévision par câble ne sont pas en concurrence avec la télédiffusion en accès libre parce que les prestations sont différentes du point de vue du contenu des programmes, du nombre de chaînes et, surtout, du prix (la télévision en accès libre est gratuite, alors que la télévision par câble nécessite un abonnement mensuel).

La télévision par satellite, qui peut émettre sur tout le territoire, a connu une croissance spectaculaire, suffisante pour menacer la télévision par câble, pour laquelle chaque opérateur ne détient qu'un marché local. Par exemple, la télévision par satellite avait conquis 9.2 % du marché national en 2004, seulement deux ans après son lancement. En autorisant les fusions entre les câblo-opérateurs qui étaient en place au départ, on a rendu possible l'apparition d'un opérateur multisystèmes couvrant plusieurs marchés régionaux, de sorte que la télévision par câble peut concurrencer la télévision par satellite pratiquement à armes égales.

A propos des affaires de concurrence dans les télécommunications, le Président évoque la fusion, aux États-Unis, de fournisseurs de services de radiomessagerie. On constate à travers cette affaire une tendance à la convergence avec d'autres services de télécommunication, la téléphonie mobile pouvant en effet se substituer à d'autres services d'appel de personnes.

Un délégué des États-Unis explique que cette affaire concernait deux fournisseurs de services de radiomessagerie. La radiomessagerie est en déclin – le nombre d'utilisateurs est tombé de 40 millions à environ 10 millions aujourd'hui. Le problème auquel se trouvaient confrontées les autorités de la concurrence était de savoir si, du fait de la concurrence d'autres services nouveaux, une opération de concentration sur ce marché pouvait encore créer des difficultés sur le plan de la concurrence. Il y avait en fait une concurrence très intense de la part des services mobiles et PCS. Mais, comme l'indique le document de référence, lorsqu'un gouvernement décide d'assouplir la réglementation d'un service parce qu'un nouveau service de substitution apparaît sur le marché, il doit prendre en compte l'existence éventuelle de certains groupes captifs de consommateurs qui peuvent subir un préjudice du fait de cet assouplissement. L'autorité de la concurrence craignait que les hôpitaux (principaux utilisateurs des services d'appel de personnes) ne soient désavantagés par cette fusion. Mais, après avoir soigneusement examiné ce dossier, elle a conclu qu'il y avait en fait d'autres solutions possibles, même pour les hôpitaux (qui pouvaient assurer eux-mêmes leurs services d'appel de personnes). Finalement, il a été décidé que cette opération de concentration ne posait pas de problèmes de concurrence. En conséquence, les autorités américaines ne se sont pas opposées à la fusion.

Une affaire de fusion au Brésil concernait l'acquisition, par Net2Phone, d'une petite société assurant des services VoIP au Brésil. Le Président demande pourquoi cette affaire, qui a débuté en 2001, n'a pas encore donné lieu à décision.

Un délégué du Brésil indique que l'élément intéressant dans cette affaire est que la décision ne relève pas du régulateur des télécommunications (qui intervient néanmoins dans les fusions d'entreprises de télécommunications), mais de l'autorité de la concurrence. En effet, les services VoIP ne sont pas considérés comme des services de télécommunication, mais comme des services à valeur ajoutée. La situation est en train d'évoluer, parce que les services vocaux via Internet jouent un rôle de plus en plus grand pour les usagers brésiliens, surtout les entreprises. Le régulateur craint également que ce développement des services vocaux via Internet écrème les consommateurs les plus rentables, ce qui pourrait poser des problèmes pour le dispositif réglementaire brésilien.

En fait, les prestataires de services VoIP ne sont pas autorisés au Brésil à fournir des services entre deux téléphones du réseau public commuté, car ces services risquent de préjudicier gravement au mécanisme de financement du service universel. A l'heure actuelle, les obligations de service universel restent dans une certaine mesure financées par des subventions croisées. On peut craindre que, si l'écrémage est autorisé, cela se fasse au détriment des objectifs de service universel découlant du cadre réglementaire.

Rail

La Commission européenne exprime dans sa communication la crainte que le fret ferroviaire ne perde du terrain sur le fret routier aux autres modes de transport. Le Président demande à la Commission de commenter ce point.

Un délégué de la Commission européenne explique que la Commission a pour politique d'améliorer l'attraction et la compétitivité des chemins de fer comme mode plus favorable à l'environnement. En ce contexte, la Commission européenne a mis en place des mesures compensant l'avantage concurrentiel des autres modes de transport. Tel est l'objectif de l'« eurovignette », conçue pour remédier aux problèmes de dégradation de l'environnement et de congestion des autoroutes que crée le transport routier. L'eurovignette est un péage qui est perçu dans certains États membres sur le transport par route de fret lourd. Elle n'est pas pratiquée dans tous les États membres. Ce péage peut être acquitté actuellement par les véhicules de 12 tonnes et plus.

Le Président fait observer que, comme l'indique la communication des États-Unis, au moment où les transports routiers de marchandises ont été déréglementés aux États-Unis, dans les années 80, le secteur ferroviaire a lui aussi été déréglementé. Néanmoins, on estime généralement dans l'UE que le transport ferroviaire est moins nocif pour l'environnement que le fret routier. Le Président demande aux États-Unis s'ils envisagent, par une solution réglementaire ou une autre, de remédier à ce déséquilibre.

Un délégué des États-Unis convient que, dans les années 30, lorsque la route a commencé de menacer le rail, la décision a été prise de réglementer le transport de marchandises par route afin d'éviter une asymétrie réglementaire. Cela peut sembler paradoxal aujourd'hui. Lorsque les deux secteurs ont été déréglementés, dans les années 80, le raisonnement n'était pas qu'un problème de symétrie se posait, mais que les chemins de fer allaient à la faillite et qu'on était désormais conscient qu'essayer de contrôler les prix et l'entrée dans le transport routier de marchandises n'avait pas non plus de sens du point de vue économique.

Le délégué des États-Unis indique qu'il n'a pas connaissance d'initiatives visant à remédier aux externalités environnementales du transport routier de marchandises par le biais d'un dispositif réglementaire. Aux États-Unis, lorsqu'on invoque la concurrence déloyale de la route, on se réfère généralement aux subventions. Par exemple, le réseau d'autoroutes inter-États a été construit presque exclusivement sur des fonds fédéraux. Certains font parfois valoir qu'il s'agit là d'une énorme subvention qui fait que le transport routier de marchandises est bien plus développé qu'il ne l'aurait été autrement. Mais, à l'avenir, pour des raisons budgétaires, il y aura beaucoup moins de financements disponibles pour construire de nouvelles autoroutes et les entretenir (et également moins de subventions pour la compagnie de transport de voyageurs par rail, Amtrak). Il se peut que des mesures soient prises pour alourdir les impôts frappant les camions, de façon qu'ils contribuent au financement du réseau autoroutier, ce qui pourrait avoir pour effet d'égaliser un peu plus les chances entre le rail et la route.

Le Président signale qu'après avoir lu que la réglementation du transport routier de marchandises avait pour origine la protection du rail aux États-Unis, il s'est demandé si, historiquement, le transport routier de marchandises avait été réglementé en Italie pour la même raison. En fait, la nécessité de protéger

le rail contre la route pour le transport de marchandises n'a pas été invoquée à l'époque en Italie. Le souci était essentiellement de préserver les opérateurs en place d'une trop vive concurrence dans le transport de marchandises par route. Cela montre que la réglementation acquiert sa vie propre, c'est-à-dire qu'un secteur dans un pays peut demander une réglementation pour se protéger de la concurrence, en citant en exemple un autre pays, même si la justification initiale d'une telle réglementation ne vaut pas dans son cas.

Autres secteurs

Le Président évoque le dossier de la distribution de l'essence en Italie, où la réglementation rend difficile l'entrée des grandes surfaces sur ce marché, au détriment de la concurrence.

Un délégué de l'Italie explique qu'une réglementation sectorielle établit une distinction entre la distribution d'essence et le commerce de détail. En Italie, les réglementations régionales imposent de stricts critères d'urbanisme qui limitent la concurrence dans la distribution d'essence en exigeant, par exemple, une distance minimale entre les stations-service. Depuis 1998, la création d'une station-service est subordonnée à la fermeture de trois stations-service existantes. Cette obligation devait être initialement temporaire, mais elle a été pérennisée dans un grand nombre de régions. Cela limite la possibilité, pour les grandes surfaces et les centres commerciaux, d'ouvrir des stations-service. Du fait de cette réglementation asymétrique, les grandes surfaces et les centres commerciaux ne détiennent que 0.2 % des stations-service en Italie. C'est pourquoi l'Italie n'a pas connu la baisse des prix qui s'est produite par exemple au Royaume-Uni, en Allemagne et en France.

La contribution du Royaume-Uni traite le thème de la concurrence entre les services de taxi et les services de limousine. Le Président demande au Royaume-Uni si les services de limousine sont soumis à des restrictions quantitatives, s'il existe une réglementation imposant un certain nombre de taxis à certains moments et si l'autorité réglementaire fixe la structure des tarifs (heures de pointe/heures creuses, déplacements de jour/de nuit, etc.).

Un délégué du Royaume-Uni souligne la distinction entre les « limousines », qui ne peuvent être réservées que par téléphone, et les « taxis » qui peuvent être hélés sur la voie publique. Puisqu'il faut d'abord passer un appel téléphonique pour retenir une limousine, le client a davantage de possibilités de comparer les prix ; dès lors, il y a moins besoin de réglementation et de protection des consommateurs. Pour les véhicules qui peuvent être hélés sur la voie publique, les autorités locales fixent un tarif plafond. Ce mode de prise en charge est interdit pour les limousines. Il n'y a pas de restrictions quantitatives quant au nombre de limousines ; autrement dit, la concurrence est bien plus vive sur ce marché. Certaines autorités locales ont fixé des restrictions quantitatives pour les taxis, mais ces restrictions sont bien moins nombreuses qu'à l'époque où l'OFT a entrepris son rapport sur les taxis.

Les autorités locales peuvent imposer certaines obligations de service aux taxis, notamment pour l'accès des handicapés. Aucune réglementation n'impose la présence d'un certain nombre de taxis. Dans le passé, on a pu constater une pénurie de taxis à Londres la nuit. Cela pose un problème social en ce sens que s'il n'y a pas de taxis disponibles, la solution pourra être de prendre un taxi illégal, avec tous les risques que cela comporte. C'est pourquoi les autorités londoniennes ont relevé le tarif nocturne des taxis. Maintenant, il y a davantage de taxis à Londres la nuit, mais ils sont très chers. On a là un exemple d'utilisation des prix, plutôt que de certaines normes de service, pour mettre fin à une situation de rationnement.

Dans le cas des autorités locales, autres que celles de Londres, qui appliquent des restrictions quantitatives, il y a obligation de faire en sorte que la demande soit satisfaite. Cela implique d'analyser la demande de services de taxi – généralement par voie d'enquête – pour déterminer si les délais d'attente ne

sont pas anormaux. Si des problèmes se posent à certains moments, des licences supplémentaires seront délivrées.

La contribution italienne évoque les réformes législatives qui ont conféré à la télécopie et au courrier électronique une valeur juridique équivalente à celle du courrier postal, ce qui a accru la concurrence dans le secteur des services postaux. Le Président demande aux États-Unis de commenter la recommandation qui a été faite par la Commission des tarifs postaux en vue d'ajuster les tarifs du Service postal des États-Unis en raison de la concurrence des communications électroniques.

Un délégué des États-Unis explique que le Service postal des États-Unis est réglementé par la Commission des tarifs postaux, mais que les relations entre le régulateur et l'entreprise régulée sont assez inhabituelles en ce sens que le régulateur, la Commission des tarifs postaux, formule des recommandations pour les tarifs, mais que le Service postal peut passer outre par vote à l'unanimité.

La réglementation des services postaux concerne à la fois les tarifs et la classification. La classification est importante, parce que c'est elle qui détermine quels sont les services qui relèvent du monopole légal et quels sont les tarifs qui s'appliquent aux différents services. Le Service postal a bien sûr intérêt à classer tout service nouveau de manière qu'il soit soumis au monopole légal. Dans certains cas, il a fallu réviser à la baisse les tarifs pour remédier à la concurrence de la part de services de substitution. La communication des États-Unis cite, par exemple, le courrier réponse payée, qui représente un très gros volume et est principalement utilisé pour les envois de la part de consommateurs (notamment pour le paiement d'une facture). Le Service postal perdait des parts de marché dans ce secteur du fait de la concurrence de certains services électroniques. La Commission des tarifs postaux a recommandé d'abaisser les tarifs à un niveau correspondant davantage au coût afin de récupérer une partie des parts de marché perdues au profit des services concurrents.

Le Président invite ensuite l'auteur du document de référence à présenter brièvement ce document.

M. Darryl Biggar fait observer que cette table ronde est consacrée aux problèmes qui se posent lorsque des services concurrents sont soumis à des réglementations différentes. Un grand nombre de services différents sont soumis à des types différents de réglementation, y compris, bien entendu, dans les secteurs qui se caractérisent par l'existence d'éléments de monopole naturel, mais aussi dans d'autres secteurs qui sont réglementés pour d'autres motifs, notamment le souci de fournir un service universel, d'assurer la viabilité financière (dans le secteur bancaire et le secteur des assurances, par exemple) ou de favoriser le pluralisme (cas des médias et de la radiodiffusion/télévision). Très souvent, un service réglementé se trouve au moins en partie en concurrence avec un autre service soumis à une autre réglementation. C'est le cas, par exemple, de la concurrence entre le rail et les autres modes de transport, de la concurrence entre les services traditionnels de télécommunication du réseau public commuté et les services de télécommunication fournis, par exemple, dans le cadre des réseaux IP, de la concurrence entre les banques et les mutuelles de crédit, de la concurrence entre les taxis et les limousines, de la concurrence entre les services de radiomessagerie et plusieurs services de substitution, et de la concurrence entre le câble et la technologie DSL pour les services haut débit. En fait, pour presque chaque service réglementé on a vu apparaître des services de substitution qui font l'objet d'une réglementation différente.

Deux facteurs principaux sont à l'origine des services de substitution. L'un d'entre eux est la réforme de la réglementation – sous la forme d'une libéralisation des transactions ou de l'accès aux facilités essentielles – qui permet à de nouvelles entreprises d'entrer sur le marché et d'y livrer concurrence. L'autre facteur est le progrès technologique. C'est ainsi qu'avec la numérisation il a été possible de fournir toute une gamme de services via l'infrastructure des télécommunications. A propos de

l'évolution technologique, on parle souvent de « convergence » (bien que ce terme n'ait pas une signification précise).

Le document de référence identifie trois problèmes liés à l'existence de réglementations différentes pour des services concurrents. Premièrement, comme on l'a indiqué précédemment, cela a pu avoir pour effet de réduire à néant certains objectifs publics, selon la façon dont la réglementation est mise en œuvre. Deuxièmement, le résultat sur le marché est faussé en ce sens que l'allocation des ressources dans l'économie est déterminée en partie par les inégalités réglementaires, au lieu de l'être par les véritables différences entre chaque service du point de vue des « déficiences de marché ».

L'asymétrie réglementaire pose un troisième problème : les entreprises ont intérêt à dépenser des ressources pour éliminer l'avantage réglementaire ou pour le maintenir. Les entreprises pourront s'efforcer d'empêcher qu'on leur applique une réglementation (ou faire en sorte que soit abrogée une réglementation qui leur est applicable), tout en cherchant à ce que leurs concurrentes se voient imposer une réglementation nouvelle ou plus stricte.

Dans le cas de la concurrence entre la route et le rail, il est intéressant de constater qu'au départ, dans les années 30, on a voulu égaliser les chances. Mais, à cette époque, on l'a fait par « nivellement par le haut », c'est-à-dire en réglementant les transports routiers de marchandises. Plus tard, durant la décennie 80 – et en fait, la même année, la réglementation a été levée dans les deux secteurs. On a cette fois égalisé les chances par « nivellement par le bas ».

Pour éliminer une asymétrie réglementaire, il faudra toujours, sous une forme ou sous une autre, « égaliser les chances », c'est-à-dire faire en sorte que toute obligation réglementaire imposée à une entreprise soit supportée par les autres entreprises d'une manière qui soit neutre du point de vue de la concurrence. C'est ce qu'on appelle également « l'harmonisation réglementaire » ou la mise en place d'une réglementation « technologiquement neutre ». On emploie aussi l'expression « non-discrimination », c'est-à-dire un traitement égal des différentes entreprises.

Lorsqu'on égalise les chances, faut-il égaliser par le haut ou par le bas ? Il n'y a pas de réponse a priori à cette question. Il faut d'abord remonter aux principes de base, en s'interrogeant sur la raison d'être de la réglementation. Quels étaient ses objectifs initiaux ? Demeurent-ils valables ? Pourrait-on atteindre autrement ces objectifs ? Quels sont les avantages et les inconvénients des autres solutions ? L'apparition d'un substitut est une occasion essentielle de réexaminer les réglementations en vigueur, de façon qu'elles restent appropriées. Si elles le sont, il pourra être nécessaire d'étendre la réglementation au service de substitution, mais pas nécessairement.

L'égalisation par le bas est souvent la bonne réponse, surtout lorsque l'objectif fondamental de la réglementation est de remédier à un manque de concurrence. Si la réglementation a été adoptée parce que la concurrence était insuffisante, l'apparition d'une concurrence remet en cause en premier lieu la nécessité de la réglementation. Dans l'UE, où la nécessité d'une réglementation préalable des télécommunications ne vaut qu'en cas de pouvoir substantiel sur le marché, si ce pouvoir substantiel n'existe plus, la réglementation préalable n'est bien entendu plus nécessaire.

Égaliser les chances ne signifie pas que les obligations réglementaires doivent être exactement les mêmes pour les différents prestataires de services. Lorsque le problème sous-jacent qui a justifié au premier chef la réglementation est différent, la bonne solution peut être la mise en place d'une réglementation d'une autre nature pour remédier à ce problème. Par exemple, l'eurovignette permet de faire supporter aux transporteurs routiers de marchandises les coûts d'externalité du réseau routier (accidents, dommages environnementaux et congestion), même si ces coûts sont supérieures aux coûts équivalents qui seraient imposés aux exploitants de chemins de fer.

L'expérience montre que l'autorité de régulation n'est souvent pas la même selon le secteur d'activité. Si les différentes autorités de régulation peuvent discrétionnairement appliquer les réglementations, le résultat pourra être qu'une même réglementation sera appliquée différemment dans un secteur ou un autre. Même si les réglementations sont identiques, on risque de ne pas obtenir l'égalité des chances qui est recherchée. Dans ce cas, la solution logique lorsqu'on harmonise les réglementations est de fusionner les autorités de régulation. En principe, une telle fusion est mieux à même d'assurer une application cohérente des réglementations, de façon à obtenir cette mythique égalité des chances. On constate dans la pratique un vaste mouvement de regroupement des autorités de régulation, surtout dans les télécommunications et dans le secteur financier.

Un délégué de l'Australie se demande si les types d'objectifs publics pouvant donner lieu à une asymétrie réglementaire (ces objectifs étant énumérés au tableau 2 du document de référence) ne pourraient pas tous se ramener à un problème de subventions croisées. Raisonner à ce propos en termes d'« asymétrie réglementaire » est-il tout à fait correct ? Ne faudrait-il pas raisonner en termes de subventions croisées, ce qui pourrait déboucher sur un ensemble différent de solutions ? L'Australie fait également observer que le régulateur ne doit pas entraver l'innovation purement et simplement parce qu'il ne peut aisément appliquer à de nouveaux services les réglementations en vigueur (notamment celles concernant l'accès aux services d'urgence).

Le Président convient que, dans certains cas, les entreprises en place peuvent faire valoir qu'un nouveau service ne doit pas être autorisé sur le marché tant que certaines questions (par exemple, la localisation en cas d'urgence) n'ont pas été réglées, leur but étant essentiellement de retarder l'entrée du nouveau service sur le marché, même s'il existe des solutions possibles dès lors que le régulateur est prêt à régler le problème. Il serait facile de demander simplement à la personne passant un appel d'urgence d'où elle appelle.

M. Darryl Biggar se demande si tous les objectifs des pouvoirs publics susceptibles de créer une asymétrie réglementaire relèvent bien de la rubrique des subventions croisées. Il donne l'exemple de la réglementation prudentielle applicable aux sociétés d'assurance. Si une société d'assurance établie dans un pays offre des services d'assurance dans un autre pays via Internet sans être soumise à la réglementation applicable dans ce deuxième pays, cela peut compromettre l'objectif qui consiste à préserver l'intégrité prudentielle des sociétés d'assurance nationales.

Le Président note que la définition même du marché peut être asymétrique. Alors que le nouveau produit (par exemple, les services VoIP) relève sans aucun doute du marché de l'ancien produit, celui-ci peut constituer un marché propre. Lorsqu'il y a de nouveaux entrants sur le marché, cela ne veut pas dire que le marché de l'opérateur historique s'élargit — le marché de l'opérateur historique peut fort bien rester le même qu'auparavant — mais que le marché des nouveaux opérateurs englobe celui de l'opérateur historique étant donné que les produits ou services offerts par l'opérateur historique couvrent un champ plus large que les services de substitution. Le Président ouvre alors le débat sur ce point.

Un délégué du Royaume-Uni explique que la réglementation applicable dans chaque secteur doit refléter la nécessité d'une réglementation dans ce secteur. Par exemple, les réglementations environnementales qui concernent un mode de transport doivent refléter les dommages environnementaux que provoque ce mode de transport, et pas le jugement qu'on peut porter sur la nécessité d'un transfert de trafic au détriment d'autres modes de transport. Chaque réglementation doit être proportionnée à sa nécessité dans le secteur concerné.

Un délégué de l'Australie souligne que les préférences et les technologies ne cessant d'évoluer, il faut réexaminer les réglementations périodiquement et systématiquement. Face à ces mutations constantes,

les responsables des politiques et les autorités de régulation doivent à tout moment se poser la question suivante : « Ne sommes-nous pas en retard sur les évolutions ? »

Ce délégué fait également observer que le débat sur la concurrence entre la route et le rail montre bien que nous ne savons guère quel est le véritable coût économique de ces deux modes de transport concurrents, et que cet aspect pourrait faire l'objet de travaux futurs du Comité.

Enfin, il note que la mauvaise allocation des ressources due à l'asymétrie réglementaire pourrait être tout aussi importante dans le cas des produits et services complémentaires que dans le cas des produits ou services substituables. Au fur et à mesure que les marchés croissent et évoluent, les nouveaux produits ou services complémentaires risquent de ne pas pouvoir se développer, surtout lorsque l'environnement réglementaire est fortement asymétrique. Il serait très utile d'analyser à cet égard le cas des produits ou services complémentaires.

Un délégué des États-Unis remarque que, tout comme une réglementation asymétrique de produits de substitution sur un même marché est une mauvaise solution, une réglementation symétrique de produits qui ne se trouvent pas en position d'égalité peut également être néfaste. L'asymétrie peut parfaitement se justifier pour tenir compte des différences de pouvoir de marché entre l'opérateur historique et les nouveaux entrants, et pour favoriser la concurrence lorsqu'il y a eu précédemment monopole. En pareil cas, la symétrie réglementaire peut être indéniablement néfaste, en imposant aux nouveaux entrants de trop lourdes contraintes ou en ne limitant pas suffisamment le pouvoir de marché de l'opérateur historique. Vouloir éliminer ou interdire totalement le téléphone IP parce qu'il menace le monopole en place est une position que nul ne souhaite se voir imputer.

Un délégué de l'Irlande souligne également qu'une réglementation asymétrique peut être appropriée dans certains secteurs économiques et dans les cas où il est en fait possible, par des « distorsions positives », d'encourager de nouveaux entrants en attendant, par exemple, les réformes structurelles qui s'imposent. Dans l'intervalle, les pouvoirs publics voudront sans doute réglementer les nouveaux entrants moins strictement que l'opérateur historique en position de force, en leur imposant un contrôle des prix moins lourd, moins d'obligations déclaratives et, d'une façon plus générale, moins de charges.

Un délégué du Mexique indique que la législation mexicaine de la concurrence comporte un ensemble de critères très souples pour définir au cas par cas le marché pertinent. Néanmoins, les réglementations sectorielles s'appuient également sur une définition du marché qui leur est très spécifique et qui contrarie parfois la législation de la concurrence. Fort heureusement, la Cour suprême a tranché en faveur des critères les plus souples, ceux de la législation de la concurrence.

Le Mexique souligne également les différences de traitement réglementaire entre niveaux d'administration. Par exemple, les distributeurs de gaz naturel n'ont pas réussi à supplanter le GPL au Mexique du fait des obstacles rencontrés pour développer leur réseau de gazoducs au niveau local.

M. Darryl Biggar reconnaît que, dans un certain sens, une « réglementation asymétrique » est parfois bénéfique. Dans les télécommunications, par exemple, les entreprises détenant un pouvoir de marché sont souvent soumises à des obligations réglementaires supplémentaires. Ainsi peuvent-elles avoir l'obligation d'assurer l'accès à certaines installations, d'établir une offre de référence pour l'interconnexion ou de divulguer certaines informations. Elles sont alors soumises à des obligations réglementaires différentes de celles applicables aux entreprises sans pouvoir de marché. En ce sens, la réglementation est asymétrique. Cette réglementation asymétrique est considérée comme une composante nécessaire du développement du secteur des télécommunications dans son ensemble.

Si l'on se trouvait en présence de proches substituts pouvant être aisément mis en œuvre pour tous les services de l'opérateur en place dans le secteur des télécommunications, il n'y aurait pas besoin d'une réglementation asymétrique. En ce sens, la différence de traitement entre l'opérateur historique et les nouveaux entrants dans le secteur des télécommunications ne soulève pas les problèmes d'« asymétrie réglementaire » qui font l'objet de cette table ronde.

Le Président signale que, lorsqu'un nouveau service menace un objectif public (le service universel, par exemple), la réponse ne doit pas être de bloquer l'entrée, mais de faire en sorte que l'objectif public puisse être atteint d'une autre manière (notamment en créant un mécanisme de financement auquel contribueront tous les prestataires de services). Il est facile de bloquer purement et simplement l'entrée ; mais il est à certains égards plus difficile de laisser se développer de nouveaux services.

Le Président met en lumière l'un des enseignements de cette table ronde : surtout lors de l'apparition d'un nouveau service — lorsque la technologie se développe — il vaut probablement mieux laisser le service démarrer et, en définitive, commencer à réglementer au moment où l'on constate l'existence véritable d'un problème. Dans toute la mesure du possible, il faut accepter l'entrée de nouveaux services. Des problèmes peuvent se poser au fur à mesure que ces services se développent (c'est notamment le cas avec les numéros d'urgence pour la VoIP), mais ces problèmes n'ont pas à être réglés au préalable.

Le Président observe également que, pour que la réglementation préserve l'égalité des chances au fil du temps, elle doit être flexible. Dans certains pays, la réglementation résulte de la loi (par opposition au règlement), de sorte qu'il est très difficile de s'adapter rapidement aux nouvelles évolutions, car c'est le parlement qui modifie la loi. En conséquence, il faut parfois, non pas plusieurs mois, mais plusieurs années pour modifier la réglementation et s'adapter au nouvel environnement.

Enfin, le Président évoque la question de la rationalisation des réglementations et des instances réglementaires lorsque se produit un phénomène de convergence. Par exemple, de nombreux pays ont fusionné leurs organismes pour la télédiffusion et pour les télécommunications, de manière à prendre en compte l'évolution technologique. Pour la même raison, la création d'un marché intérieur en Europe a également conduit à la création de nouveaux organismes de régulation.

En conclusion, le Président remercie tous les pays qui ont présenté des communications et M. Biggar, qui a rédigé le document de référence.