



RECOMMENDATIONS & BEST PRACTICES

Recommendation of the Council concerning Structural Separation in Regulated Industries 2001 (amended in 2011)

Introduction

The OECD Council has adopted a number of non-binding Recommendations on competition law and policy. In addition, the Competition Committee has adopted Best Practices. OECD Recommendations and Best Practices are often catalysts for major change by governments.

Overview

The OECD Competition Committee held several discussions over 2010-2011 on structural separation focusing on electricity, gas, railways and telecommunications. They resulted in a report approved in 2011 and a revision in December 2011 of the 2001 Council Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries. These discussions showed that structural separation remains a relevant remedy to advance the process of market liberalisation. At the same time, the impact of separation policies on investment incentives has been an issue throughout the different sectors. As a result, the 2001 Recommendation was amended by the OECD Council to address the role that corporate incentives to invest can play in assessing the desirability of structural separation in regulated industries.

Related Topics

Report on Experiences with Structural Separation (2006)
OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance (2005)
Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries (2001)
Restructuring Public Utilities for Competition (2001)

RECOMMENDATION OF THE OECD COUNCIL CONCERNING STRUCTURAL SEPARATION IN REGULATED INDUSTRIES

Adopted on 26 April 2001 [C(2001)78/FINAL] and amended on 13 December 2011 [C(2011)135 and CORR1]

THE COUNCIL,

Having regard to Article 5 b) of the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development of 14 December 1960;

Having regard to the agreement reached at the 1997 Meeting of the Council at Ministerial level to reform economic regulations in all sectors to stimulate competition [C/MIN(97)10], and in particular to:

- “(i) Separate potentially competitive activities from regulated utility networks, and otherwise restructure as needed to reduce the market power of incumbents;
- (ii) Guarantee access to essential network facilities to all market entrants on a transparent and non-discriminatory basis”;

Having regard to the 2001 report Structural Separation in Regulated Industries [DAFFE/CLP(2001)11], the Report on Experiences with Structural Separation [C(2006)65] and the report on Recent Experiences with Structural Separation [C(2011)135, Annex I and CORR1];

Recognising that there are differences in the characteristics of industries and countries, differences in the processes of regulatory reform and differences in the recognition of the effectiveness of structural measures, behavioural measures and so on, and that such differences should be taken into account when considering structural issues;

Recognising that regulated firms, especially in network industries, often operate in both non-competitive and in competitive complementary activities;

Recognising that the degree of competition which can be sustained in the competitive complementary activities varies, but that when these activities can sustain effective competition it is desirable to facilitate such competition as a tool for controlling costs, promoting innovation, and enhancing the quality of the regulation overall, ultimately to the benefit of final users and consumers;

Recognising that, in this context, the regulated firm has the ability, in the absence of antitrust or regulatory controls, to restrict competition by restricting the quality or other terms at which rival upstream or downstream firms are granted access to the services of the non-competitive activity, restricting the capacity of the non-competitive activity so as to limit the scope for new entry in the complementary activity, or using regulatory and legal processes to delay the provision of access;

Recognising that, depending upon the structure of the industry, a regulated firm which operates in both a non-competitive activity and a competitive complementary activity may also have an incentive to restrict competition in the complementary activity;

Recognising that such restrictions of competition generally harm efficiency and consumers;

Recognising that there are a variety of policies that can be pursued which seek to enhance competition and the quality of regulation by addressing the incentives and/or the ability of the regulated firm to control access. These policies can be broadly divided into those which primarily address the incentives of the regulated firm (such as vertical ownership separation or club or joint ownership), which may be called structural policies, and those which primarily address the ability of the regulated firm to deny access (such as access regulation), which may be called behavioural policies;

Considering that behavioural policies, unlike structural policies, do not eliminate the incentive of the regulated firm to restrict competition;

Considering that despite the best efforts of regulators, regulatory controls of a behavioural nature which are intended to control the ability of an integrated regulated firm to restrict competition may result in less competition than would be the case if the regulated firm did not have the incentive to restrict competition;

Considering that, as a result, the efficiency and effectiveness of regulation of the non-competitive activity, the available capacity for providing access, the number of access agreements and the ease with which they are reached and the overall level of competition in the competitive activity may be higher under structural policies;

Considering that, under such circumstances, it is all the more necessary that, to prevent and tackle restrictions of competition, competition authorities have appropriate tools, in particular the capacity to take adequate interim measures;

Considering that certain forms of partial separation of a regulated firm (such as accounting separation or functional separation) may not eliminate the incentive of the regulated firm to restrict competition and therefore may be less effective in general at facilitating competition than structural policies, although they may play a useful and important role in supporting certain policies such as access regulation;

Recognising that, in some circumstances, allowing a regulated firm operating in a non-competitive activity to compete in a complementary competitive activity allows the regulated firm to attain significant economic efficiencies or to provide a given level of universal services or service reliability;

Recognising that structural decisions in regulated industries often require sensitive, complex, and high-profile trade-offs, requiring independence from the regulated industry and requiring expertise, experience, and transparency in assessing competitive effects and comparing these with any economic efficiencies of integration; and

Recognising that the boundaries between activities which are potentially competitive and activities which may be non-competitive are subject to change and that it would be costly and inefficient to continuously adjust the degree of vertical separation;

I. RECOMMENDS as follows to Governments of Members:

1. When faced with a situation in which a regulated firm is or may in the future be operating simultaneously in a non-competitive activity and a potentially competitive complementary activity, Members should carefully balance the benefits and costs of structural measures against the benefits and costs of behavioural measures.

The benefits and costs to be balanced include the effects on competition, effects on the quality and cost of regulation, effects on corporate incentives to invest, the transition costs of structural modifications and the economic and public benefits of vertical integration, based on the economic characteristics of the industry in the country under review.

The benefits and costs to be balanced should be those recognised by the relevant agency(ies) including the competition authority, based on principles defined by the Member. This balancing should occur especially in the context of privatisation, liberalisation or regulatory reform.

2. For the purposes of this Recommendation:

- (a) A “firm” includes a legal entity or a group of legal entities where the degree of inter-linkages (such as shareholding) among the entities in the group is sufficient for these entities to be considered as a single entity for the purposes of national laws controlling economic concentrations;
- (b) A “regulated firm” is a firm, whether privately or publicly owned, which is subject to economic regulation intended to constrain the exercise of market power by that firm;
- (c) A “non-competitive activity” is an economic market, defined according to generally accepted competition principles, in which, as a result of regulation or underlying properties of demand and supply in the market, one firm in the market has substantial and enduring market power;
- (d) A “competitive activity” is an economic market, defined according to generally accepted competition principles, in which the interaction among actual and potential suppliers would act to effectively limit the market power of any one supplier;
- (e) “Complementary” is used in the broad sense to include products (and services) that enhance each other. Products that are complementary to the regulated firm's non-competitive activity therefore include (1) products bought by the firm from (upstream) suppliers, (2) products sold by the firm to (downstream) customers, and (3) other products used in conjunction with the firm's non-competitive product, and where competitors' success in providing such products depends on their or their customers' ability to obtain access to the non-competitive product.

II. INSTRUCTS the Competition Committee:

1. To serve, at the request of the Members involved, as a forum for consultations on the application of the Recommendation; and
2. To review Members' experience in implementing this amended Recommendation and to report to the Council within three years as to the application of this Recommendation and any further need to improve or revise the Recommendation.

III. INVITES non-Members to adhere to this Recommendation and to implement it.

RECOMMANDATION DU CONSEIL DE L'OCDE CONCERNANT LA SÉPARATION STRUCTURELLE DANS LES SECTEURS RÉGLEMENTÉS

Adoptée le 26 avril 2001 [C(2001)78/FINAL]
Amendée le 13 décembre 2011 [C(2011)135 and CORR1]

LE CONSEIL,

Vu l'article 5 b) de la Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économiques, en date du 14 décembre 1960 ;

Vu l'accord intervenu à la réunion du Conseil au niveau des Ministres en 1997 visant à réformer la réglementation économique dans tous les secteurs afin de stimuler la concurrence [C/MIN(97)10], et en particulier :

- “(i) séparer les activités potentiellement concurrentielles des réseaux de services d'utilité publique réglementés, et procéder par ailleurs aux restructurations requises pour réduire la puissance sur le marché des entreprises en place ;
- (ii) garantir l'accès aux réseaux essentiels à tous les entrants sur le marché dans des conditions de transparence et de non-discrimination”;

Vu le rapport de 2011 sur la séparation structurelle dans les secteurs réglementés [DAFFE/CLP(2001)11], le rapport sur les expériences en matière de séparation structurelle [C(2006)65] et le rapport sur l'expérience récente en matière de séparation structurelle [C(2011)135, Annexe I et CORR1] ;

Reconnaissant qu'il existe des différences dans les caractéristiques des secteurs et des pays, des différences dans les processus de réforme réglementaire et des différences dans la reconnaissance de l'efficacité des politiques structurelles, des politiques comportementales etc., et que ces différences devraient être prises en compte lorsque l'on examine les questions structurelles ;

Reconnaissant que les entreprises réglementées, en particulier dans les industries de réseaux, opèrent souvent à la fois dans des activités non concurrentielles et dans des activités complémentaires concurrentielles ;

Reconnaissant que le degré de concurrence qui peut être maintenu dans les activités complémentaires concurrentielles varie mais que, lorsque ces activités peuvent supporter une concurrence effective, il est souhaitable de faciliter cette concurrence en tant qu'instrument permettant de maîtriser les coûts, de promouvoir l'innovation et d'accroître globalement la qualité de la réglementation, au bénéfice en fin de compte des utilisateurs et consommateurs finaux ;

Reconnaissant que, dans ce contexte, l'entreprise réglementée a la possibilité, en l'absence de mesures antitrust ou de mesures réglementaires, de limiter la concurrence en restreignant la qualité ou autres conditions auxquelles les entreprises concurrentes en amont ou en aval ont accès aux services de l'activité non concurrentielle, en restreignant la capacité de l'activité non concurrentielle afin de limiter les possibilités d'entrée de nouvelles entreprises dans l'activité complémentaire, ou en utilisant les procédures réglementaires et juridiques pour retarder la fourniture d'un accès ;

Reconnaissant que, suivant la structure du secteur, une entreprise réglementée qui opère à la fois dans une activité non concurrentielle et une activité concurrentielle complémentaire peut aussi être incitée à restreindre la concurrence dans l'activité complémentaire ;

Reconnaissant que ces restrictions de la concurrence sont généralement préjudiciables à l'efficacité et aux consommateurs ;

Reconnaissant qu'il existe une variété de politiques susceptibles d'être poursuivies qui cherchent à renforcer la concurrence et la qualité de la réglementation en s'attaquant aux incitations et/ou à la capacité des entreprises réglementées à contrôler l'accès. Ces politiques peuvent, en gros, être réparties entre celles qui s'attaquent en premier lieu aux incitations de l'entreprise réglementée (comme la séparation verticale de la propriété ou le club ou la propriété conjointe) et que l'on peut appeler politiques structurelles, et les politiques qui s'attaquent en premier lieu à la capacité de l'entreprise réglementée à refuser l'accès (comme la réglementation de l'accès), que l'on peut appeler politiques comportementales ;

Considérant que les politiques comportementales, contrairement aux politiques structurelles, n'éliminent pas l'incitation qu'a l'entreprise réglementée à restreindre la concurrence ;

Considérant que, malgré tous les efforts des autorités de contrôle, les mesures réglementaires axées sur les comportements qui visent à limiter la possibilité pour une entreprise réglementée intégrée de restreindre la concurrence peuvent conduire à une moindre concurrence que cela ne serait le cas si l'entreprise réglementée n'avait pas l'incitation à restreindre la concurrence ;

Considérant que, de ce fait, l'efficacité et l'efficacité de la réglementation de l'activité non concurrentielle, la capacité disponible pour assurer l'accès, le nombre d'accords en matière d'accès et la facilité avec laquelle ces accords sont conclus ainsi que le niveau global de concurrence dans l'activité concurrentielle peuvent être plus élevés, dans le cadre de politiques structurelles ;

Considérant que, dans de telles circonstances, il est d'autant plus nécessaire, pour prévenir et s'attaquer aux restrictions à la concurrence, que les autorités de concurrence disposent des instruments appropriés, en particulier de la capacité de prendre des mesures intérimaires adéquates ;

Considérant que certaines formes de séparation partielle d'une entreprise réglementée (par exemple séparation comptable ou séparation fonctionnelle) peuvent ne pas éliminer l'incitation pour l'entreprise réglementée à restreindre la concurrence et donc peuvent être moins efficaces en général pour ce qui est de faciliter la concurrence que les politiques structurelles, quoiqu'elles puissent jouer un rôle important et utile en apportant leur soutien à certaines politiques comme la réglementation de l'accès ;

Reconnaissant que, dans certaines circonstances, le fait d'autoriser une entreprise réglementée opérant dans une activité non concurrentielle à opérer dans une activité concurrentielle complémentaire permet à l'entreprise réglementée d'obtenir d'importants gains d'efficacité sur le plan économique ou de fournir un niveau déterminé de services universels ou de fiabilité des services ;

Reconnaissant que les décisions structurelles dans les secteurs réglementés exigent souvent des arbitrages délicats, complexes et ayant un grand retentissement, ce qui nécessite une indépendance vis-à-vis du secteur réglementé et requiert des compétences, de l'expérience et de la transparence pour évaluer les effets sur la concurrence et comparer ces effets avec les gains d'efficacité résultant de l'intégration ; et

Reconnaissant que les frontières entre les activités qui sont potentiellement concurrentielles et les activités qui peuvent être non concurrentielles sont susceptibles de changer et qu'il serait coûteux et inefficace d'ajuster continuellement le degré de séparation verticale ;

I. RECOMMANDE ce qui suit aux gouvernements des Membres :

1. Lorsqu'ils sont confrontés à une situation dans laquelle l'entreprise réglementée opère simultanément ou est susceptible de le faire dans le futur, dans une activité non concurrentielle et dans une activité complémentaire potentiellement concurrentielle, les Membres devraient bien peser les bénéfices et les coûts des mesures structurelles contre les bénéfices et les coûts des mesures comportementales.

Les coûts et bénéfices à mettre en balance incluent les effets sur la concurrence, les effets sur la qualité et le coût de la réglementation, les effets sur les incitations à l'investissement des entreprises, les coûts de transition des modifications structurelles et les bénéfices économiques et d'intérêts généraux de l'intégration verticale, à la lumière des caractéristiques économiques du secteur dans le pays concerné.

Les coûts et bénéfices à mettre en balance devraient être ceux qui sont reconnus par l(es) autorité(s) compétente(s), y compris l'autorité de concurrence, à partir de principes définis par le Membre. Cette mise en balance devrait intervenir tout particulièrement dans le cadre de la privatisation, de la libéralisation ou de la réforme réglementaire.

2. Aux fins de la présente Recommandation :

- (a) on entend par "entreprise" une entité juridique ou un groupe d'entités juridiques où le degré d'interdépendance (par exemple participations au capital) entre les entités dans le groupe est suffisant pour que ces entités soient considérées comme une seule entité au regard des lois nationales régissant les concentrations économiques ;
- (b) on entend par "entreprise réglementée" une entreprise, qu'elle soit privée ou sous contrôle public, qui est soumise à une réglementation économique visant à contenir l'exercice de puissance sur le marché de la part de cette entreprise ;
- (c) on entend par "activité non concurrentielle" un marché économique, défini suivant les principes de concurrence généralement acceptés, dans lequel, à la suite d'une réglementation ou des caractéristiques propres de l'offre et de la demande sur le marché, une entreprise a une puissance sur le marché substantielle et durable ;
- (d) on entend par "activité concurrentielle" un marché économique, défini suivant les principes de concurrence généralement acceptés, dans lequel l'interaction entre les fournisseurs effectifs et potentiels a pour effet en pratique de limiter la puissance sur le marché d'un fournisseur quelconque ; et
- (e) le terme "complémentaire" est employé dans un sens large et englobe des produits (et services) qui se renforcent mutuellement. Les produits qui sont complémentaires de l'activité non concurrentielle d'une entreprise réglementée comprennent donc (1) les produits achetés par l'entreprise auprès de fournisseurs (en amont), (2) les produits vendus par l'entreprise aux clients (en aval), et (3) d'autres produits utilisés conjointement aux produits non concurrentiels de l'entreprise, et ce lorsque la réussite des concurrents à fournir ces produits dépend de leur capacité ou de la capacité de leurs clients à avoir accès aux produits non concurrentiels.

II. CHARGE le Comité de la concurrence :

1. de faire office, à la demande des Membres concernés, de forum de consultation sur la mise en œuvre de la Recommandation ; et
2. d'examiner l'expérience des Membres dans la mise en œuvre de la Recommandation modifiée et de faire rapport au Conseil dans les trois ans sur la mise en œuvre de cette Recommandation, et sur toute éventuelle amélioration ou révision à y apporter.

III. INVITE les non-Membres à adhérer à cette Recommandation et à la mettre en œuvre.