

Les conséquences de l'intervention de la loi postale (Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales)

Par Isabelle Bouvier-Vital

Le secteur postal est ouvert totalement à la concurrence depuis le 1^{er} janvier 2011. Si l'impact pour les particuliers reste à ce jour limité, cette libéralisation modifie en revanche, pour les administrations soumises aux règles de la commande publique, leur pratique pour procéder à leurs achats de services postaux. Cette libéralisation totale est la dernière étape d'un processus engagé depuis de nombreuses années.

La loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales ouvre à la concurrence la totalité des marchés postaux au 1^{er} janvier 2011 dans le cadre de la transposition de la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté.

C'est l'ultime étape d'un processus engagé en 1997.

à tous les usagers, de manière permanente et sur l'ensemble du territoire national, des services postaux répondant à des normes de qualité déterminées. Ces services sont offerts à des prix abordables pour tous les utilisateurs. [...] Le service universel postal comprend des offres de services nationaux et transfrontières d'envois postaux d'un poids inférieur ou égal à 2 kilogrammes, de colis postaux jusqu'à 20 kilogrammes, d'envois recommandés et d'envois à valeur déclarée. »

Le service universel est un service disponible ou accessible partout et à chacun aux mêmes conditions. À l'intérieur du secteur postal, le service universel implique la fourniture permanente et obligatoire d'un service à un nombre de points géographiques suffisants sur le territoire national pour que les besoins des utilisateurs soient satisfaits. Ces services doivent également satisfaire à des objectifs de qualité précis et être disponibles à des prix abordables.

1. Quelques notions de base

Quelques définitions méritent, au préalable, d'être rappelées.

1.1. Les services postaux

Aux termes de l'article L. 1 du code des postes et communications électroniques (CPCE), dans sa version issue de la loi du 9 février 2010, « les services postaux sont la levée, le tri, l'acheminement et la distribution des envois postaux dans le cadre de tournées régulières ».

1.2. Le service universel postal

Le service universel postal est défini, conformément aux directives postales, à l'article L. 1 du code des postes et communications électroniques (CPCE) :

« Le service universel postal concourt à la cohésion sociale et au développement équilibré du territoire. Il est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité en recherchant la meilleure efficacité économique et sociale. Il garantit

1.3. Le secteur réservé (monopole) : une extinction progressive depuis 1997

Il s'agit du segment des services postaux qui est réservé aux opérateurs (publics ou privés) assurant le service universel dans les limites du territoire national. En pratique, cela signifie que les lettres et les colis dont le poids et le coût sont inférieurs à certains seuils ne peuvent être traités que par ces opérateurs qui sont tenus par les obligations du service universel décrites plus haut.

L'octroi d'un secteur réservé est justifié par le fait qu'il s'agit d'une forme d'indemnisation appropriée des activités non rentables du service universel, quand l'existence de ces activités est établie. La taille du secteur

Le service universel postal concourt à la cohésion sociale et au développement équilibré du territoire

Le secteur réservé : une extinction progressive engagée en 1997, et achevée en 2011

réservé a été progressivement réduite et il a disparu le 1^{er} janvier 2011 dans le contexte d'une libéralisation intégrale.

Le calendrier des étapes du processus d'ouverture progressive du marché a été déterminé par référence à des limites de poids / prix des services réservés :

- 1997-2003 : 350 grammes / 5 fois le tarif de base ;
- 2003-2006 : 100 grammes / 3 fois le tarif de base ;
- 2006-2009 : 50 grammes / 2,5 fois le tarif de base.

Jusqu'au 31 décembre 2010, le secteur réservé correspondait aux envois de moins de 50 grammes. Cette activité représentait près des trois quarts des flux d'envois, soit 12,7 milliards d'objets et 83 % des recettes (source : rapport d'activité 2009 de l'ARCEP).

Trois directives « postales » organisent l'ouverture du secteur à la concurrence

1.4. Le service non réservé

Il s'agit du segment des services postaux qui a été libéralisé et qui peut être exercé par d'autres opérateurs économiques que les opérateurs assurant le service universel postal, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2010, les envois de plus de 50 grammes.

1.5. Les autorisations délivrées par l'ARCEP

L'article L. 3 du CPCE soumet à autorisation les prestataires de services postaux pour leur activité d'envoi de correspondances, y compris transfrontières, sauf si celle-ci est restreinte au territoire national et n'intègre pas l'activité de distribution.

L'ARCEP est chargée par l'article L. 5-1 du CPCE de délivrer ces autorisations. Auparavant délivrées pour une durée de 10 ans, elles le sont pour 15 ans depuis l'intervention de la loi du 9 février 2010.

Elles couvrent deux types d'activités :

- distribution domestique d'envois de correspondance,
- courrier transfrontalier sortant.

Au total, c'est actuellement une vingtaine d'opérateurs qui s'est vu délivrer une autorisation par l'ARCEP. Certains opérateurs sont titulaires des deux types d'autorisation.

La liste de ces opérateurs autorisés avec leurs coordonnées, les caractéristiques des services offerts et des zones desservies est disponible sur le site de l'ARCEP :

[www.arcep.fr/secteur postal](http://www.arcep.fr/secteur_postal).

2. Le cadre juridique de l'ouverture progressive du secteur postal à la concurrence

Le Livre Vert sur le développement du marché unique des services postaux publié en juin 1992 par la Commission Européenne marque le lancement de la politique postale communautaire.

Dans la perspective de la réalisation du marché intérieur des services postaux, et conformément aux dispositions du traité, la Commission européenne a ensuite présenté, en 1995, une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le développement des services postaux communautaires et la qualité de service, dans laquelle étaient identifiés un certain nombre d'objectifs communs. L'étape suivante a été la fixation d'un véritable cadre juridique, par une première directive postale de 1997, modifiée par des directives de 2002 et de 2008.

2.1. La Directive cadre du 15 décembre 1997

La directive 97/67/CE, dite directive postale cadre, est une directive d'harmonisation. Cette première directive postale européenne constitue encore, même si elle a été plusieurs fois modifiée, le cadre réglementaire de référence à l'échelon communautaire.

Adoptée le 15 décembre 1997, elle pose le principe d'un service universel postal défini selon des règles communes : garantie de prestations minimales, contraintes sur les modalités d'organisation du prestataire de service universel, fixation d'objectifs de qualité de service.

Elle garantit l'existence d'une offre de service universel et fixe les conditions de son financement. Elle définit les principales missions des États membres au travers de la création d'une autorité de régulation nationale (ARN) indépendante. Cette autorité est désignée pour accomplir les tâches découlant de la directive (entre autres, pérennité et contrôle du service universel, transparence et séparation comptable, suivi de la qualité de service).

Elle pose également le principe d'une ouverture progressive et maîtrisée du secteur postal à la concurrence dont l'ouverture totale du marché était initialement envisagée pour 2009.

2.2. La Directive 2002/39/CE du 10 juin 2002

La directive 2002/39/CE du 10 juin 2002 a eu principalement pour objet de fixer le calendrier des étapes ultérieures du processus d'ouverture progressive et contrôlée du marché, en abaissant les limites de poids / prix des services qui peuvent être réservés :

- à partir du 1^{er} janvier 2003, l'opérateur de service universel peut conserver sous monopole, les envois de correspondance intérieure et transfrontière entrante jusqu'à 100 grammes ;
- en 2006, ce seuil est abaissé à 50 grammes.

Elle a également fixé le 1^{er} janvier 2009 comme date éventuelle d'achèvement du marché intérieur des services postaux, cette date devant être confirmée ou modifiée par la procédure de codécision.

2.3. La directive 2008/6/CE du 20 février 2008

Cette troisième directive achève juridiquement la mise en place du marché intérieur des services postaux.

Elle énonce les règles nouvelles portant notamment sur l'ouverture totale des marchés au 31 décembre 2010 dans la majorité des États membres, et deux ans plus tard dans onze autres ; lors des négociations menées dans le cadre de l'élaboration de cette troisième directive, la France soutenue par d'autres pays, a en effet

souhaité que l'échéance fixée pour l'ouverture totale du secteur postal soit reportée à 2011.

Elle affirme le principe suivant lequel la désignation du prestataire de service universel doit faire l'objet d'un réexamen périodique et la durée de cette désignation doit être suffisante pour permettre la rentabilité des investissements.

Elle détermine les mesures que peuvent mettre en oeuvre les États membres pour financer le coût net supporté par le prestataire au titre des obligations de service universel calculé selon des modalités fixées dans une annexe à la directive.

2.4. La transposition en droit national.

Les directives postales ont été transposées en droit national dans le cadre de deux lois principales :

- La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales vise à concilier l'existence et la viabilité du service universel postal avec l'introduction graduelle de la concurrence sur le marché des envois de correspondance.

Ce nouveau cadre juridique transpose la directive du 15 décembre 1997, notamment pour ce qui concerne la création d'un régulateur indépendant et la directive du 10 juin 2002 relative à la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de courrier.

- La loi du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales dote La Poste d'un nouveau statut¹ et ouvre à la concurrence la totalité des marchés postaux au 1^{er} janvier 2011 dans le cadre de la transposition de la troisième directive postale de février 2008.

Cette ouverture s'effectue sans remise en cause des acquis des précédentes directives. La loi, qui est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011 sur cette partie, désigne par ailleurs La Poste comme le prestataire du service universel pour une durée de 15 ans. Elle renforce également les pouvoirs de l'Autorité de régulation vis-à-vis du prestataire du service universel.

¹ Sur ce point, voir CJFI n° 59 : « *La Poste : l'établissement public est mort, vive la société anonyme !* », par Tatiana Ayrault et Lila Zarfaoui.

3. L'impact de l'ouverture totale du secteur sur les achats de services postaux soumis aux règles de la commande publique

3.1. Le principe : l'arrêt de la CJCE du 18 décembre 2007

La Cour de justice des Communautés européennes (affaire C-220/06 du 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c/ Administración General del Estado*, JOUE C 51 du 23 février 2008, p. 15), sur une question préjudicielle d'un tribunal espagnol, a précisé que les États membres peuvent confier, en dehors des règles de passation de la commande publique, la prestation de services postaux réservés au prestataire du service postal universel.

A contrario, pour les services postaux non réservés, le droit communautaire s'oppose à ce que la réglementation d'un État membre permette aux pouvoirs adjudicateurs de confier, en dehors des règles de passation des marchés publics, la prestation de services postaux non réservés à l'opérateur de service universel.

La CJCE a également rappelé qu'il existe deux cas particuliers pour lesquels il est possible de déroger aux règles de la commande publique :

- Il s'agit dans le premier cas de l'acte administratif unilatéral qui, en l'espèce, serait une décision administrative édictant des obligations pour l'opérateur choisi, sans qu'il ait la possibilité de les négocier ou de s'en libérer.
- L'arrêt précise en son point n° 58 un deuxième cas dérogatoire : les prestations « *in house* », en application de l'arrêt Teckal de la CJCE. Si l'opérateur de service universel est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, mais que le pouvoir adjudicateur exerce sur l'opérateur un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que l'opérateur réalise l'essentiel de son activité avec le pouvoir adjudicateur, il n'est pas obligatoire de suivre les règles de la commande publique.

La mise en œuvre de cette deuxième hypothèse semble difficile. En effet, la Cour exclue, au cas d'espèce son application, puisque le prestataire de service universel postal espagnol ne réalise pas l'essentiel de son activité avec l'administration publique, mais rend des services postaux à un nombre indéterminé de clients dudit service postal.

3.2. L'impact sur les marchés publics passés à partir du 1^{er} janvier 2011

3.2.1. La soumission au champ d'application des règles de la commande publique

Conformément à l'arrêt précité du 18 décembre 2007, les marchés ayant pour objet des prestations de services postaux non réservés (qui concernent à compter du 1^{er} janvier 2011 tous les envois) doivent être passés selon les règles prévues par les directives communautaires lorsqu'ils atteignent les montants fixés par la directive 2004/18 pour les marchés de services.

Même en dessous des seuils, la Cour rappelle que « *bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs les concluant sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* ».

Tous les services postaux sont donc à compter du 1^{er} janvier 2011 soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence.

3.2.2. La procédure applicable

Les services de courrier sont listés dans la liste de l'annexe II A de la directive 2004/18 et sont donc, en principe, soumis au régime prévu par l'article 29 du CMP.

La question se pose toutefois de savoir s'il existe d'autres opérateurs que La Poste susceptibles de répondre aux consultations. En effet, à défaut d'autres opérateurs économiques que La Poste, il pourrait être envisagé d'appliquer l'article 35 II 8° qui autorise le recours à la procédure négociée

Les règles de la commande publique : CJCE, affaire C-220/06, 18 décembre 2007

Les marchés de services postaux doivent être passés selon la procédure prévue à l'article 29 du code des marchés publics

sans publicité et sans mise en concurrence pour « *les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité* ».

Selon le rapport d'activité 2009 de l'ARCEP, « la part de marché des opérateurs alternatifs sur ce segment reste négligeable ». Toutefois, si la concurrence sur le secteur postal est « négligeable », elle n'est pas inexistante puisqu'une vingtaine d'opérateurs sont titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 3 du CPCE.

Si un de ces opérateurs a un champ d'action nationale, la plupart des opérateurs figurant sur la liste de l'ARCEP ont une action géographique plus restreinte.

En tout état de cause, l'ouverture totale du secteur à la concurrence devrait favoriser l'arrivée de nouveaux opérateurs sur le segment des envois de moins de 50 grammes, qui représente 83 % des envois de correspondance. En effet, jusqu'au 31 décembre 2010, la part de marché ouvert à la concurrence était trop faible pour permettre à des opérateurs privés de « trouver les trafics qui leur permettent de réaliser des économies d'échelle nécessaires pour concurrencer la Poste » (source : rapport d'information, enregistré le 21 octobre 2009, au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat sur le projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales).

Dans ce contexte, il ne paraît pas possible de recourir à la procédure négociée prévue par l'article 35 II 8°.

La procédure applicable est donc celle prévue pour les marchés de services de l'article 29, lorsque les seuils prévus à l'article 26 du code des marchés publics sont atteints, la procédure adaptée en dessous-de ces seuils.

Isabelle Bouvier-Vital (Direction des affaires juridiques)