

PROJET DE LOI sur les services postaux

AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

N°2012-AV-01

(06.11.2012)

Suite à la saisine du 23 octobre 2012 par l'intermédiaire de M. le ministre de l'Economie et du Commerce extérieur et conformément à l'article 29 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence (ci-après : le Conseil) rend l'avis suivant à propos du projet de loi 6160 sur les services postaux.

La saisine intervient à un stade avancé de la procédure législative où la Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Médias, des Communications et de l'Espace (ci-après : la commission parlementaire) a déjà proposé une série d'amendements. Cette saisine tardive peut trouver son explication dans le fait que le projet a été déposé le 6 juillet 2010 à la Chambre des Députés, donc à un moment où la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence n'était pas encore entrée en vigueur. Elle évite en tout cas une éventuelle invalidation de la future loi pour défaut de respect des formalités légales. Le présent avis se réfère sur le texte coordonné incluant ces amendements tel qu'il figure en annexe à la lettre de M. le Président de la Chambre des Députés à M. le Président du Conseil d'Etat. Il y a lieu de relever que cette version ne correspond pas exactement en tous points à la version des amendements discutés en commission parlementaire (voir, à titre d'exemple l'article 25 (nouvel article 20), amendement XIII).

Le présent avis a été adopté en formation collégiale à quatre, conformément à l'article 10 du règlement intérieur du Conseil du 11 juin 2012. Il se limite bien entendu à des considérations ayant trait à la concurrence dans le secteur des services postaux.

Le Conseil tient d'abord à émettre un certain nombre de réflexions plus générales.

1. Considérations générales

La saisine du Conseil s'inscrit dans le cadre de l'article 29 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence qui prévoit que « *le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence.*

Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement

1) portant modification ou application de la présente loi;

2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet:

a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives;

b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones;

c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévues par d'autres lois ou règlements. »

La saisine est donc fondée sur le point 2 de cet article dans la mesure où le projet prévoit notamment des restrictions quantitatives comme par exemple à l'article 20 nouveau d'après lequel la fourniture du service postal universel (ci-après : le SPU) fait l'objet d'un marché public à la suite duquel un seul opérateur, en l'occurrence celui qui démontre la meilleure aptitude à remplir la mission du SPU, est retenu pour assurer tout ou partie du SPU.

L'objectif de la politique communautaire dans le secteur postal réside dans « *la conciliation de l'ouverture graduelle et maîtrisée du marché postal à la concurrence avec la garantie durable de la prestation d'un service universel* »¹. Cet objectif est consacré par la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil telle que modifiée par la directive 2008/6/CE du 20 février 2008, concernant « l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté » (ci-après : la directive). Le projet de loi sous avis a pour objet la transposition des modifications apportées par la directive 2008/6/CE, qui, d'après les auteurs, nécessite un remaniement complet de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux. Le Conseil note que contrairement à la technique législative adoptée par le législateur communautaire, qui modifie la directive de 1997 sans l'abroger, les auteurs du présent projet ont préféré l'abrogation de la loi de 2000 et son remplacement par une loi nouvelle.

Aux yeux du Conseil, le texte du projet de loi, paraissant très compliqué, s'est trouvé partiellement allégé après adoption de certains amendements suggérés par la commission parlementaire, ceci

¹ 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, considérant (1).

notamment à l'endroit visant des mesures assurant le maintien du SPU (titre V) où la commission parlementaire a supprimé, à raison aux yeux du Conseil, l'ancien article 24.

Le Conseil n'est pas davantage convaincu que l'objectif déclaré de la réforme (et de la directive), à savoir une plus grande ouverture du secteur à la concurrence en vue de l'achèvement du marché intérieur, se trouve réalisé par le projet sous examen.

En ce qui concerne son affirmation au niveau de la complexité du régime nouveau, le Conseil note avec quelque inquiétude qu'une lecture au pied de la lettre du projet (le dispensant de recourir à des interprétations hasardeuses) ne permet pas de déceler avec précision ni le cercle des entreprises soumises à autorisation, ni celui des entreprises soumises à notification, ni enfin celui des entreprises soumises au financement du fonds de compensation à créer. Cela tient notamment à l'absence de définition d'entreprise désignée du SPU (terme rencontré aux articles 8, 20, 23, 26, 32, 36, 45...) et de l'architecture du projet qui, au moins à trois endroits différents, traite de la définition, de l'organisation et des obligations du SPU (titre II, articles 7 et 8 ; titre IV dénommé « service postal universel », articles 17-19 ; titre V dénommé « mesures assurant le maintien du service postal universel »). Ces incertitudes devront être levées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après : l'ILR), qui, dans le cadre de son pouvoir réglementaire lui confié en tant qu'établissement public par l'article 108 bis de la loi fondamentale et en vertu des dispositions habilitantes du projet de loi, doit préciser tous ces points ouverts. Le Conseil souligne l'importance de la marge de manœuvre que la Chambre des Députés est prête à confier au régulateur dans un domaine qui touche directement au principe constitutionnel de la liberté de commerce.

Au niveau de la prétendue ouverture du marché des services postaux, le Conseil est d'avis que le projet de loi sous revue contient au moins deux dispositions qui risquent de freiner le développement concurrentiel et le potentiel de ce secteur de services qui est pourtant un vecteur de croissance.

Il s'agit tant de la restriction de l'accès aux infrastructures postales prévue par l'article 10 que du mode de financement du SPU, qui érige d'importantes barrières à l'entrée pour de nouveaux prestataires et qui risque de créer une charge trop lourde pour les entreprises déjà actives dans le secteur. Le Conseil souhaite rendre attentif à la circonstance que ces dispositions constituent pour les entreprises actives dans le secteur une régression par rapport à la loi en vigueur.

Une dernière remarque générale s'impose à propos du rôle que l'article 35 du projet de loi confère au Conseil. Le Conseil salue évidemment l'idée d'une coopération poussée entre le régulateur et l'autorité de concurrence. Il est en effet indéniable que la complémentarité de leurs rôles respectifs rend cette coopération nécessaire, ne serait-ce que pour éviter des contrariétés de décisions, source d'insécurité juridique pour les entreprises. Le Conseil souhaite cependant relever le déséquilibre qui risque d'être créé entre les deux autorités par la façon dont le projet organise cette coopération. L'article 35, qui laisse tout loisir à l'ILR de prendre les mesures de régulation sans imposer des contraintes de temps pour les adopter, oblige le Conseil de se prononcer sur les mesures envisagées de l'ILR dans un délai d'un mois. De surcroît, les mesures qui nécessitent la consultation du Conseil sont très nombreuses et concernent non seulement les mesures énumérées à l'article 36 du projet, points a) à j), mais également d'autres mesures, notamment celles en relation avec la gestion du fonds de compensation confiée à l'ILR par l'article 26 du projet. Le Conseil voudrait inviter les décideurs politiques à réfléchir sur une coopération structurée des deux autorités, qui pourrait notamment passer par une représentation du Conseil au sein du conseil d'administration de l'ILR.

Il y a lieu de relever dans ce contexte que les services postaux ne sont pas le seul secteur prévoyant une coopération entre les deux autorités. Elle existe notamment dans le secteur des communications électroniques, secteur dans lequel le Conseil a par exemple, conformément à la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, pris soin de formuler des avis détaillés sur la définition par l'ILR d'une dizaine de marchés de services². La coopération envisagée, consacrée par ailleurs par des obligations européennes, obligera le Conseil à libérer des moyens importants pour assurer sa mission consultative. Le Conseil tient ainsi à rendre le parlement particulièrement attentif sur son cadre de fonctionnaires et d'employés extrêmement limité par rapport à celui de l'autorité avec laquelle il doit coopérer.

2. Commentaire des articles :

Les numéros des articles ainsi que tous les textes cités se réfèrent au texte coordonné adopté par la commission parlementaire.

Article 4 :

« **Art. 4** : *L'activité de fourniture de services postaux s'exerce librement.* »

Le Conseil approuve le nouveau libellé de cet article, car il met en exergue que l'objectif du projet de loi est la transposition de la directive 2008/6/CE (ci-après: la directive) dont l'un des objectifs est « *l'ouverture complète des marchés postaux* »³.

Articles 6 et 7

« **Art. 6.** (1) *Tout service postal ne relevant pas du service postal universel est soumis à notification.*
(...)

Art. 7. (1) *Tout service postal relevant du service postal universel est soumis à autorisation préalable.*
(...)

²Avis N° 2006-AV-10 du Conseil de la concurrence du 1er décembre 2006

Avis N° 2006-AV-09 du Conseil de la concurrence du 1er décembre 2006

Avis N° 2006-AV-08 du Conseil de la concurrence du 14 septembre 2006

Avis N° 2006-AV-07 du Conseil de la concurrence du 14 septembre 2006

Avis N° 2006-AV-06 du Conseil de la concurrence du 14 septembre 2006

Avis N° 2006-AV-05 du Conseil de la concurrence du 17 août 2006

Avis N° 2006-AV-04 du Conseil de la concurrence du 17 août 2006

Avis N° 2006-AV-03 du Conseil de la concurrence du 27 juin 2006

Avis N° 2006-AV-02 du Conseil de la concurrence du 27 juin 2006

Avis N° 2006-AV-01 du Conseil de la concurrence du 1er juin 2006

Avis N° CC-AV-01/2005 du Conseil de la concurrence du 18 novembre 2005

³ 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, considérant (16).

L'article 6 introduit le régime d' « autorisations générales » dans le secteur des services postaux. Par autorisation générale, la directive entend « *une autorisation qui n'impose pas au prestataire de services postaux concerné d'obtenir une décision explicite de l'autorité réglementaire nationale avant d'exercer les droits qui découlent de l'autorisation* »⁴. L'objectif louable est, selon le commentaire des articles du projet de loi, d'offrir aux entreprises du secteur des services postaux « *une simple procédure de notification à l'Institut qui en prend acte – une procédure sans complication en ligne avec les efforts en vue de la simplification administrative* ».

L'article 6 s'applique à « *toute personne physique ou morale qui a l'intention de fournir des services postaux ne relevant pas du service postal universel* ».

L'article 7 introduit un régime d'autorisation applicable à « *toute personne physique ou morale qui a l'intention de fournir des services postaux relevant en tout ou en partie du service postal universel* ».

D'après les commentaires des représentants du gouvernement lors des travaux de la commission parlementaire⁵, et selon la lecture du Conseil d'Etat⁶, l'article 7 met en place le SPU et concerne les prestataires qui souhaitent assurer tout ou une partie du SPU.

Quoique les formulations de ces deux articles soient reprises de l'article 9 de la directive, elles manquent de clarté. On peut ainsi se demander si un prestataire distribuant du courrier ou un certain type de courrier pour le compte d'une entreprise offre un service relevant du SPU? En se référant à l'article 17(1), qui définit les services qui doivent être assurés en vertu du SPU, on pourrait l'affirmer. Toutefois, ce prestataire n'a ni les moyens, ni l'intention de fournir tout ou partie d'un service postal universel au sens de l'article 17 et de se soumettre notamment à toutes les obligations de l'article 17(4), concernant la qualité et la disponibilité des services du SPU. Il ne sera donc pas un prestataire de services postaux universels.

Compte tenu du traitement différent des prestataires de services postaux et des prestataires de services postaux universels, ceci notamment au niveau des articles 8, 10, 11, 17, 18, 24, 25, 26, 29, 30, 31 et 32, il est important que la distinction entre prestataires de services postaux et prestataires de services postaux universels soit claire et sans équivoque. Par ailleurs, la différenciation entre les notions de « prestataire de service universel » et de « détenteur d'une autorisation en vertu de l'article 8 » n'est pas claire.

Afin de clarifier la distinction entre les entreprises tombant sous le régime de l'article 6 et celles tombant sous celui de l'article 7, le Conseil propose d'ajouter à l'article 7 un paragraphe (6) rédigé comme suit:

⁴ Directive 2008/6/CE article 2 (14)

⁵ Procès verbal de la réunion de la Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media, des Communications et de l'Espace du 17/09/2012, p. 5: « *Répondant aux questions des membres de la Commission, l'expert gouvernemental explique qu'il faut distinguer entre un prestataire qui offre des services relevant du service postal universel et le prestataire désigné du service postal universel. Le prestataire désigné doit assurer que le service universel soit offert pour tout le territoire national, tandis que tout prestataire peut offrir parallèlement des parties du service universel, par exemple en ne desservant qu'une partie du territoire, à condition qu'il dispose d'une autorisation de l'ILR.* »

⁶ Avis du conseil d'Etat du 13 juillet 2012, p. 4.

« (6) Pour les prestations ayant fait l'objet d'une autorisation, le détenteur de l'autorisation est prestataire de services universels tels que définis à l'article 17. »

Le Conseil souhaite également attirer l'attention sur le fait que l'article 7 n'est d'application que dans le cas invraisemblable qu'un prestataire de services postaux souhaiterait, pour tous ou certains des services qu'il fournit, poser sa candidature pour devenir prestataire de SPU à côté de l'Entreprise des P&T, et donc volontairement subir les obligations, contraintes et coûts du SPU. Si l'article 7 ouvre théoriquement le SPU à d'autres prestataires à côté de l'Entreprise des P&T, cette expectative semble néanmoins peu probable au Luxembourg.

Article 8

Après les amendements apportés par la commission parlementaire, l'article 11 sera libellé comme suit :

« Art. 8. Les obligations suivantes peuvent être associées aux autorisations:

- des obligations de service postal universel;*
- des exigences concernant la qualité, la disponibilité et la réalisation des services;*
- l'obligation de contribuer financièrement aux mécanismes de partage des coûts visés à l'article 26 si la prestation du service universel entraîne un coût net et constitue une charge financière inéquitable pour les prestataires du service universel désignés.*

Les obligations et exigences visées au premier tiret ne peuvent être imposées qu'aux prestataires du service universel.

Sauf dans le cas des entreprises qui ont été désignées prestataires du service universel, les autorisations ne peuvent :

- être limitées en nombre ;*
- pour les mêmes éléments du service universel ou parties du territoire national, imposer des obligations de service universel, et dans le même temps, l'obligation de contribuer financièrement au mécanisme de partage des coûts ;*
- reprendre les conditions applicables aux entreprises en vertu d'une autre législation non propre au secteur ;*
- imposer des conditions techniques ou opérationnelles autres que celles nécessaires pour remplir les obligations prévues par la présente loi.*

L'Institut veille à ce que les procédures, obligations et exigences visées au présent article sont transparentes, accessibles, non discriminatoires, proportionnées, précises et univoques ; elles sont publiées préalablement et se fondent sur des critères objectifs. »

Quoique ce texte transpose fidèlement l'article 9 de la directive, le Conseil le trouve extrêmement compliqué, et souhaite faire part des réflexions suivantes :

- L'article 8 associe des obligations aux autorisations accordées dans le cadre de l'article 7, c'est-à-dire dans le cadre des autorisations de prêter tout ou partie du SPU. Or un prestataire assurant un ou plusieurs éléments du SPU est évidemment, pour la partie du SPU qu'il veut assumer, soumis aux nombreuses obligations du SPU telles que définies en détail à l'article 17 et notamment 17 (4). Il en découle que les « obligations de service postal universel » (premier tiret)*

et les « *exigences concernant la qualité, la disponibilité et la réalisation des services* »(deuxième tiret) sont satisfaites d'office, en vertu de l'article 17.

- « *l'obligation de contribuer financièrement aux mécanismes de partage des coûts*» (troisième tiret) est en réalité neutralisée par la restriction que « *les autorisations ne peuvent (...) imposer des obligations de service universel, et dans le même temps, l'obligation de contribuer financièrement au mécanisme de partage des coûts* » pour les mêmes services. En effet, tous les services ayant été autorisés dans le cadre de l'article 7 tombent d'emblée sous le bénéfice de la restriction.

Pour résumer, la logique de l'article 8 deuxième alinéa échappe au Conseil.

Les obligations associées aux autorisations étant, d'après l'article 4 de la directive, facultatives, le Conseil propose, dans un souci de cohérence et de simplification, de supprimer l'article 8.

Article 10

«Art.10. Les titulaires de l'autorisation prévue à l'article 7 de la présente loi ont accès, dans des conditions transparentes et non discriminatoires, selon des modalités techniques et tarifaires prévues dans le cadre de conventions signées à cette fin avec le prestataire du service postal universel, aux moyens, détenus ou contrôlés par celui-ci, qui sont indispensables à l'exercice de leurs activités postales. (...)»

Cette disposition limite l'accès aux infrastructures postales «*indispensables à l'exercice de leurs activités postales* » aux entreprises visées par l'article 7, c'est-à-dire aux prestataires de services universels. Ce qui signifie que, pour avoir accès à ces infrastructures, qui «*comprennent le répertoire des codes postaux assorti de la correspondance entre ces codes et l'information géographique sur les voies et adresses, les informations collectées sur les changements d'adresse, un service de réexpédition en cas de changement d'adresse du destinataire, une faculté ou un service de distribution dans les boîtes postales installées dans les locaux du prestataire du service postal universel* », les prestataires doivent se soumettre aux obligations de tout ou d'une partie du SPU.

Le Conseil estime que cette disposition, du fait qu'elle est uniquement applicable aux prestataires de services universels, mais non aux prestataires de services postaux, constitue tant un frein considérable au développement d'un environnement concurrentiel dans le secteur postal, ceci au détriment des utilisateurs, qu'une disposition non justifiée en faveur de l'Entreprise des P&T.

Le Conseil se demande si cette restriction est réellement voulue par les auteurs, car l'article 10 alinéa 3 fait bien référence au « *... service minimal réciproque à fournir entre les prestataires de services postaux et le prestataire du service universel* ».

Cette restriction est difficilement compatible avec le droit de la concurrence et ouvre la porte à des conflits entre les prestataires de services postaux et l'Entreprise des P&T.

En effet, les prestataires qui pourront faire valoir que l'accès à l'une ou l'autre de ces infrastructures est «*indispensable à l'exercice de leurs activités postales* » pourraient considérer qu'un refus de l'Entreprise des P&T de leur accorder cet accès serait à interpréter comme un abus de position

dominante au sens de l'article 5 de la loi du 23 octobre relative à la concurrence et de l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

Le Conseil tient encore à remarquer que cet article ne constitue pas une transposition de l'article 9 de la directive, comme indiqué dans le tableau des correspondances et qu'il est par ailleurs contraire à l'article 11 bis de la directive qui ne prévoit pas de restriction de l'accès à l'infrastructure postale :

« Article 11 bis - Lorsque cela s'avère nécessaire pour protéger les intérêts des utilisateurs et/ou pour encourager une réelle concurrence, et compte tenu des conditions et de la législation nationales, les États membres garantissent un accès transparent et non discriminatoire aux éléments de l'infrastructure postale ou aux services fournis dans le cadre du service universel, comme le système de code postal, la base de données des adresses, les boîtes postales, les boîtes aux lettres, les informations sur les changements d'adresse, le service de réacheminement et le service de retour à l'expéditeur. Cette disposition est sans préjudice du droit des États membres d'adopter des mesures visant à garantir l'accès au réseau postal dans des conditions de transparence, de proportionnalité et de non-discrimination. »

Il s'agit alors d'une transposition incorrecte de la directive. C'est pourquoi le Conseil propose de reformuler la première ligne de l'article 13 de la façon suivante :

« Art.10. Les entreprises fournissant des services postaux ont accès, dans des conditions ... (...). »

Le Conseil tient par ailleurs à souligner qu'aucune autorité n'a été désignée pour vérifier si les conventions sont transparentes et non discriminatoires.

Article 11

Le Conseil ne comprend ni l'objectif ni l'utilité des paragraphes (3) et (4) qui suivent :

«(3) Un contrat entre le titulaire d'une autorisation prévue à l'article 7 et le client définit les modalités d'utilisation et de cession de la machine à affranchir et du cliché ou de la mémoire électronique, permettant de générer les empreintes d'affranchissements.

(4) Tout titulaire d'une autorisation prévue à l'article 7 proposant des machines à affranchir doit remettre à l'Institut, avant sa commercialisation, un modèle d'empreinte. L'institut le rendra public sur son site Internet. «

On peut se demander pourquoi le contrat mentionné au paragraphe (3), expression de l'autonomie contractuelle, doit faire l'objet d'une disposition normative? Par ailleurs, l'obligation de soumettre un modèle d'empreinte pour approbation à l'ILR semble constituer une contrainte bureaucratique sans grand intérêt.

Au vu de ces considérations, le Conseil propose de supprimer les paragraphes (3) et (4), tout comme le paragraphe (1), qui relève également de l'autonomie contractuelle.

Article 13

Le Conseil n'arrive pas à comprendre ni l'objectif ni la signification de l'article 13 (4) qui est libellé comme suit :

« (4) D'autres formes de remise des envois postaux peuvent être autorisées par l'Institut. Ces formes sont à valider par contrat individuel entre parties. »

Selon le commentaire des articles du projet, sont visées ici les « formes de remise » telles que les boîtes postales, poste restante, contrats particuliers ... Est-ce à dire que l'ILR doit autoriser toutes ces « formes de remise » avant qu'elles ne puissent être offertes, mises en places et utilisées ? Le Conseil est d'avis qu'il s'agit d'une disposition contraire aux efforts de simplification administrative déployés par le gouvernement. Elle ne sert ni les intérêts des prestataires, ni des utilisateurs et constitue une restriction inutile de la liberté contractuelle.

C'est pourquoi le Conseil propose de supprimer le paragraphe (4).

Article 17

Le Conseil approuve avec soulagement que la commission parlementaire n'a pas retenu l'extension du SPU à 6 jours par semaine. Cette disposition n'a a priori pas d'influence sur les conditions de la concurrence dans le secteur postal. Le Conseil fait toutefois remarquer que l'obligation d'étendre le SPU à six jours par semaine aurait des répercussions indirectes. En effet, cette extension a un coût. Ce coût est estimé à quelque 9 millions d'euro par an. Comme le projet de loi sous avis prévoit que les coûts nets du SPU soient répartis sur tous les prestataires postaux à travers un fonds de financement du SPU, le coût du SPU affecte tous les prestataires de services postaux. Toute extension du SPU constitue, de ce fait, sur le plan financier, une barrière à l'entrée au secteur des services postaux.

Articles 20 - 21

La commission parlementaire a procédé à la suppression de l'ancien article 24 et conféré à l'article 25 la teneur suivante :

« Art. 20. (1) Lorsque l'Institut constate que le prestataire désigné du service postal universel n'est plus en mesure d'assurer tout ou partie du service postal universel tel que défini à l'article 17, et en cas de défaillance des mesures imposées en vertu de l'article 36 sous a), il organise un appel d'offres pour la fourniture du service postal universel.

(2) L'appel d'offres peut porter sur tout ou partie des éléments du service postal universel, pour tout le territoire ou une partie seulement.

(3) L'appel d'offres se fait conformément à la réglementation applicable à la passation de marchés publics, y compris en recourant au dialogue compétitif ou aux procédures négociées avec ou sans publication d'un avis de marché, telle que prévue par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

(4) La mission de fourniture du service postal universel est confiée par l'Institut au prestataire de services postaux qui démontre la meilleure aptitude à la remplir. »

(5) Un appel d'offres pour la fourniture du service postal universel doit être organisé par l'Institut avant l'expiration du délai fixé à l'article 45 paragraphe 2

«Art. 21. Lorsque, par suite de l'appel d'offres, la mission de fourniture du service postal universel n'a pas pu être attribuée à un prestataire de services postaux, l'Institut peut imposer à tout prestataire de services postaux établi au Luxembourg et sur le marché du service en question l'obligation de contribuer à la mission du service postal universel. »

Le Conseil n'a pas d'objection à cette reformulation des articles 24 et 25 du projet de loi initial, qui lui semble plus cohérent et moins compliqué que la version originale.

Toutefois, le Conseil souhaite faire part de la réflexion suivante. Dans le cadre de l'article 7, toute entreprise du secteur des services postaux peut demander une autorisation pour fournir tout ou partie du SPU. Cette ouverture correspond bien à l'esprit de la directive qui prévoit que le SPU peut être assuré par un ou plusieurs prestataires et que chaque prestataire peut fournir tout ou partie des services du SPU. L'article 7 peut alors également servir à maintenir le SPU sans avoir à recourir à l'organisation d'un marché public. En effet, l'article 22 (3) du projet initial prévoit que le prestataire désigné en vertu de l'article 20 sous revue n'a pas droit à une compensation financière. Il est dès lors clair que l'appel d'offres organisé dans le cadre de l'article 20 sous examen ne sera pas couronné de succès.

Une façon plus simple et moins coûteuse d'assurer le maintien du SPU serait, par exemple, de remplacer les articles 20 à 21 par un article de la teneur suivante:

«Art. 20. (1) Avant l'expiration du délai fixé à l'article 45 (2) ou lorsque l'Institut constate que le ou les prestataires du service postal universel ne sont plus en mesure d'assurer tout ou partie du service postal universel tel que défini à l'article 17, et en cas de défaillance des mesures imposées en vertu de l'article 36 sous a), l'Institut désigne un ou plusieurs prestataires de services postaux universels parmi les prestataires ayant une autorisation dans le cadre de l'article 7 ou ayant fait une demande d'autorisation dans le cadre de l'article 7.

(2) La mission de fourniture du service postal universel est confiée par l'Institut aux prestataires de services postaux qui démontrent la meilleure aptitude à la remplir en veillant à ce que la prestation du service universel soit assurée intégralement.

(3) Si aucun prestataire de services n'est en possession d'une autorisation prévue à l'article 7 ou n'a introduit une demande d'autorisation dans le cadre de l'article 7, l'Institut peut imposer à tout prestataire de services postaux établi au Luxembourg l'obligation de contribuer à la mission du service postal universel. »

Article 22

«Art. 22. (1) Le prestataires auxquels l'Institut a imposé une obligation de service postal universel bénéficie, à sa demande, d'une compensation financière si l'Institut détermine, conformément à l'article 23, que cette obligation représente pour le prestataire une charge inéquitable. (...)»

Le Conseil comprend cet article dans le sens que seul le prestataire désigné en vertu de l'article 21 aurait droit à une compensation financière pour autant que l'obligation du SPU «*représente pour le prestataire une charge inéquitable* ».

Le Conseil ne saisit pas le bien-fondé de cette disposition. L'obligation du SPU peut générer des coûts du fait que le prestataire du SPU est obligé de fournir des services qui ne sont vraisemblablement pas toujours rentables. Le Conseil est d'avis qu'à chaque fois que l'obligation du SPU représente un coût net pour le ou un des prestataires du SPU, ce dernier a droit à une compensation – indépendamment de la manière dont il a été désigné. Le mode de désignation du prestataire du SPU n'a aucun lien avec le coût net occasionné par l'obligation du SPU.

Le représentant gouvernemental a expliqué devant la commission parlementaire qu'il s'agirait d'éviter qu'un prestataire pourrait demander une autorisation de fournir tout ou partie du SPU afin de pouvoir bénéficier d'une compensation financière. Or l'idée qu'un prestataire serait prêt à se soumettre aux contraintes d'un service universel non pas pour faire un bénéfice, mais pour se voir rembourser les pertes semble très peu réaliste. Au contraire, le caractère restrictif de l'article 22 devrait empêcher à lui tout seul qu'un prestataire pourrait envisager de demander une autorisation dans le cadre de l'article 7. En d'autres termes, l'article 22 vide l'article 7, et par ailleurs l'article 20, de sa valeur pratique.

Le Conseil estime donc que l'article 22 dans sa teneur actuelle porte une atteinte grave au développement de la concurrence dans le secteur postal, et il propose de le supprimer.

Article 23

L'article 23 (1) accorde au prestataire de SPU désigné en vertu de l'article 21 ou de l'article 45 la possibilité de calculer le coût net de l'obligation du SPU afin de pouvoir se faire dédommager. En se référant à son commentaire de l'article 22, le Conseil propose de reformuler l'article 23 (1), alinéa 1^{er}, de la façon suivante, formule qui s'inspire de l'article 7(3) de la directive :

« Art. 23. (1) Lorsque le ou un des prestataires du service postal universel estime que la fourniture d'un élément du service postal universel représente pour lui une charge, il a droit à une compensation financière à hauteur du coût net des obligations du service postal universel. »

Les dispositions restantes concernent la définition et le calcul du coût net, ainsi que la mission de vérification de l'ILR. Comme cet article traite du financement du service universel, il serait de l'insérer sous le titre VI, libellé « *Financement du service postal universel* ».

Articles 26 à 28

Ces deux articles concernent le financement du service postal universel. En vertu de l'article 26 (1), « *il est institué un fonds pour le maintien du service postal universel. L'Institut est chargé de le gérer (...)* ».

Bien que cela ne ressorte pas du texte du projet de loi sous avis, le Conseil présume que ce fonds est destiné à dédommager, par voie de répartition, le prestataire du SPU des pertes qu'il a encourues en satisfaisant aux obligations du SPU, au sens des « coûts nets » de l'article 23.

La directive prévoit dans l'article 7(3) deux possibilités pour ce dédommagement du prestataire du SPU :

« a) un mécanisme de dédommagement des entreprises concernées par des fonds publics; ou
b) un mécanisme de répartition du coût net des obligations de service universel entre les prestataires de services et/ou les utilisateurs; »

Le projet de loi a opté pour la deuxième solution, alors que celle-ci semble offrir un certain nombre de désavantages :

1. Les expériences dans les pays voisins ainsi que les résultats des différentes études effectuées dans les pays voisins, mais également dans le contexte spécifiquement luxembourgeois, sont très négatifs. Le Conseil se réfère sur ce point aux commentaires de la Chambre de commerce.⁷
2. La détermination des entreprises qui sont appelées à contribuer au fonds est difficile : quelles sont exactement les entreprises visées par l'article 26 (2) :

« (2) A l'exception du prestataire du service universel désigné, tout prestataire de services postaux relevant du service postal universel et de services pouvant être considérés comme des services relevant du service postal universel du fait qu'ils présentent un degré suffisant d'interchangeabilité avec celui-ci est tenu, le cas échéant, de contribuer au fonds pour le maintien du service postal universel. »

Comment évaluer si le « degré d'interchangeabilité » est suffisant ? Est-ce que les entreprises visées à l'article 6 sont concernées ou pas ? Il a été expliqué devant la commission parlementaire qu'uniquement les prestataires de services postaux universels seraient mis à contribution, mais que les prestataires de courrier express, par exemple, offriraient des services avec un degré suffisant d'interchangeabilité pour pouvoir être obligés à contribuer au fonds. On voit facilement le potentiel conflictuel qui est créé par cette disposition.

⁷ Avis de la Chambre de Commerce, p.12 :

« Dans ce contexte, il est sans doute également utile de se référer aux expériences étrangères en matière de calcul du coût net du SPU et de la compensation du déficit y afférent. En Belgique, une analyse du cabinet de consultance KPMG intitulée „Analyse de la méthode de calcul des coûts du service universel» a notamment conclu que la directive 2008/6/CE „[...] stipule qu'il faut comparer le coût net du prestataire désigné du service universel avec celui du même prestataire sans obligations de service universel. La Poste [belge] déclare que ce calcul est actuellement impossible étant donné que cela nécessite un autre modèle commercial. Par conséquent, [KPMG Advisory] [...] ne peut pas se] prononcer sur le coût net du service universel pour lequel il a été tenu compte de l'application de ce principe“. Le législateur belge, voulant initialement mettre en place un mécanisme de compensation similaire à celui envisagé par le projet de loi sous rubrique, a entre-temps décidé d'abandonner l'idée d'instituer un tel fonds. Ainsi, le prestataire du service postal universel sera dédommagé du coût net des obligations du service universel par voie d'aides étatiques, expressément autorisées par la directive 2008/6/CE.

D'après les informations de l'EPT, la France a également abandonné la piste du fonds de compensation et en Italie „l'échec fulminant [du] fonds de compensation est illustré par le niveau ridiculement faible de recettes (111.000 euros en 2005) face à un coût du service universel avoisinant les 300 millions d'euros. Cet exemple concret démystifie le concept du fonds de compensation, intéressant d'un point de vue théorique, mais problématique et inefficace lors de son application pratique“. L'EPT cite d'ailleurs, dans le contexte de l'instauration d'un fonds de compensation, solution qu'elle qualifie de „particulièrement inefficace“, une enquête mandatée par la Commission européenne et effectuée par le cabinet PricewaterhouseCoopers en vertu de laquelle un „compensation fund is a possibility, but such funds have many efficiency problems, and it is not clear that they would work well in the Luxembourg context“. D'autres études et expériences étrangères, notamment au Royaume-Uni, ont également déploré le caractère inefficace d'un tel mécanisme de compensation. »

3. Le calcul du coût net à opérer par le prestataire du SPU donnera toujours lieu à discussion, en dépit de toutes les précautions contenues dans le projet de loi au niveau de la méthode de calcul, de la séparation comptable, de la « *comptabilité interne* » du prestataire du SPU, de la vérification du calcul par un cabinet externe et par l'ILR... En effet, il n'existe pas de méthode « objective » pour un tel calcul. Les paramètres de la comptabilité interne offrent toujours une marge d'appréciation, par exemple au niveau de la clé de répartition des coûts communs. De même, le calcul des coûts nets du SPU reposent toujours sur des hypothèses controversées et invérifiables.
4. Le coût net de l'obligation du SPU est élevé. Selon les résultats d'une étude d'expert effectué pour le compte du Conseil en janvier 2012, ce coût se situait entre 10 et 22 millions d'euro par an pour chaque année de 2001 à 2009. En outre, la répartition du coût net sur les autres entreprises du secteur ne fournit aucun encouragement au prestataire du SPU pour contrôler ses coûts, améliorer son efficacité et réduire le coût net du SPU. Au contraire, plus le prestataire est inefficace, plus le coût net de l'obligation de SPU sera important, plus la compensation que doivent fournir les autres entreprises sera élevée, plus la position concurrentielle du prestataire universel s'en trouvera renforcée. Un tel système de compensation crée de fausses incitations à l'égard du prestataire du SPU. Il est de nature à générer de puissantes barrières à l'entrée des marchés des services postaux et à anéantir le développement de la concurrence dans ce secteur, au détriment des utilisateurs finaux et du bien-être public.
5. Le Conseil se permet de faire remarquer que les barrières au développement du service postal qui résultent notamment de cet article risquent d'être perçues comme entrave aux efforts entrepris par le gouvernement pour encourager le développement d'un centre logistique à Luxembourg.
6. Finalement et surtout, l'instauration d'un tel fonds est critiquable sur le plan de la logique. En effet, l'obligation du SPU est une exigence formulée par le gouvernement luxembourgeois en accord avec les gouvernements des Etats membres de l'Union européenne. Ce n'est pas une exigence des entreprises du secteur postal. De même, sa finalité correspond à un objectif de politique sociale, d'équité et de bien-être social. Puisque son bénéfice revient à la collectivité et non pas aux entreprises du secteur, c'est la collectivité qui devrait en assumer le coût.

Compte tenu de l'ensemble de ces arguments, le Conseil propose que le coût net du SPU soit compensé par des moyens publics et que les articles 26 à 28 soient remplacés par un nouvel article libellé comme suit :

« Le dédommagement des prestataires du service postal universel est pris en charge par le budget de l'Etat ; son montant est basé sur le coût net calculé en vertu de l'article 28 et résulte d'une négociation entre le gouvernement et les prestataires concernés. »

Le Conseil souhaite également faire remarquer que l'article sous examen omet de mentionner que les avoirs du fonds sont destinés à compenser (à quelle périodicité?) le prestataire SPU, et de définir la procédure de désignation des prestataires soumis à contribution.

Article 29

Cet article est repris de la loi du 15 décembre 2000 à abroger, mais le sens du paragraphe (3) libellé comme suit lui échappe :

Art. 29 (3): (...) Lesdits tarifs (...) s'appliquent, tout comme les conditions y afférentes, de la même manière tant dans les relations entre les tiers que dans les relations entre les tiers et le prestataire du service postal universel fournissant des services équivalents. Tous ces tarifs sont à la disposition des particuliers utilisant les services postaux dans des conditions similaires.

Comment les tarifs du prestataire du SPU peuvent-ils s'appliquer dans les relations entre des tiers? Si les « tiers » désignent d'autres prestataires de services postaux ou des utilisateurs finals, est-ce à dire que ces prestataires doivent appliquer les tarifs du prestataire du SPU ? Cette solution serait incompréhensible et contraire à toute idée de concurrence.

Comme par ailleurs ce paragraphe ne contient pas de dispositions qui ne se retrouvent pas déjà dans les paragraphes (1) et (2), le Conseil propose de supprimer le paragraphe (3).

Article 32

Cet article décrit les principes qui doivent régir la comptabilité interne du prestataire du SPU. Quoiqu'il s'inspire du texte de la directive, notamment le paragraphe (2) est largement incompréhensible. Il serait sans doute plus économe et aussi efficace de le supprimer, d'autant plus que le paragraphe (1) retient déjà l'idée que « *cette comptabilité interne se fonde sur l'application cohérente des principes de la comptabilité analytique* » et que, de toute façon, le paragraphe (3) autorise également, sous conditions, « *d'autres systèmes de comptabilité analytique* ».

Article 45

Cet article désigne le prestataire du SPU actuel, l'Entreprise des P&T, comme prestataire pour sept ans à partir de l'entrée en vigueur de la loi sur les services postaux. Pour la bonne forme, il conviendrait d'ajouter la phrase:

« *D'autres prestataires de services postaux peuvent demander une autorisation de prestataire de services postaux universels selon les dispositions de l'article 7.* »