

Principales conclusions des mini-études de cas réalisées par l'UIT sur le règlement des différends en matière d'interconnexion

En 2003, l'Union internationale des télécommunications (UIT) a réalisé des mini-études de cas sur le règlement des différends en matière d'interconnexion dans plusieurs pays (Botswana, Danemark, Inde, Jordanie et Malaisie). Ces études, qui ont été menées à bien grâce à la participation des régulateurs des différents pays concernés, peuvent être consultées sur le site <http://www.itu.int/ITU-D/treg/>. L'établissement de ces mini-études de cas a été suivi par un débat en ligne sur le règlement des différends en matière d'interconnexion entre des régulateurs du monde entier, via le Programme mondial d'échanges d'informations entre les régulateurs (G-REX) créé par l'UIT. L'UIT a ensuite organisé, le 10 novembre 2003, une conférence virtuelle réunissant en direct des régulateurs du monde entier, au cours de laquelle les principaux pays intéressés ont présenté leurs points de vue et leurs expériences sur le règlement des différends en matière d'interconnexion. Le présent document final a été établi par Robert Bruce et Rory Macmillan, de Debevoise & Plimpton, Londres (Royaume-Uni), auteurs des mini-études de cas.

Le présent résumé rassemble plusieurs des principales conclusions et observations fondées sur les mini-études de cas, les débats au sein du GREX et la conférence virtuelle. Pour mieux comprendre les problèmes qui se posent aux différents pays, il convient de se référer directement aux mini-études de cas par pays. En outre, le présent document ne fait qu'effleurer certains sujets et certaines expériences, qui sont analysés de manière beaucoup plus approfondie dans un document commun UIT/Banque mondiale établi par Robert Bruce et Rory Macmillan, de Debevoise & Plimpton, ainsi que par Timothy Elam, Hank Intven et Theresa Medema, de McCarthy Tétrault. Ce document intitulé "Règlement des différends dans le secteur des télécommunications: pratiques actuelles et orientations futures" peut être consulté sur la page web du Colloque mondial des régulateurs, à l'adresse <http://www.itu.int/ITU-D/treg/>.

I. Prise de conscience de l'importance du règlement des différends

Il est largement admis que le règlement des différends, notamment à propos de l'interconnexion, est aujourd'hui un enjeu clé de la réglementation du secteur des télécommunications. Les litiges en matière d'interconnexion posent des problèmes d'une importance capitale pour l'évolution du secteur, qui portent sur la justification économique des infrastructures nécessaires à la fourniture de services concurrentiels. Lorsque les différends restent trop longtemps dans l'attente d'un règlement, l'interconnexion peut être impossible, ce qui peut freiner considérablement l'investissement et la concurrence. Les régulateurs sont de plus en plus souvent confrontés à la nécessité d'un règlement efficace des différends du fait de la libéralisation des marchés. Un processus efficace et efficient de règlements des différends en matière d'interconnexion est aujourd'hui l'une des caractéristiques d'un marché des télécommunications parvenu à maturité.

II. Les problèmes sous-jacents

Les différends en matière d'interconnexion peuvent avoir pour origine une simple résistance à la libéralisation des marchés. Les opérateurs qui sont en position dominante sur leur marché peuvent refuser la connexion matérielle et logique avec d'autres réseaux. Ils peuvent également appliquer des tarifs qui sont tellement supérieurs aux coûts que les autres opérateurs ne peuvent soutenir la concurrence pour la fourniture de services.

Des litiges aussi courants ont souvent pour origine des questions plus profondes liées à la structure des marchés. Ainsi, les régulateurs cherchent fréquemment à déterminer le prix de l'interconnexion en se fondant sur les coûts. Néanmoins, un mauvais rééquilibrage des prix de détail peut rendre cette démarche inapplicable dans la pratique. Le régulateur n'est pas toujours en mesure de modifier immédiatement ses tarifs en raison de la conjoncture politique.

En Jordanie, la Telecommunications Regulatory Commission (TRC) a affronté ce problème dans sa décision de juin 2003 relative aux tarifs d'interconnexion. Selon la TRC, les taxes de transit international appliquées par Jordan Telecom étaient supérieures aux coûts et aux meilleures pratiques en vigueur sur le plan international. Les bénéfices réalisés sur le trafic international sortant subventionnaient le déficit des taxes d'accès et le déficit d'accès à l'Internet, deux domaines qui relèvent des politiques publiques. Par conséquent, la TRC a décidé de continuer à fixer les taxes de transit international appliquées par Jordan Telecom à un prix inférieur au prix de détail, en mettant progressivement en oeuvre des réductions. Il ne s'agit pas là d'un problème propre aux marchés les moins évolués. Le dégroupage de la boucle locale a par exemple été freiné sur le marché allemand par le faible niveau des prix de détail.

Un autre problème structurel caractéristique du secteur est illustré par le système complexe en vigueur en Inde, qui fait appel aux notions de taxe de financement du déficit d'accès (ADC) et de taxe d'utilisation de l'interconnexion (IUC). Les opérateurs de services de base subventionnent à perte la location des lignes et les communications locales, entre autres en utilisant les taxes ADC. Néanmoins, ces taxes rendent moins concurrentielle leur offre de services nationaux et internationaux. En conséquence, un important volume de trafic passe, non plus par les opérateurs de services de base, mais par ceux des services concurrentiels GSM et des services hertziens à mobilité limitée. La mise en service de la téléphonie Internet (VoIP) a encore fait baisser les tarifs internationaux. C'est pourquoi, comme indiqué dans la Section VII B ci-dessous, les régulateurs doivent prendre le temps de la réflexion et examiner la situation de l'ensemble du secteur et de ses problèmes structurels. C'est ce à quoi s'emploie la Telecommunications Regulatory Authority of India (TRAI)¹.

Le cas de l'Inde illustre la façon dont la transformation des secteurs de télécommunication dans le monde entier remet en cause les régimes d'interconnexion. L'explosion phénoménale du mobile pose des problèmes sur le plan de la concurrence aux opérateurs de téléphonie fixe. Fréquemment, les régulateurs constatent que les accords d'interconnexion établis au début de la téléphonie mobile ne sont pas adaptés à l'évolution du marché, sur lequel le mobile l'emporte sur le fixe. Les contrats de partage des recettes ou les accords fixant les tarifs d'interconnexion entre opérateurs n'auront bientôt plus rien à voir avec la réalité commerciale, ce qui risque de créer de nouveaux différends. Il est capital de mettre en place des méthodes fiables, et pourtant souples, de règlement des différends pour que le marché puisse s'adapter à l'évolution du secteur.

Le règlement des différends en matière d'interconnexion ne relève donc pas de la seule compétence des juristes experts en règlement des différends. Il ne s'agit pas non plus d'une simple mise en application de politiques de libéralisation sectorielle. Le règlement des différends et des situations litigieuses joue souvent un rôle capital dans l'économie du secteur.

III. Tirer parti des ressources existantes

L'un des thèmes communs qui s'est dégagé des mini-études de cas sur le règlement des différends en matière d'interconnexion était la tendance croissante de la part des régulateurs à recourir à des ressources extérieures. Cela n'a rien d'étonnant au vu de l'importance du règlement de ces types de différend pour le développement du secteur.

Les régulateurs peuvent employer plusieurs méthodes faisant appel à des ressources extérieures pour suppléer à leurs insuffisances. Ils peuvent ainsi:

¹ Se reporter aux différents documents consultatifs de la TRAI joints en annexe à la mini-étude de cas sur le règlement des différends en matière d'interconnexion en Inde, sur le site <http://www.itu.int/ITU-D/treg/> ou sur le site web de la TRAI, à l'adresse <http://www.trai.gov.in>.

- utiliser des données provenant d'autres marchés pour définir des critères de référence, par exemple des modèles de coût, lorsqu'il n'existe pas de données fiables sur le marché national (par exemple au Botswana ou en Jordanie);
- employer des consultants externes chargés de collecter de telles informations et de contribuer à la prise de décisions, afin de compléter et de renforcer les connaissances techniques internes (par exemple au Botswana);
- imputer aux parties concernées les frais externes occasionnés aux régulateurs par le règlement des différends (par exemple en Jordanie);
- encourager le recours à des instances non officielles, par exemple des arbitres, pour le règlement des différends (par exemple en Jordanie ou en Australie);
- entreprendre, dans l'industrie, des consultations visant à déterminer les principaux problèmes sectoriels dont la solution pourrait entraîner une baisse du nombre global de litiges dans le secteur (par exemple au Danemark);
- s'efforcer de mettre en place des structures pratiquant l'autoréglementation, dans le cadre desquelles des organismes du secteur peuvent prévoir quels problèmes donneront lieu à des différends (par exemple en Malaisie et en Australie).

IV. Insuffisance des informations sur le règlement des différends

L'information est un facteur crucial des différends en matière d'interconnexion, dont l'une des causes les plus fréquentes, en particulier dans les pays en développement, est le manque d'information sur les éléments essentiels à la fourniture d'une interconnexion conforme à la politique réglementaire.

Conformément aux dispositions du document de référence de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) définissant un cadre réglementaire, les régulateurs demandent en règle générale aux opérateurs de pratiquer des tarifs d'interconnexion fondés sur les coûts. Il est néanmoins difficile d'en fixer le montant, en particulier sur les marchés les moins évolués. Les opérateurs mettent parfois du temps à fournir des modèles de coût, soit parce qu'ils n'ont ni systèmes de comptabilité, ni comptes, soit parce qu'ils refusent la tarification fondée sur les coûts. Lorsqu'ils les fournissent, ces modèles sont parfois fondés sur des suppositions ou sur des imputations de coûts que le régulateur considère comme erronés.

Tant la TRC en Jordanie que la Botswana Telecommunications Authority (BTA) au Botswana ont été confrontées à ce problème en 2003, lorsque les opérateurs ne sont pas parvenus à fournir des modèles de coût satisfaisants. Dans leurs décisions sur les tarifs d'interconnexion, ces deux organismes ont choisi de calculer ces tarifs sur la base de données de référence provenant de pays de l'Union européenne.² Ces tarifs seront utilisés provisoirement, en attendant que l'on puisse calculer des prix fondés sur les coûts. Le choix par la BTA des moyennes de l'Union européenne s'explique par la situation concurrentielle sur le marché de l'interconnexion dans l'Union européenne et par l'utilisation de la méthode de calcul des coûts marginaux à long terme (LRIC).

L'adoption de critères de référence internationaux pose un double problème, celui du choix des données et celui de leur application au marché national, sachant que la situation de la concurrence peut varier sensiblement d'un pays à l'autre. Il peut également être impossible de comparer les coûts (par exemple, ceux de la main d'oeuvre) entre marchés développés pris comme référence et marchés nationaux. C'est pourquoi certains régulateurs doutent de l'utilité des critères de référence. Néanmoins, beaucoup d'entre eux pensent qu'il s'agit là de la seule solution pour continuer à progresser vers la tarification fondée sur les coûts, en l'absence de modèles de coût fiables.

² Se reporter aux mini-études de cas réalisées par l'UIT sur le règlement des différends en matière d'interconnexion pour chaque pays.

Au vu de l'importance de l'information dans le règlement des différends, la communication, par les marchés concurrentiels, de données bien structurées devrait aider considérablement les marchés qui n'ont pas ce type d'information. L'Union européenne diffuse fréquemment ces informations, dont la collecte et l'organisation pourraient être renforcées aux niveaux régional et mondial, en ce qui concerne tant les procédures que les données relatives aux marchés. La création de banques de données de procédure aiderait les régulateurs à évaluer les méthodes à disposition pour le règlement des différends, y compris les méthodes novatrices comme la médiation ou l'arbitrage.

V. Coût du règlement des différends

La question de savoir qui prend en charge le coût du règlement des différends peut avoir une incidence sur l'utilisation par les parties des procédures de règlement ainsi que sur les résultats de ces procédures. Les parties hésitent davantage à entamer des procédures manifestement infondées et potentiellement onéreuses si les coûts risquent d'être à leur charge. Sur les marchés en développement, les régulateurs n'ont pas toujours les ressources nécessaires au règlement efficace des différends.

Les méthodes d'implantation des coûts directs du règlement des différends varient selon les pays. On entend par coûts directs les frais externes causés au régulateur par le recrutement de conseillers et d'experts techniques, les frais internes du régulateur pour la rémunération de ceux de ses collaborateurs qui interviennent dans le règlement des différends, ainsi que la rémunération de leurs propres conseillers par les parties en présence.

De l'avis de certains régulateurs, le règlement des différends étant prescrit par la loi, les dépenses afférentes doivent être financées par le budget qui leur est alloué. Ainsi, la Botswana Telecommunications Authority (BTA) a pris en charge les frais d'engagement d'un cabinet conseil extérieur pour l'aider à établir des critères de référence fondés sur sa décision du 26 février 2003 relative au différend entre la Botswana Telecommunications Corporation et Mascom Wireless. La BTA a payé ces frais sur son budget, qui est alimenté par les redevances du secteur.

D'autres régulateurs peuvent imputer les frais externes aux parties en présence. Ainsi, en Jordanie, en vertu de la nouvelle procédure de règlement des différends en matière d'interconnexion, la Jordanian Telecommunications Commission (TRC) est autorisée à demander aux parties en présence de prendre à leur charge les frais encourus par la TRC du fait du différend. La TRC peut imputer ces frais à une partie dont elle considère qu'ils lui incombent, par exemple si elle présente un dossier infondé ou si son comportement lors des audiences laisse à désirer.

Le règlement efficace des différends passe par l'élaboration de mesures d'encouragement pour les parties, mesures dont l'imputation des coûts est une composante essentielle.

VI. Procédures de règlement des différends non fondées sur la réglementation

Les régulateurs tendent de plus en plus à faire intervenir des instances non officielles dans le règlement des différends. Ainsi, en Jordanie, la nouvelle procédure permet aux parties de choisir entre l'arbitrage ou le règlement des différends par voie réglementaire. Si elles choisissent l'arbitrage, la TRC ne prévoit pas d'intervenir. Les parties peuvent choisir les arbitres qui leur conviennent et dont elles rémunèrent les services, ce qui devrait contribuer à alléger la charge de travail de l'organisme de régulation.

De manière analogue, la Australian Communications Commission (ACCC) a mis au point une méthode de règlement des différends qui encourage les parties à recourir aux services d'experts, d'arbitres et de médiateurs indépendants. Cette méthode laisse une certaine marge de manœuvre; les parties peuvent demander à l'ACCC de jouer le rôle d' "intermédiaire impartial" pour faciliter le règlement du différend, en marge de son rôle normal d'arbitre. Une des principales conclusions de cet organisme est que l'existence d'une procédure fiable de règlement des différends par voie réglementaire constitue un filet de sécurité important pour assurer l'efficacité de ces méthodes.

Toutefois, le recours à des intervenants et à des procédures extérieurs aux organismes de réglementation pose, entre autres problèmes, ceux de la qualité de la prise de décision et de l'efficacité de la mise en oeuvre des politiques officielles.

En ce qui concerne la qualité de la prise de décision, il importe de pouvoir compter sur des professionnels dont les services peuvent être utilisés par les parties en présence. Ainsi, en Jordanie, la TRC a estimé que, même en l'absence de tribunal d'arbitrage jordanien, il existe des arbitres jordaniens, ainsi qu'un tribunal d'arbitrage régional. La TRC en a conclu qu'un service d'arbitrage professionnel peut remplacer le règlement des différends par voie réglementaire. La multiplication du nombre des arbitres et de médiateurs dans le monde encourage les régulateurs qui cherchent à régler les différends hors des instances officielles.

En ce qui concerne l'efficacité de la mise en oeuvre des politiques, si l'on se réfère une nouvelle fois à l'exemple de la Jordanie, on ne sait pas encore comment les arbitres choisiront d'interpréter la Loi de 1995 sur les télécommunications, telle qu'elle a été amendée, et les dispositions régissant l'interconnexion inscrites dans les licences attribuées aux principaux opérateurs. La situation risque de se compliquer encore puisqu'un troisième opérateur de téléphonie mobile dans le pays s'est vu octroyer une licence et que sa compétitivité sur le marché sera vraisemblablement tributaire de questions liées à l'interconnexion et à l'itinérance. Favoriser l'égalité des chances dans le cadre des licences en vigueur nécessitera d'appliquer avec discernement la politique réglementaire, y compris en ce qui concerne les différends. Vraisemblablement, certains types de différends impliquant des questions fondamentales touchant à la réglementation ne pourront être réglés efficacement que par la voie réglementaire.

VII. Vers la prévention des différends

La prévention des différends est aussi importante que leur règlement. De manière générale, les parties ont moins de risque d'entrer en conflit si elles peuvent faire valoir leurs intérêts ouvertement et constructivement. Parfois, cela peut signifier qu'il est possible d'appliquer une autorégulation, de sorte que les représentants de l'industrie puissent par eux-mêmes définir et chercher à résoudre les principaux problèmes. Nous analysons ci-après certaines initiatives prises concernant l'autorégulation et la recherche du consensus.

A) Autorégulation

Conformément à l'esprit de la Loi de 1998 sur les communications et le multimédia, la Malaysian Communications and Multimedia Commission (MCMC) autorise le marché à pratiquer l'autorégulation.³ Des entreprises du secteur ont donc créé le Forum d'accès malais (MAF), organisme privé chargé d'élaborer un code d'accès pour réglementer l'accès mutuel des opérateurs aux infrastructures et aux services.

Le Forum MAF s'inspire étroitement du Telecommunications Access Forum (TAF) créé en Australie. On ignore encore si le MAF parviendra à élaborer une autorégulation plus complète que ne l'a fait le TAF. Ce dernier a effectivement élaboré un code d'accès, mais n'est pas parvenu à un accord sur les services qui devaient être assujettis aux dispositions réglementant l'accès, et a finalement été dissous. Selon d'autres, l'expérience acquise par l'Australie montre que, même si l'autorégulation présente des avantages, les régulateurs doivent néanmoins continuer à s'occuper de certaines questions réglementaires essentielles, ne serait-ce que d'entente avec les professionnels du secteur.

Lorsque les régulateurs relâchent, peu ou prou, leur contrôle sur les procédures réglementaires, règlement des différends compris, ils optent pour des méthodes visant à structurer à l'avance la procédure non officielle et à la vérifier a posteriori.

³ Se reporter à la mini-étude de cas réalisée par l'UIT sur le règlement des différends en matière d'interconnexion en Malaisie.

Il serait utile que les régulateurs établissent une législation ou des directives supplémentaires afin de mettre en place un cadre de référence pour les décideurs du secteur privé. Les lignes directrices sur l'interconnexion établies par la Jordanie en 2002 sont un exemple de texte de référence fréquemment utilisé dont les arbitres se serviront pour rendre leur sentence. Sur de nombreux marchés, ces lignes directrices précisent même le type de modèle de coût (par exemple LRIC), à utiliser, ce qui oblige les organismes pratiquant l'autorégulation à mettre en place une structure suffisamment claire.

La MCMC a déjà répertorié les installations et services de réseau dont l'accès devrait être assujéti à un code d'autorégulation, comme proposé par le Forum MAF. Une fois au point, ce "code d'accès" devra également être approuvé par la MCMC, ce qui renforcera l'approbation sur le plan de la réglementation. Ces méthodes "*ex ante*" et "*ex post*" garantissent que les politiques réglementaires soient, dans l'ensemble, respectées aussi bien par les instances non officielles qu'au niveau des procédures.

B) Recherche du consensus

L'un des principaux enjeux pour les décideurs et les régulateurs est de veiller à ce que la structure de base du secteur concilie les objectifs fixés par la réglementation (optimisation du prix, de la qualité et de la gamme de services) et les mesures incitatives et contraintes financières des compagnies privées. Certains régulateurs innovent en consultant les professionnels du secteur et en cherchant à dégager un consensus pour définir les domaines susceptibles de bénéficier d'améliorations. La vaste consultation qui s'est déroulée au Danemark en 2003 constitue à cet égard un bon exemple.⁴

La recherche d'un consensus n'est pas facile lorsque des intérêts divergents sont en jeu. Le Forum MAF, comme le Forum TAF auparavant, est conçu pour fonctionner "par consensus". L'expérience du Forum TAF en Australie a montré qu'il n'était pas toujours possible de dégager un consensus, sauf pour un très petit nombre de problèmes. Peut-être peut-on toutefois envisager une recherche du consensus qui associe l'autorégulation et la consultation des régulateurs. Il faut alors que les questions soient correctement posées et que les organismes de réglementation fournissent l'appui nécessaire pour permettre de traiter les problèmes avec toute l'efficacité dont sont capables les organismes officiels.

⁴ Se reporter à la mini-étude de cas réalisée par l'UIT sur le règlement des différends en matière d'interconnexion au Danemark.