

Tous les courriers mènent à Rome

La fin d'un monde : les États de l'Union européenne seraient-ils tous coupables d'abus de position dominante, lorsqu'ils exercent des monopoles postaux ? Le droit communautaire est plus subtil : en remplaçant la notion de service public par celle d'activité économique d'intérêt général, il offre aux entreprises publiques la possibilité de concurrencer les opérateurs privés sur des secteurs rentables pour sauvegarder sa vocation de service universel.

La Poste saura-t-elle jouer cette carte pour sortir de sa chrysalide ?

par Marie-Anne Frison-Roche
Université de Paris IX-Dauphine,
Directeur de l'Institut de droit
économique, fiscal et social

Longtemps protégé par son auréole de service public, le service postal n'est pas épargné par la tourmente qui secoue les entreprises publiques sous l'aiguillon du droit communautaire. En batailles successives, nous vivons l'entre-deux, entre une théorie de l'Etat déclinante et une théorie du marché libéral triomphante. Pour La Poste, cela pourrait être un bain de jouvence plutôt que le linceul que certains redoutent. "La Poste, service public". Et tout est dit. Pendant des décennies, l'affirmation a suffi à elle-même, constituant comme

une auréole pour l'organe assujéti à cette noble tâche de donner à chacun la possibilité de faire acheminer dans un délai et pour un prix raisonnables un courrier ou un objet. La qualification impliquait que cette activité soit à la charge exclusive d'une personne de droit public, disposant pour ce faire de pouvoirs exorbitants du droit commun et régnant sans partage sur l'activité ainsi sacralisée. La qualification de service public et le régime à la fois lourd et privilégié assorti étaient d'évidence et n'avaient guère eu besoin de se justifier a priori : le lien entre service public, personne publique et situation monopolistique était naturel.

Un service économiquement déficitaire

Mais, aujourd'hui, cette évidence se dissipe et dans les esprits et dans les faits. On s'aperçoit que cette façon de voir dépendait de bien de présupposés dont on est en train de se détacher. Ce n'était qu'un point de vue. En effet, pour entonner sans faillir cet hymne au service public et à ses conséquences, chant dont La Poste fut un des plus anciens hérauts, il faut encore admettre que l'individu puisse obtenir de l'Etat la prise en charge des prestations minimums, que l'Etat en soit le débiteur, que l'individu ne puisse en bénéficier par le biais d'une autre organisation économique, etc.

C'est par une confrontation dialectique entre des principes politiques et des considérations économiques que se construit un tel raisonnement. En effet, si l'on doit pour une somme d'argent d'un montant raisonnable fournir à chacun un service qui, nécessairement, excède parfois dans son coût ce qu'il rapporte, citons en exemple le timbre au tarif uniforme même lorsque la lettre doit parvenir dans des lieux escarpés, l'activité est donc économiquement déficitaire. Il est vrai que, concernant ce dernier exemple, l'Etat s'est toujours servi du prix du timbre

comme prix d'ajustement de gestion de La Poste, mais l'exemple demeure exact du point de vue micro-économique. Dès lors, au regard du bénéficiaire de la prestation, pour qu'elle ne puisse jamais être déficitaire, il faudrait soit moduler l'argent demandé selon le coût de la prestation, somme qui prendrait alors la qualification de prix, soit supprimer la fourniture lorsque son prix de revient est trop élevé.

Mais cela exclut dans le premier cas les personnes qui n'ont pas un pouvoir pécuniaire suffisant et dans le second cas les personnes qui sont matériellement difficiles à atteindre. Or - et voilà l'argument politique - la notion de service public implique cette fourniture universelle. Donc, conclusion du syllogisme, l'Etat, et lui seul, doit prendre en charge cette activité en compensant le déséquilibre financier par les ressources fiscales. Une entreprise privée, dont la rationalité économique ne l'incite qu'à maximaliser son profit, ne pourrait procéder de la sorte. Nous ne pouvons ainsi attendre que de l'Etat, à travers l'organisation monopolistique de La Poste, cette fourniture à chacun, grâce à une couverture territoriale exhaustive, une péréquation tarifaire et un financement public.

Il s'agit là d'un raisonnement séculaire. Mais l'on mesure que ce syllogisme ne tient qu'appuyé sur les prémisses de la théorie de l'Etat. Il devient proprement incompréhensible si l'on adopte comme point de départ la théorie du marché libéral. En effet, à travers ce dernier prisme, on n'aperçoit que des acteurs économiques sur un marché. La structure interne de ces derniers, administration, entreprise publique ou privée notamment, n'a pas de pertinence dans la conception atomistique que s'en est faite la théorie classique. Ainsi, il existe un "marché postal" - il est remarquable que le sommaire du présent numéro sur le service postal ait mis en exergue cette expression. Dès lors, sa première vertu devrait être son caractère concurrentiel, afin que se dégage spontanément le meilleur prix pour le meilleur produit possible. Or,

part, leur seul droit est de saisir la Postal Rate Commission ou de témoigner lors de ses audiences. Et il doit s'agir effectivement d'un cas unique. Dans la plupart des autres services publics, ce sont les Etats qui exercent le contrôle principal. Dans le cas de l'électricité, par exemple, les compagnies sont soumises au contrôle des Etats pour tout ce qui concerne la production, le transport au sein d'un même Etat, et la distribution d'électricité. Ce n'est que pour le transport d'un Etat dans un autre qu'intervient le contrôle de la Federal Energy Regulatory Commission. Dans le cas du téléphone, les entreprises chargées des communications locales ne sont pas les mêmes que celles qui assurent les communications à longue distance. Mais elles sont toutes contrôlées à la fois par les Etats et par la Federal Communication Commission. Les premières sont bien entendu soumises au contrôle des Etats où elles opèrent, mais la Federal Communication Commission intervient sur les tarifs qu'elles appliquent pour les accès aux réseaux de communication à longue distance à partir des réseaux locaux. Les secondes, comme ATT ou NCI, sont soumises au contrôle de la Federal Communication Commission, mais également à celui des Etats puisqu'elles assurent les communications, dites à longue distance, au sein de chaque Etat. Le cas très particulier de la poste américaine s'explique par le fait qu'elle est restée longtemps un département ministériel qui, en tant que tel, ne dépendait que du gouvernement. En général, les services publics sont assurés par des entreprises privées, qui sont soumises au contrôle aussi bien des autorités territoriales (le plus souvent, les Etats) que des commissions fédérales.

Le monopole sur le courrier aux Etats-Unis couvre une zone géographique équivalente à celle de l'Union européenne toute entière. Y-a-t-il aux Etats-Unis des évolutions en cours visant à réduire ce monopole ?

Les concurrents potentiels exercent une forte pression pour briser ce monopole, mais à court terme, ils ont très peu de chances d'y parvenir car les syndicats s'y opposent fermement. En tant que fonctionnaires, les personnels de la

poste américaine n'ont pas le droit de grève, mais ils sont soumis à ce que nous appelons le "binding arbitrage", c'est-à-dire à une procédure d'arbitrage dont les conclusions s'imposent à toutes les parties, à la direction comme aux personnels. Cette obligation permet d'éviter les situations de blocage conflictuel. Or, face à cette commission d'arbitrage, les différentes parties fournissent des informations et des statistiques différentes pour justifier leurs positions respectives, et les arbitres ont beaucoup de mal à faire la part des choses et ont tendance à prendre des positions moyennes. Au fil des années, les syndicats ont ainsi réussi à obtenir des niveaux de salaires de l'ordre de 20 % au-dessus des conditions du marché ! Il faut dire que le contrôle de la Postal Rate Commission qui consiste à ajuster les tarifs sur les dépenses, quelles que soient ces dépenses, n'incite pas les dirigeants à se battre pour maintenir un niveau raisonnable de salaires. Si la poste américaine n'était plus protégée par son monopole, elle ne pourrait plus maintenir des niveaux de salaires aussi élevés. Et compte tenu de la puissance des syndicats au Congrès, il sera très difficile d'aller de l'avant dans ce secteur.

Ces syndicats sont-ils réellement plus puissants qu'ATT autrefois ?

Vous savez, les syndicats des services postaux américains représentent plus de six cent mille agents ; ils contrôlent donc, directement ou indirectement, près de deux millions d'électeurs. Beaucoup d'eau coulera encore sous les ponts avant que les propositions de changement qui sont faites ici ou là, ne débouchent effectivement. Pourtant une pression concurrentielle dans ce secteur serait tout à fait souhaitable. L'exemple des compagnies aériennes montre qu'une dérégulation peut déboucher sur des réductions de prix importantes pour l'utilisateur final.

Certes, mais la messagerie (service des colis) est un secteur dérégulé aux Etats-Unis, et pourtant une compagnie privée, UPS, dispose d'un monopole de fait, ce qui, du point de vue économique, revient pratiquement au même.

Vous avez tout à fait raison. Dans presque tous les pays du monde, les services postaux sont déficients dans la messagerie, et aux Etats-Unis, ils n'ont pas dix pour cent du marché. Sauf erreur de ma part, UPS doit atteindre 90 % du marché de la messagerie. Dans ce secteur, UPS est mieux organisé et offre une bien meilleure qualité de service que la poste. Et la Postal Rate Commission, en contrôlant les prix des services postaux, fournit une limite supérieure aux tarifs pratiqués par UPS, et exerce ainsi indirectement son contrôle sur l'ensemble de la messagerie.

Que pensent les américains des évolutions réglementaires du secteur postal en Europe ?

J'avoue que, pendant longtemps, personne ne se souciait de ce qui se passait en Europe. Mais cette situation a commencé à changer en 1977, quand les Anglais ont lancé leur programme de privatisation des services postaux. Les Anglais ont été les premiers à mettre en place un contrôle par Price Cap, selon lequel l'opérateur est libre de modifier ses tarifs tant qu'ils restent, en moyenne, en dessous d'une limite supérieure définie contractuellement pour des périodes de cinq ans. Cette expérience est suivie avec un grand intérêt aux Etats-Unis. En outre, nous ressentons que ces phénomènes de dérégulation se propagent d'un pays à l'autre de façon un peu irrésistible. Nous ne pouvons donc pas nous désintéresser de ce qui se passe en Europe. Enfin, plus récemment, d'autres expériences européennes ont été riches d'enseignements, notamment le repositionnement pratiqué par les postes hollandaises aux dépens des postes des autres pays. Les mesures que vous êtes en train de prendre (meilleur contrôle des trafics transfrontaliers, remise à niveau des frais terminaux) vont dans le bon sens pour limiter ces pratiques déloyales. Nous estimons d'ailleurs que ces évolutions sont à mettre au bénéfice de la concurrence. En effet, dans une certaine mesure, la concurrence des postes hollandaises a aidé les pays de l'Union européenne à améliorer l'efficacité globale du système, et nous en bénéficierons tous. ●



le monopole l'exclut et la péréquation tarifaire est injuste au regard de la loi du marché.

Etat et marché libéral

Deux logiques s'affrontent alors. Le degré élevé de leur cohérence interne respective rend leur opposition, celle de l'économie contre le politique, plus radicale encore. Entre Etat et marché, faudrait-il choisir ? S'il doit y avoir un rapport de force conceptuel, l'Etat n'est sans doute pas à son avantage. En effet, la philosophie de l'Etat, cette personne incommensurable, ce Dieu laïc menant le destin des hommes et concrétisant une rationalité que l'individu doit servir, desserre petit à petit sa domination sur la réalité et lâche prise. La faillite de la pensée marxiste, lorsqu'elle prétendit non plus décrire les rapports sociaux mais les modeler par un "tout-service public", accéléra la déconsidération et l'affaiblissement du mythe étatique. Celui du marché libéral, précisément né dans l'histoire des idées afin de dispenser de recourir au politique pour fonder l'organisation sociale, quant à lui prospère, voire tend au monopole de la pensée apte à constituer la réalité. Ainsi la théorie du marché a vocation conceptuelle à

engloutir l'Etat, à le constituer en tant qu'acteur économique ordinaire, à récuser sa rhétorique collectiviste et à s'offusquer de son comportement aisément abusif. Mais naguère les deux conceptions de l'activité en question se contentaient de se regarder en chiens de faïence. Aujourd'hui, le droit communautaire, qui ne se fonde pas sur un quelconque super-Etat et qui assure le respect et la promotion du principe d'une économie de marché ouverte à la concurrence, donne vie au conflit.

Pourtant, pendant des décennies, les articles du traité de Rome susceptibles d'être appliqués aux services publics en général et au service postal en particulier sont restés en jachère. Cela tient sans doute au fait que la dimension politique de la Communauté européenne a été débattue puis ouvertement récusée lorsque cette dernière se constituait : sa fin est économique, la prospérité ayant vocation à accroître le bonheur de chacun, dans une définition matérielle de l'épanouissement de l'être humain. Or, s'attaquer aux services publics nécessite une assurance politique que la Communauté n'a acquise que récemment. Il ne faut pourtant sous-estimer ni la dimension politique de la théorie du marché, alternative au contrat social, ni la potentialité spécifiquement politique du traité de Rome.

Cette potentialité se révèle au gré des institutions communautaires qui ont la puissance d'interpréter les règles de droit et d'adopter les normes dérivées. En effet et en premier lieu, les textes ne deviennent effectifs que par les décisions, les arrêts, les déclarations interprétatives qu'en font la Commission des Communautés européennes, le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes : le pouvoir normatif se loge dans les décisions d'applications qui, par l'interprétation qu'elles opèrent des textes, créent en réalité le droit.

En outre et en second lieu, le traité de Rome avalise la production de normes dérivées adoptées unilatéralement par les organes communautaires, telles les règlements ou les directives, qui façonnent, voire submergent le droit communautaire primaire.

Le droit communautaire

Ainsi, des décisions juridictionnelles et des textes de droit dérivé ont récemment formulé des règles concernant les services publics. Le service postal, quel que soit l'Etat membre considéré, allait en faire l'expérience. Ce fut tout d'abord sur le terrain du droit commun, à travers la prohibition des ententes par l'article 85 du traité et celle des abus de position dominante par l'article 86. L'entente est un accord entre plusieurs acteurs économiques qui a pour fin de bloquer à leur profit le jeu concurrentiel. Elle peut porter sur les prix, opérer un partage des contrats, organiser une segmentation du marché, etc. L'abus de position dominante consiste pour un acteur économique qui occupe une place prédominante sur un marché d'en tirer profit pour échapper à la loi du marché, par exemple en imposant de fait ses prix. C'est ce dernier reproche qu'encourent plus aisément les services publics, dans la mesure où leur situation monopolistique les met nécessairement en position dominante. On est allé jusqu'à soutenir qu'ils en abuseraient automatiquement.

En outre, l'origine légale du comportement et notamment l'organisation réglementaire du fonctionnement de l'administration ou de l'entreprise

publique en charge d'un service public, ne constitue pas un fait justificatif. En effet, la primauté du droit communautaire sur le droit interne oblige tout juge, fut-il le juge le plus ordinaire, à refuser toute effectivité à la norme française pour résoudre le litige dont il est saisi, dès l'instant qu'il constate une contradiction entre une norme communautaire et cette norme interne, cette dernière fut-elle postérieure. Certes, la loi française n'est pas annulée mais elle ne s'applique plus au cas considéré et ne peut constituer un bouclier juridique pour l'organe mis en cause par le droit communautaire. Plus encore, c'est l'Etat, en tant qu'il réglemente l'activité considérée, qui sera indirectement sanctionné pour avoir organisé une pratique anticoncurrentielle.

Ainsi, l'état se resserre. C'est à ce titre que la Cour de justice des Communautés européennes a considéré, par l'arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 12 février 1992, que la loi postale de ce pays étendant le monopole des PTT au service de messagerie rapide ne pouvait légitimer un tel abus de position dominante.

C'est bien alors à un phénomène d'encercllement auquel on assiste. En effet, ce sont sur les marchés connexes et rentables que la contestation se porte. Les entreprises privées n'entendent pas remettre en cause le monopole relatif aux activités déficitaires, laissant le soin du bien public à l'acteur public, mais elles querellent pour obtenir droit de cité dans les secteurs d'activités lucratives, les services de messagerie rapide en étant un bon exemple. Les entreprises privées proposent ainsi un partage qui ressemble fort à un marché de dupe. Certes, les économistes cherchent à calculer la charge d'accès que ces acteurs privés devraient alors assumer pour bénéficier du réseau d'infrastructure que l'acteur public construit et fait fonctionner.

Concernant les services publics, cela pose d'autant plus de difficulté que l'Etat ne peut plus puiser à fonds perdus pour financer ces strictes activités de service public. Une politique de restriction des dépenses et de stabilisation des prélèvements fiscaux le conduit à demander à ses entreprises publiques d'équilibrer elles-mêmes leurs

dépenses et leurs recettes. Leur présence sur des marchés connexes libérée de l'obligation de service universel pourrait le permettre. En outre, les principes de l'activité économique libérale ont été instillés dans les entreprises publiques, développant une agressivité commerciale nouvelle. Il est vrai que cet épineux problème ne concerne pas directement le service postal dans la mesure où cette entreprise publique dispose tout à la fois d'une autonomie financière et d'un équilibre budgétaire. Si la question devait être soulevée, ce serait plutôt celle des aides financières indirectes que l'établissement de La Poste offre, d'une façon plus ou moins forcée, à l'Etat.

Bain de jouvence ou linceul ?

Il demeure que, d'une façon générale, est alors entré en activité l'article 90 du traité de Rome, ainsi qu'on le dit d'un volcan. L'article 90-2 dispose que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement de la mission particulière qui leur a été impartie. L'avenir des services publics est dans ces lignes et c'est à propos du service postal que le feu a été ouvert. Par un arrêt retentissant, Corbeau, en date du 19 mai 1993, la Cour de justice des Communautés européennes a passé au crible la situation monopolistique de la régie des postes belge. Dès l'instant que le monopole conféré par la loi ne se justifie pas par la prise en charge d'un service de base et ne peut s'appuyer directement sur cet intérêt économique général qui est une sorte de version communautaire du service public, il doit être légitimé par la nécessité d'un équilibre financier global qui permet dialectiquement l'activité première du service universel.

La doctrine juridique s'en est beaucoup émue, dans des chroniques de la mort annoncée des entreprises publiques, requiem de cette organisation de l'Etat pour laquelle nous ne pourrions plus

avoir que le luxe de la nostalgie. Le service postal tel qu'on l'a connu va-t-il disparaître corps et biens, en espérant que les cendres pourront faire renaître une nouvelle organisation, la situation de la poste italienne inspirant quelque inquiétude à ce titre ?

Il est certain que le vent du boulet siffle encore. Mais il ne s'agit pourtant pas des boulets rouges qu'on a parfois évoqués. Le service public postal, avec sa cohorte de droits exclusifs, n'est pas condamné en lui-même. Il s'agit plutôt d'une charge de preuve nouvelle : si la personne - quelle que soit sa structure juridique - en charge d'un service de base démontre que les droits exclusifs dont la loi nationale la gratifie sont proportionnés à sa mission et se justifient, même sur des marchés connexes à vocation concurrentielle, par un équilibre financier qui l'autorise à satisfaire sa charge première de service universel, alors le droit communautaire, loin d'entamer sa situation exorbitante, la confortera.

Certes, l'Etat n'a pas coutume de rendre de semblables comptes et la preuve est complexe à rapporter. Le droit romain posait déjà que n'avoir pas de droit ou ne pouvoir prouver son droit constituent une situation identique pour l'intéressé. Et l'objet de la preuve est ici particulièrement difficile à cerner et à établir car on ne sait définir précisément ce qu'est le "produit postal" et à partir de quel moment on passe techniquement, voire sociologiquement, du stade de l'amélioration ou de l'assouplissement d'un produit à l'avènement d'un autre produit. Mais c'est l'avènement d'une nouvelle légitimité qui s'offre ainsi de force à lui. Dépourvu désormais d'une rationalité politique a priori, l'Etat, ses démembrements, les entreprises qui lui sont liées, son cœur et ses ramifications, a ainsi, au pas de charge, la possibilité d'acquiescer une légitimité a posteriori, par la démonstration de sa performance et de sa prise en charge effective et démontrée du bien public. Fondamentalement et paradoxalement, le droit communautaire peut permettre à un service public refondé de sortir de sa chrysalide et de rencontrer une nouvelle adhésion sociale. La Poste semble bien placée pour en donner l'exemple. ●