



Avis n° 03-A-06 du 16 mai 2003
relatif au projet de loi sur la transposition de la directive 97/67/CE
concernant les règles communes de développement du marché intérieur
des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité de service,
modifiée par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002,
modifiant le code des postes et télécommunications
et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal

Le Conseil de la concurrence, (commission permanente),

Vu la lettre du 4 avril 2003, enregistrée sous le numéro 03/0028 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à un projet de loi relatif à la transposition de la directive 97/67/CE concernant les règles communes de développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité de service, modifiée par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002, modifiant le code des postes et télécommunications et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal ;

Vu la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 ;

Vu la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002 ;

Vu la communication 96/C 281/03 de la Commission relative aux services d'intérêt général en Europe portant définition du service postal universel ;

Vu le livre IV du code commerce et, notamment, l'article L. 462-1 dudit code, et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 29 avril 2003,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. - Le dispositif général de régulation

Le pouvoir de régulation

1. Le présent projet de loi définit les modalités de la régulation et du contrôle exercés par l'Autorité de régulation des télécommunications et des postes (ARTP), dont il porte création, et à laquelle sont attribués des pouvoirs de sanction et d'arbitrage conformément aux dispositions des directives communautaires. Mais il indique, à son article 4 - II, que la fonction de régulation postale "*est assurée par le ministre chargé des postes et par l'autorité de régulation des télécommunications et des postes*".
2. Le Conseil de la concurrence rappelle que seule une nette distinction entre la réglementation du service postal universel relevant du seul ministre et la régulation du secteur relevant de la seule ARTP est de nature à assurer un développement de la concurrence dans des conditions répondant aux directives.

3. Le Conseil de la concurrence note toutefois que cette affirmation d'une dualité de régulation est relativisée par l'attribution de réels pouvoirs de régulation à la seule ARTP

Les relations entre l'autorité sectorielle de régulation et le Conseil de la concurrence

4. Le Conseil approuve les dispositions figurant à l'article L. 5-8 du projet de loi qui instaurent, en matière postale, les mêmes relations entre l'autorité sectorielle et l'autorité de concurrence que celles prévues par la loi du 26 juillet 1996 sur les télécommunications (art. L. 36-10). Ce dispositif assure, en effet, une collaboration harmonieuse et utile entre ces deux autorités dans le plein respect de leur compétence respective. Il note, toutefois, qu'il existe devant le Conseil de la concurrence une procédure de mesures conservatoires qui permet de faire face aux situations d'urgence (art. L. 464-1 du code de commerce). Il ne lui paraît donc pas opportun de prévoir une possibilité spécifique de saisine d'urgence de l'ARTP qui, d'ailleurs, dans le cas des télécommunications, s'est avérée difficile à mettre en œuvre. Il suffirait de prévoir que l'ARTP peut saisir le Conseil de la concurrence en urgence sur le fondement des dispositions de l'article L. 464-1 précité.

Le champ de la régulation

5. En premier lieu, le présent projet de loi attribue au ministre chargé des postes la responsabilité de fixer, après avis de l'ARTP, par arrêté, la liste des prestations du service universel. Si la définition du champ et des objectifs du service universel relève bien de la réglementation et donc du ministre, le contrôle des prestations offertes par La Poste pour répondre à ces objectifs pourrait relever du seul régulateur. Il convient, en effet, de garantir à l'opérateur du service postal universel la possibilité d'adapter rapidement son offre aux évolutions des besoins du marché.
6. En deuxième lieu, le projet de texte prévoit que la liste des informations et des installations, détenues par le prestataire du service universel, indispensables à l'exercice des activités entrant dans le champ du service postal universel concurrentiel est fixée, après avis de l'ARTP, par arrêté du ministre. La définition de ces biens paraît recouvrir celle d'infrastructures ou de facilités essentielles utilisées en droit de la concurrence, aussi bien communautaire que national, et dont les caractéristiques ont été rappelées dans la décision n° 02-A-08 du 22 mai 2002 du Conseil de la concurrence :
 - l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
 - l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
 - l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
 - l'accès à l'infrastructure est possible.
7. Le Conseil rappelle que, selon une jurisprudence constante, le droit de la concurrence soumet le détenteur d'une facilité essentielle à deux contraintes : d'une part, il doit offrir un accès à ses concurrents, à l'amont ou à l'aval, à l'infrastructure qu'il détient ou qu'il contrôle et il n'a pas la liberté de refuser de contracter ; d'autre part, il doit offrir cet accès dans des conditions équitables et non discriminatoires, ce qui l'expose à voir contester les conditions qu'il offre à ses concurrents.
8. En troisième lieu, le Conseil de la concurrence estime que les modalités de contrôle des tarifs prévues par le projet de loi sont complexes du fait des responsabilités conjointes de l'ARTP et du ministre, ce dernier intervenant (excepté le cas particulier des tarifs pour la presse), en fixant des objectifs tarifaires distincts de la régulation tarifaire proprement dite,

dans le contrat de plan (cf. article L. 5-1 quatrième alinéa). La définition, par le ministre, au moyen du contrat de plan et du cahier des charges de La Poste, de contraintes tarifaires en plus d'objectifs de gestion pourrait être de nature à compliquer et opacifier le processus de régulation du secteur.

9. Le Conseil de la concurrence a ainsi considéré, dans son avis n° 98-A-22 du 28 avril 1998 relatif aux principes devant guider et encadrer la politique tarifaire d'EDF, que, sans préjudice des règles particulières applicables aux tarifs régulés, les prix non réglementés proposés par l'opérateur de service universel aux consommateurs devront être fixés dans le respect des règles de droit commun de la concurrence et dans des conditions telles que les autorités de concurrence puissent en vérifier l'application, notamment au regard de l'existence éventuelle de prix de prédation ou d'effets de ciseaux tarifaires.
10. Le Conseil de la concurrence recommande donc que l'homologation préalable, par la seule autorité de régulation agissant par référence au cadre des objectifs du service universel fixé par le Ministre et à l'équilibre du secteur, soit requise pour les seules évolutions de tarif des services réservés et que le contrôle des prix de La Poste pour des prestations relevant du service postal universel ouvert à la concurrence s'effectue sur la base du seul droit commun, ceci afin de préserver le caractère équitable de la concurrence entre l'opérateur du service postal universel désigné et ses concurrents.
11. Cette option est d'autant plus souhaitable que les dispositions de l'avant-projet de loi garantissent le bon fonctionnement de ce contrôle ex post, du fait notamment des possibilités de saisines croisées entre l'ARTP et le Conseil de la concurrence, procédures qui, ainsi qu'on l'a rappelé, ont fait la preuve de leur efficacité dans le secteur des télécommunications.
12. Enfin, à titre accessoire, le Conseil estime que la réservation à l'opérateur du service postal universel des envois recommandés dont l'usage est prescrit par un texte légal ou réglementaire pourrait nécessiter une clarification rédactionnelle. En effet, deux prestations d'envois recommandés existent à ce jour dans le catalogue des services assurés par La Poste (recommandé simple ou recommandé avec accusé de réception), laquelle, par ailleurs travaille de concert avec le ministère de la justice à la création d'un recommandé judiciaire et administratif qui offrirait plusieurs options complémentaires (relevé de la pièce d'identité ; remise en mains propres excluant toutes procurations ; suivi permettant une consultation en ligne de la date de distribution ; une garantie de délai d'acheminement). Une ou plusieurs de ces prestations doivent être clairement désignées comme étant réservées puisqu'il n'est pas possible de les réserver partiellement sans prendre le risque de contrevenir aux directives en introduisant une discrimination entre émetteurs et surtout de distinguer, dans des écritures comptables, un produit sur un simple critère juridique d'appréciation de son usage.

Le régime des autorisations

13. L'avant-projet de loi mentionne La Poste sans indiquer que l'établissement public à caractère industriel et commercial créé par la loi de 2 juillet 1990 est seul visé par les dispositions de l'article L. 3 du chapitre premier du code des postes et des télécommunications, ce qui pourrait être une précision utile. En effet, La Poste est un groupe de plus de 100 filiales dont les activités couvrent pour la seule maison mère à la fois le champ des services réservés, du service postal universel ouvert à la concurrence mais aussi de prestations se situant hors service postal universel.
14. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence estime que la dérogation prévue au régime d'autorisation en faveur de La Poste du fait de sa désignation comme opérateur du service postal universel institue une discrimination à l'encontre de ses concurrents qui sont soumis

à ce régime d'autorisation. La portée de cette discrimination serait encore accrue si l'ARTP et le ministre étaient amenés à utiliser les dispositions du neuvième alinéa de l'article L. 5-1 prévoyant l'instauration d'un fonds de compensation en faveur du service postal universel alimenté par les titulaires d'autorisation. Il recommande donc qu'aucune exemption au régime d'autorisation ne soit accordée à La Poste.

15. Toutefois, le champ du service postal universel tel que défini par l'avant-projet de loi étant très vaste (il s'applique aux envois de correspondance inférieurs ou égaux à 2 kilogrammes), il est possible que ses opérateurs soient très nombreux. Une simplification de la procédure d'autorisation serait souhaitable afin de préserver le dynamisme de la concurrence sur le marché et ne pas l'entraver par des démarches lourdes d'instruction à l'ARTP de nature à la surcharger d'activité.
16. Le Conseil de la concurrence recommande donc l'adoption d'un régime de déclaration valant reconnaissance de l'engagement des personnes concernées de respecter les obligations leur incombant au titre d'opérateur du service universel postal concurrentiel. Ce dispositif serait suffisant dès lors que le régulateur disposerait du pouvoir de prononcer une interdiction d'exercer à l'encontre des opérateurs qui y manqueraient.

II - Le service universel non concurrentiel

17. Le service universel non concurrentiel correspond à un service qui ne peut être rendu par le marché à un prix abordable pour l'ensemble de la population et répondant à certains critères qualitatifs. Cette carence justifie le recours à un financement public, normalement prohibé pour les entreprises opérant sur les marchés concurrentiels. Les questions essentielles relatives au service universel non concurrentiel sont donc d'abord la délimitation de son champ, puis la mesure de son coût et le choix de son mode de financement.
18. Le choix a été fait par les autorités françaises de maintenir un service réservé à l'opérateur du service postal universel qu'elles ont désigné. Ce monopole légal, prévu par les directives, doit compenser le surcoût des obligations spécifiques incombant à La Poste du fait de sa désignation. Le dispositif institué devra respecter le double principe de proportionnalité des revenus retirés de ce monopole légal au regard des surcoûts supportés par La Poste et de transparence comptable afin d'éviter toute subvention croisée hors du champ du secteur réservé. Les directives 97/67/CE et 2002/39/CE excluent explicitement tout financement par le secteur réservé de prestations relevant du service postal universel concurrentiel, sauf contraintes particulières.
19. Dans ce cadre, toute complexification du dispositif de financement, au-delà de ce qui est strictement nécessaire à l'équilibre du service universel stricto sensu, est de nature à créer des distorsions de concurrence sur les marchés concurrentiels. Tel est le cas du financement de l'aide publique à la distribution de la presse d'opinion et de l'aide à l'aménagement du territoire.
20. Ces dispositifs ont des enjeux financiers considérables. Selon les chiffres actuellement disponibles, 211 M€ annuels restent à la charge de La Poste au titre de la politique d'aménagement du territoire et, sur un déficit global sur l'activité distribution de presse de 772 M€, l'État n'a compensé que 290 millions, le solde soit 482 M€ restant à la charge de l'opérateur.
21. Le développement d'une concurrence loyale et efficace au bénéfice des consommateurs par la libéralisation progressive du secteur postal prévue par les directives ne pourra intervenir que si les opérateurs, qu'il s'agisse de La Poste ou de ses concurrents, ne se voient pas contraints de supporter des charges ne relevant pas du service postal universel

mais d'objectifs d'intérêt général supplémentaires dont la légitimité n'est pas en cause mais qui doivent faire l'objet de financements spécifiques et neutres du point de vue de la concurrence.

La distribution de la presse

22. Le Conseil de la concurrence estime que les dispositions relatives à la distribution de la presse figurant à l'article L. 4 du chapitre II du livre premier du code des postes et télécommunications, créé par l'article 4 de l'avant-projet de loi, et qui comprend à la fin de son troisième paragraphe une clause ainsi libellée : *"La structure tarifaire de ces prestations doit favoriser le pluralisme, notamment celui de l'information politique générale"* pose des difficultés à trois niveaux.
23. En premier lieu, si le journal ou le périodique d'information politique générale entre bien dans la catégorie des objets postaux couvert par le service postal universel défini par les directives européennes, l'obligation dévolue à l'opérateur du service postal universel par le projet de loi de *"favoriser le pluralisme de l'information politique générale"* n'est pas recensée par la directive 97/67/CE ni détaillée dans le paragraphe relatif au service postal universel de la communication 96/C 281/03 publiée au *JOCE* du 26 septembre 1996 relative au service universel.
24. Le point 38 de cette communication définit le contenu du service postal universel : *"il correspond à une offre de bonne qualité sur tout le territoire selon une fréquence minimale, à des prix abordables pour tous. Il comprend la levée, le transport, le tri et la distributions des correspondances ainsi que dans certaines limites de poids et de prix de publications, catalogues et colis. Il inclut les envois recommandés et à valeur déclarée. Seraient couverts tant les envois domestiques que trans-frontières. Il répond en outre à des exigences de continuité de confidentialité de neutralité et d'égalité de traitement ainsi que d'adaptabilité"*.
25. Favoriser le pluralisme de l'information politique générale ne semble donc pas rentrer pas dans le cadre des obligations définies par la Commission au titre du service postal universel et relèverait plutôt d'une mission d'intérêt général supplémentaire prévue au point 30 de la communication de la Commission qui précise que la définition d'une telle mission, allant au-delà des obligations du service universel, est une des attributions d'un État membre pourvu que les moyens employés restent conformes au droit communautaire, notamment en prévoyant un financement transparent équitable.
26. En second lieu, si on admettait que la disposition précitée entre dans le cadre du service postal universel, le tarif appliqué aux éditeurs de presse relèverait d'un tarif spécial et poserait un problème de compatibilité avec les principes édictés par les directives en cette matière. La directive 2002/39/CE précise, en effet, que *"Lorsque les États membres appliquent des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs clients, les prestataires du service universel sont tenus de respecter les principes de transparence et de non-discrimination en ce qui concerne tant les tarifs proprement dits que les conditions qui s'y rapportent. Tous ces tarifs sont à la disposition des particuliers utilisant les services postaux dans des conditions similaires."*
27. La Cour de justice des Communautés européennes a, d'ailleurs, considéré, dans son arrêt du 27 avril 1994, qu'une obligation ne peut être qualifiée de service d'intérêt général compatible avec le traité que si elle concerne la fourniture de prestations accessibles à tous les consommateurs et entreprises quelle que soit leur qualité et que ses tarifs soient uniformes et ne varient qu'en fonctions de critères objectifs. En conséquence, selon le droit communautaire, l'État membre ne peut imposer une dérogation tarifaire à une

catégorie d'entreprises (édition de presse d'information et d'opinion) au titre du service universel postal sans enfreindre les directives.

28. En troisième lieu, si l'on devait admettre que les entreprises de presse d'information politique générale constituent une catégorie suffisamment identifiée pour que le tarif spécial leur soit applicable sans créer de discrimination vis à vis des autres éditeurs, il demeurerait un problème de conformité des modes de financement du dispositif avec les directives.
29. En effet, la diffusion de l'information politique et générale pluraliste ne relève pas du service postal réservé et l'aide tarifaire à cette diffusion ne pourrait être financée au moyen des recettes du domaine postal réservé ou d'un fonds de compensation alimenté par les contributions des concurrents de La Poste sans enfreindre les directives communautaires. D'une part, le financement de services universels en dehors du secteur réservé, par des recettes provenant de services du secteur réservé est, sauf contraintes particulières, interdit par la directive 2002/39/CE qui dispose que : "*Le financement de services universels en dehors du secteur réservé par des recettes provenant de services du secteur réservé est interdit, sauf si une telle subvention croisée s'avère absolument indispensable à l'accomplissement des obligations spécifiques de service universel imposées au domaine concurrentiel.*"
30. D'autre part, les reversements à partir d'un fonds de compensation, institué à cet effet par les autorités nationales, et alimenté par des opérateurs autorisés sur le marché non réservé, sont limités par la directive 96/67/CE à la compensation des surcoûts des prestations rentrant dans la définition du service postal universel. Ainsi, dans le dispositif du projet de loi actuel, si La Poste prend à sa charge une partie du coût celui-ci est compensé, soit par des revenus issus de son monopole ce qui est prohibé par les directives puisque les revenus du service réservé ne peuvent donner lieu à une subvention croisée de prestation avec le secteur non réservé, soit par un fonds de compensation alimenté par l'ensemble du secteur concurrentiel qui serait mis à contribution pour financer cette obligation.
31. Le risque symétrique est que l'opérateur de service universel se voie contraint d'absorber cette charge supplémentaire sans compensation par la puissance publique, ce qui la mettrait en situation d'infériorité par rapport à ses concurrents qui eux ne supportent pas ce coût.
32. Considérant ces éléments, le Conseil de la concurrence estime que l'objectif de favoriser le pluralisme de la presse d'information politique et générale, s'il est légitime et relève d'une mission d'intérêt général, n'est pas une obligation au titre du service postal universel. Son maintien au titre d'obligation incombant à l'opérateur du service postal universel (que ce soit dans le texte du projet de loi ou dans le contrat de plan) sans compensation financière intégrale par un dispositif ad hoc, reviendrait à en faire supporter le coût soit à La Poste, soit à ses concurrents en contravention avec les dispositions des directives communautaires. Il estime, en conséquence, que la solution la plus neutre du point de vue de la concurrence serait de prévoir un financement spécifique pour compenser cette charge particulière.

L'intérêt des territoires

33. L'article L. 4-1.7° prévoit que le ministre chargé des postes et l'ARTP veillent dans le cadre de leurs attributions respectives à la prise en compte de l'intérêt des territoires et des utilisateurs dans l'accès aux services.
34. Dans son avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996, le Conseil de la concurrence avait appelé de ses vœux une clarification des relations entre l'État et La Poste afin d'assurer le bon fonctionnement de la concurrence. Le Conseil de la concurrence considérait comme

normal que l'ensemble des charges particulières que l'État impose à La Poste d'assumer soient reconnues en tant que telles et fassent l'objet d'une juste compensation financière lorsque leur maintien est jugé nécessaire.

35. La Communication 96/C281 /03 de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe mentionne explicitement l'aménagement du territoire comme une mission d'intérêt général supplémentaire pouvant nécessiter l'imposition par les autorités nationales d'obligations. Dans son trentième paragraphe, la Communication précitée précise que ces missions supplémentaires s'accompagnent de compensations par l'État. Le Conseil de la concurrence, dans son avis n° 96-A-10, avait déjà clairement indiqué que le dimensionnement du réseau de l'opérateur du service postal universel doit satisfaire à deux obligations distinctes. Une première obligation d'accessibilité aux points de contact définie par la Commission comme *"le droit des utilisateurs à un service universel qui correspond à une offre de services postaux fournis de manière permanente en tout point du territoire à des prix abordables pour tous les utilisateurs par une densité de réseau de points de contact et d'accès tenant compte des besoins des utilisateurs"*, et une seconde obligation de maintien d'une présence postale (bureaux) en zone rurale ou zone urbaine sensible au titre de la politique nationale d'aménagement du territoire.
36. Le Conseil de la concurrence estime que le même problème d'incompatibilité, évoquée au chapitre précédent, d'un financement d'une obligation ne relevant pas du service postal universel (le maintien de bureaux à des fins d'aménagement du territoire) par un des dispositifs prévus par les directives au titre du financement de ce service postal universel se pose. La question du financement demeurerait dans l'hypothèse de la mise en place d'un fond de compensation alimenté par les contributions des opérateurs intervenant sur le domaine du service universel concurrentiel.

CONCLUSION

37. En l'état actuel, le texte du projet de loi amène le Conseil de la concurrence à émettre des réserves sur la compatibilité des dispositions relatives au tarifs spéciaux réservés à la presse et à la prise en compte de l'intérêt des territoires avec les directives 97/67/CE et 2002/39/CE définissant le champ du service postal universel et ses modalités de financement, ainsi que sur les modalités de régulation qu'il prévoit et qui ne paraissent pas garantes de l'efficacité optimale de l'opérateur du service postal universel dans ses missions au titre du service postal universel et sur le marché concurrentiel.

Délibéré sur le rapport oral de M. Biron, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente et M. Gauron, membre.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen