

La régulation du marché postal en France

AMÉLIE BEAUX

Doctorante, Université Paris Ouest – Nanterre La Défense (Paris X)

La régulation représente une notion difficile à définir au niveau européen car cette technique *sui generis* dépend de la conception que chaque État a de l'action publique (par exemple, en Grande-Bretagne, la technique penche davantage vers l'autorégulation¹). L. Calandri prend en tout cas partie pour la doctrine selon laquelle la régulation serait une fonction qui renverrait à une mission de service public². En effet, l'activité de régulation étant confiée initialement à une personne publique (qui la délègue ou se fait accompagner dans sa mission par des personnes privées) et consistant en la réalisation d'un but d'intérêt général, il s'agirait bien d'une activité de service public.

La régulation de marché, notion plus concise, renvoie à « un choix méthodologique » de politique économique³ qui s'échelonne dans le temps, de la formation du projet politique, en passant par sa mise en œuvre, jusqu'au suivi de son évolution, avec deux mots d'ordre : équilibre et efficacité. Ainsi, la régulation de marché correspond à l'ensemble des moyens d'action publique sur un secteur donné en vue d'y atteindre certains équilibres et de les maintenir. Cette régulation trouve son origine dans la libéralisation imposée par l'Union européenne des secteurs en réseau anciennement sous monopole de l'État (énergie, télécommunications, transports et poste).

¹ G. RAMEIX, « L'expérience française du contrôle du régulateur », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz, coll. Droit et Économie de la régulation, 2004, p. 38.

² L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2008, pp. 499 et s.

³ Y. GAUDEMET, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 13-16.

Pour autant, la libéralisation d'un secteur en réseau n'engendre ni déréglementation du secteur, ni autorégulation⁴ ou régulation par le marché seul⁵. Au contraire, libéraliser implique en effet d'organiser les conditions d'émergence de la concurrence⁶, de « réguler » le marché. Et cette finalité n'est pas poursuivie par la seule autorité de régulation. En effet, l'activité des instances de régulation ne représente qu'un seul mode de régulation économique parmi d'autres. Car il existe une pluralité de « circuits de régulation »⁷, des « foyers multiples » de régulation⁸.

Si la régulation de marché regroupe des principes communs, chaque marché revêt ses spécificités et nécessite une régulation qui lui est propre.

Le secteur postal revêt un enjeu économique et social majeur, particulièrement en France où La Poste est le premier employeur public après l'État et où le secteur concerne le premier réseau de proximité sur le territoire. Sa spécificité réside aussi dans le fait que le service postal est très ancien (la poste aux chevaux a été créée par Louis XI autour de 1476), cette ancienneté justifiant peut-être l'attachement particulier des français à leur opérateur historique postal. Mais surtout, contrairement aux autres réseaux à composante essentiellement matérielle, le secteur postal renvoie à un réseau à dimension principalement humaine (à travers la personne du facteur). La régulation de ce secteur apparaît alors plus « complexe » à mettre en œuvre que dans les autres réseaux qui, composés par des éléments principalement matériels, semblent naturellement plus enclins à être gérés par de simples règles techniques. En outre, le secteur postal, comparé aux autres secteurs, n'est soumis qu'à un très faible degré de concurrence, cette dernière se développant avec une lenteur inégalable, ce qui accroît la difficulté de mise en œuvre de la régulation sectorielle.

⁴ L'autorégulation renvoie à l'adoption de règles par les acteurs eux-mêmes, une « *autodiscipline* ». Voir J.-P. TEYSSIER, « L'autodiscipline de la publicité : une expérience reconnue d'autorégulation en France et en Europe », dans M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz, 2007, p. 125.

⁵ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., p. 87. En outre, Gérard Cornu énonce que la régulation vise « le bon fonctionnement d'un marché ouvert à la concurrence mais non abandonné à elle ». Voir « Régulation », sens c), in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2007, p. 792.

⁶ La régulation se produit alors « dans l'esprit d'un libéralisme "organisé" », lequel « vise à créer les conditions-cadre [...] permettant au libre jeu de la concurrence de s'installer » : voir expressions dans I. BOURGEOIS, « La libéralisation du marché postal allemand : entre service public et marché », in I. BOURGEOIS (dir.), *Allemagne 2001. Regards sur une économie en mutation*, L'Économiste, CIRAC (Centre d'information et de recherche sur l'Allemagne contemporaine ; Université de Cergy-Pontoise), 2001, disponible sur : http://www.cirac.u-cergy.fr/colloques_etudes_wp/wp2poste.pdf, pp. 1 et 10.

⁷ J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 845.

⁸ *Ibidem*, p. 846.

Néanmoins, tous les secteurs en réseau ont en commun de se voir régulés selon un schéma globalement similaire.

D'abord, la régulation naît de la réglementation générale adoptée par les pouvoirs publics. Les trois directives européennes postales de 1997⁹, 2002¹⁰, et 2008¹¹ ont été transposées successivement par les lois de 1999¹², 2005¹³ et 2010¹⁴. La réglementation émane ainsi du législateur européen et fait ensuite l'objet d'une transposition par les pouvoirs législatif et réglementaire français. Les pouvoirs législatif et réglementaire sont donc des « régulateurs », avant même que l'Autorité Administrative Indépendante (AAI) chargée du secteur n'intervienne dans le processus de régulation. D'ailleurs, la loi postale du 20 mai 2005 s'intitule « loi relative à la régulation des activités postales ». Or, comme le note L. Calandri (bien qu'elle ne conçoive la régulation que comme une partie de l'activité des autorités de régulation¹⁵), le législateur y fait référence aussi bien aux pouvoirs du ministre¹⁶ qu'à ceux de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)¹⁷, et ce, « sans individualiser un quelconque “pouvoir de régulation” ».

Ensuite, la régulation implique évidemment la participation de l'AAI de régulation, afin de garantir – notamment – l'application de la réglementation générale.

Par ailleurs, divers « juges de la concurrence », à savoir les autorités juridictionnelles françaises ou européennes, de même que l'Autorité De La

⁹ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive n° 97/67/CE du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, *JOUE* L 5 du 21 janvier 1998, pp. 14-25.

¹⁰ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive n° 2002/39/CE du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, *JOUE* L 176 du 5 Juillet 2002, pp. 21-25.

¹¹ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive n° 2008/6/CE 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, *JOUE* L 52 du 27 février 2008, pp. 3-20.

¹² Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, *JORF* du 29 juin 1999, p. 9515.

¹³ Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, *JORF* du 21 mai 2005, p. 88225.

¹⁴ Loi n° 2010-123 du 9 février 2010, *JORF* du 10 février 2010, p. 2321.

¹⁵ En effet, L. Calandri énonce : « La régulation renvoie à une activité communément prise en charge par des organes, dits de régulation, précisément identifiés par le droit positif » et précise que « l'acte de régulation renvoie à un groupe d'actes inommés adoptés par l'ensemble des instances dites de régulation » : L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., p. 211.

¹⁶ V. chapitre 2 de la loi et l'article L. 4 CPCE.

¹⁷ V. article L. 5 et s. CPCE.

Concurrence (ADLC) française (même s'il ne s'agit pas d'une autorité juridictionnelle) interviennent dans le cadre de la régulation du secteur. Ces « juges » sont donc tout autant des acteurs de la régulation que l'Autorité spécifique de régulation.

Enfin, il convient de préciser que l'opérateur historique et donc La Poste elle-même constitue un personnage central du « théâtre » de la régulation. En effet, l'entreprise profite du cadre juridique qui lui est offert pour mettre en œuvre des stratégies de rationalisation économique afin de maintenir sa position dominante sur le marché. Et c'est donc aussi en partie de son rôle que dépend la pérennité du service postal pour des usagers qui figurent également sur la scène de la régulation.

Ainsi, s'il y a une seule Autorité de régulation (l'ARCEP), il y a de multiples « régulateurs » du secteur postal. Le terme « autorité de régulation » ne sert qu'à exprimer l'idée qu'un organisme spécifique va concourir à la régulation d'un secteur. La régulation est donc une « fonction partagée »¹⁸. P. Champsaur, ancien président de l'ARCEP, a pu illustrer cette idée par la distinction entre la « Régulation » (avec un grand « R ») et la « régulation » (avec un petit « r »). La première renverrait non seulement au cadre législatif et réglementaire gouvernant le secteur (directives, lois, décrets...) mais engloberait aussi, et entre autres, l'activité de l'autorité de régulation sectorielle¹⁹ ; tandis que la seconde ne concernerait que l'activité de cette dernière. La régulation, telle que nous l'envisageons, correspond à la première définition.

Si la pluralité de « régulateurs » participe aux difficultés d'identification du contenu de la régulation, viennent ensuite d'autres écueils : la complexité et l'« évolutivité » des nombreuses règles sectorielles, influencées non seulement par le droit public mais aussi par le droit privé (la « régulation » ne peut être définie abstraitement comme étant exclusivement « publique »²⁰, bien qu'elle le soit principalement) et le fait que la régulation puisse être *ex ante* ou *ex post* en fonction de la localisation du curseur dans le temps²¹.

¹⁸ G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, n° 7, 2006, p. 351.

¹⁹ Cette définition va dans le sens de celle retenue par C. Lemaire dans le cadre de l'un de ses analyses de 2007 : « nous entendons la régulation comme englobant à la fois la construction et l'ouverture de marchés et la surveillance de leur fonctionnement ». C. LEMAIRE, « Les autorités de marché : entre l'ombre et la lumière », *Concurrences*, n° 3, mars 2007, p. 13.

²⁰ Voir sur cette expression : L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 78.

²¹ Pour bien appréhender ces expressions, il est possible de se référer à une analyse de L. Benzoni qui compare la régulation à une instauration de contraintes destinées à encadrer la liberté d'entreprise et de commerce, laquelle « procède, au fond, du constat (décision *ex post*) ou d'une crainte (décision *ex ante*) que cette liberté ne produit pas l'équilibre souhaité ou souhaitable » ; L. BENZONI, « Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs : un point de vue économique »,

Néanmoins, le secteur postal n'étant pas le premier secteur en réseau à avoir été libéralisé, nous bénéficions des règles générales et connues de la régulation dans son aspect théorique, du *jus classicum*²², afin d'analyser le contenu spécifique de la régulation du secteur postal.

Exposer le contenu spécifique de la régulation du secteur postal implique, en premier lieu d'étudier les buts spécifiques de la régulation postale car « c'est avant tout par ses finalités qu'elle se définit »²³ (I). En second lieu, le contenu de la régulation doit être analysé compte tenu des instruments variés qu'elle met en œuvre au service des fins qu'elle poursuit (II).

I – LES FINALITÉS SPÉCIFIQUES DE LA RÉGULATION POSTALE

« L'idée de l'équilibre apparaît comme le trait saillant de la régulation »²⁴.

La régulation postale renvoie en pratique à deux objectifs : instaurer un mode d'intervention institutionnelle équilibrée sur le marché (1) et œuvrer comme moyen d'intervention matérielle équilibrant ce marché (2).

1) *Un mode d'intervention institutionnelle équilibrée sur le marché*

La libéralisation du secteur postal impose aux pouvoirs publics opérateurs sur le marché de parvenir à un compromis entre le tutorat (économie administrée), et le « laisser-faire » (libre jeu du marché). D'aucuns abordent l'idée d'une intervention à mi-chemin entre le « tout privé » et le « tout public ».²⁵ Toujours est-il qu'une

in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz, 2007, p. 43.

²² Voir expression dans M LOMBARD, « "*jus classicum*" : la régulation des activités postales », *RJEP*, n° 631, mai 2006, p. 181.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Voir G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, pp. 652 et s.

²⁵ Précisément, « le "tout privé", c'est-à-dire le marché seul, n'est pas capable de fournir les services publics que souhaitent conserver ou promouvoir les Français en termes de quantité, de qualité, de prix et de distribution. Le "tout public", c'est-à-dire la création de monopoles publics nationaux ou locaux pour fournir ces services, n'est pas davantage capable d'assurer la satisfaction des besoins des entreprises et des ménages ». Déclaration du Groupe de la coopération, in Conseil économique et social, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, Avis et rapport présenté par J.-A. Mariotti au nom de la section des économies régionales (Texte adopté le 11 janvier 2006), disponible sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000133/0000.pdf>.

nouvelle forme d'intervention est alors guidée par une recherche du « mieux d'État », soit « une position raisonnable entre le “tout État” et le “non État” »²⁶.

En effet, la jurisprudence européenne²⁷ considère que le fait, pour un opérateur économique d'être également l'autorité réglementaire qui édicte les règles du jeu sur le marché concerné (règles auxquelles ses opérateurs concurrents sont soumis), est contraire à l'interdiction des abus de position dominante. C'est pourquoi les textes européens de libéralisation sectorielle ont favorisé la séparation entre l'autorité réglementaire et les opérateurs historiques. L'article 22 de la directive de 1997 dispose : « Chaque État membre désigne une ou plusieurs autorités réglementaires nationales pour le secteur postal, juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux » (al. 1^{er}).

Or, jusqu'en 2005, le secteur postal français était réglementé par un membre du gouvernement : le ministre chargé des postes. La France était alors en infraction vis-à-vis de l'article 22 de la directive 97/67 et fut donc poursuivie pour manquement par la Commission européenne devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Mais avant que ce recours ne puisse aboutir à une condamnation, la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 *relative à la régulation des activités postales* est venue corriger ce manquement en créant l'ARCEP. Cette entité résulte simplement de l'adaptation de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART) au secteur postal par la loi. C'est donc l'ARCEP qui est désormais l'autorité de tutelle du secteur. Si cette autorité administrative est dite « indépendante », elle voit son émancipation limitée par le fait qu'elle n'ait pas de personnalité juridique propre et qu'elle doive tenir compte des orientations de la politique publique sectorielle²⁸, et rendre des comptes devant le législateur (le contrôle démocratique étant une contrepartie logique de l'octroi de son indépendance²⁹ et de son manque de légitimité, celle-ci ne tenant que par la délégation reçue des institutions procédant de l'élection)³⁰. Pour autant, ces « traces de dépendance »³¹ dans l'indépendance ne

²⁶ Déclaration du Groupe de la coopération, in Conseil économique et social, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, op. cit., p. I-42.

²⁷ Voir par exemple : CJCE, 13 décembre 1991, *RTT c/ GB-Inno-BM SA*, C-18/88, *Rec. I*, p. 5973 et CJCE, 27 octobre 1993, *Decoster*, C-69/91 *Rec. I*, p. 5267.

²⁸ Voir en ce sens : J. MARIMBERT, « Les conditions de l'indépendance comme facteur de légitimité », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, op. cit., pp. 83-84.

²⁹ L. BAUMSTARK, « Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », dans G. HENAFF (dir.), *Concurrence et services publics : enjeux et perspectives*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 74.

³⁰ M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, n° 10, 2005, pp. 530 et s.

sont pas incompatibles au regard des exigences de l'article 22 de la directive 97/67. En effet, il faut comprendre que c'est davantage l'indépendance de l'autorité réglementaire dans sa prise de décision, et donc son impartialité, qui doit être garantie que son indépendance institutionnelle. Or, il s'agit d'une autorité dont l'impartialité est globalement garantie³².

Juridiquement, l'État aurait pu éluder la difficulté en privatisant totalement l'opérateur historique, mais la solution d'une autorité de régulation indépendante lui permet de ne pas laisser le marché « livré à lui-même »³³, étant donné que les équilibres matériels à atteindre (v. *infra*) « ne peuvent advenir par les seules forces du marché ». En effet, « les entreprises privées peinent à prendre en compte l'intérêt général au regard du coût élevé des opérations induites »³⁴. Or, les services postaux devant être accessibles à tous, et dans des conditions optimales, l'État va devoir intervenir sur le marché afin de garantir cet accès dès lors que le marché à lui seul n'y pourvoit pas de façon satisfaisante. Cette incapacité de satisfaction peut être quantitative (notamment si le nombre de services offerts au public par les agents économiques est trop réduit) ou qualitative (par exemple si le prix du marché est trop élevé compte tenu des exigences sociales d'accès au service). Les problématiques d'intérêt général relatives au secteur postal exigent donc une intervention publique sur le marché, les mécanismes du marché étant insuffisants à eux seuls. Mais l'adjectif « insuffisants » est sciemment employé pour souligner que les mécanismes du marché sont néanmoins indispensables, d'autant que leur fonctionnement est exigé par l'Union européenne (v. *supra*). Il faut simplement leur adjoindre une politique, « une “police des marchés”, que le libre jeu de l'offre et de la demande ne permet pas toujours d'assurer de façon naturelle et stable »³⁵. L'équilibre doit se situer entre le « trop d'intervention » à l'heure où les gouvernements doivent renoncer à la gouvernance directe de l'opérateur historique, et le « trop peu d'intervention » alors que le jeu du marché doit être rigoureusement encadré compte

³¹ Auxquelles il est possible d'ajouter le cas du « déferé gouvernemental » permettant au gouvernement de saisir le juge compétent aux fins d'annulation pour illégalité de l'acte pris par l'AAI ; cf. L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., pp. 466-467.

³² « Intervention de plusieurs autorités différentes dans la procédure de nomination », « mandat fixe (donc irrévocable) et assez long par rapport au mandat des autorités publiques », « caractère non renouvelable du mandat », « régime strict d'incompatibilités », membres de l'autorité choisis pour leur compétence, adoption collégiale des décisions, certaine neutralité dans le « monde des affaires » ; cf. G. MARCOU, *La notion juridique de régulation*, *AfDA*, n° 7, 2006, Chroniques, p. 352.

³³ R. DESCOINGS, « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, op. cit., p. 4.

³⁴ Déclaration du Groupe de l'agriculture in Conseil économique et social, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, op. cit., p. I-32.

³⁵ Conseil d'État, *Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence*, Paris, La Documentation française, coll. Études et Documents du Conseil d'État, 2002, n° 53, p. 219.

tenu des enjeux sociaux en cause. Ce devoir d'équilibre peut être comparé au respect du principe européen de subsidiarité qui n'autorise une intervention que lorsque les objectifs visés ne peuvent pas être atteints de manière suffisante au niveau local, et dès lors que cette intervention demeure proportionnée (l'action proposée devant se satisfaire de prescrire un « cadre général d'éléments réglementaires », ne dépassant donc pas ce qui est « nécessaire pour atteindre les objectifs » visés³⁶). Si ce principe doit être respecté par l'UE vis-à-vis de l'intervention des États, il doit également être respecté par l'État vis-à-vis de l'intervention de l'autorité interne de régulation.

Mais la régulation ne renvoie pas seulement à un mode d'intervention équilibrée sur le marché. Elle représente aussi un moyen d'intervention matérielle équilibrant le marché.

2) *Un moyen d'intervention matérielle équilibrant le marché*

La régulation doit permettre, outre l'organisation de la concurrence entre les opérateurs, que cette libéralisation se fasse dans le respect d'impératifs d'intérêt général non concurrentiels, ces deux groupes d'objectifs ne convergeant pas automatiquement vers l'équilibre à atteindre.

D'abord, la régulation constitue un moyen d'intervention publique au profit de l'économie de marché / de la concurrence. Elle doit essentiellement favoriser la pénétration du marché par de nouveaux opérateurs entrants. Car « décréter » la libéralisation d'un secteur ne permet pas, *ipso facto*, de garantir une concurrence effective entre opérateurs sur le marché. Cet objectif de concurrence effective découle du principe d'égalité, qui est un « principe directeur transversal des marchés »³⁷ et que la régulation est censée assurer.

Bien que de multiples opérateurs alternatifs de services postaux existent sur le terrain concurrentiel, le prestataire du service universel occupe encore une place prépondérante en France au niveau des envois postaux. La faiblesse de la concurrence s'explique par le fait que la prise en charge de ces services implique des coûts élevés, surtout en matière de distribution du courrier adressé. La concurrence n'est donc pas présente sur le marché dit « de bout en bout ». Elle ne se développe que sur des « niches » (publipostage, colis, express, courrier transfrontière ou très localisé) et il est fort peu probable de voir émerger « à court ou même moyen terme [...] un concurrent de nature à rivaliser avec La Poste en matière de distribution du courrier adressé sur le territoire national »³⁸. D'une manière

³⁶ Voir considérant n° 56 de la Directive n° 2008/6/CE, *op. cit.*

³⁷ F. JAPPONT, « La dualité égalité-équité dans la pratique des autorités de régulation », *RIDE*, n° 2, 2006, p. 152.

³⁸ M. LOMBARD, « “*Jus classicum*” : la régulation des activités postales », *RJEP*, n° 631, mai 2006, p. 183.

générale, les opérateurs historiques européens dominent encore largement leur marché national et n'affrontent globalement qu'un ou deux gros concurrents sur le marché national, les autres opérateurs se répartissant les marchés locaux.

Or, en tant qu'opérateur en position dominante, tout abus de sa part doit être prévenu. Il n'a jamais fait aucun doute que l'appartenance de La Poste au secteur public ne la mettait pas en-dehors du champ d'application du droit commun de la concurrence (art. L. 410-1 du code de commerce et art. 106 du TFUE³⁹). Aussi, avant la transposition des directives postales par la loi du 20 mai 2005, La Poste avait déjà pu être confrontée « judiciairement » au droit de la concurrence, non seulement au niveau interne, mais aussi au niveau européen et ce, de la même façon que la plupart de ses homologues de l'UE. Il n'a donc pas fallu attendre la loi de 2005 pour gouverner le secteur postal sur le plan concurrentiel. Néanmoins, cette dernière a permis de délimiter le nouveau périmètre de la concurrence imposé par les directives postales, et surtout d'organiser les règles spécifiques qui doivent le gouverner. L'organisation de la concurrence va se traduire par des règles (issues du droit général de la concurrence mais aussi du droit sectoriel) destinées à encadrer (voire contrer) non seulement les avantages liés au statut de La Poste et aux mesures prises par les pouvoirs publics⁴⁰, mais aussi à contrôler les distorsions de concurrence liées aux comportements de l'entreprise publique elle-même⁴¹.

Toutefois, dans le jeu concurrentiel, La Poste n'est pas seulement avantagée puisqu'elle est soumise à une obligation de remplir des missions d'intérêt général très onéreuses (v. *infra*). L'opérateur historique doit donc bénéficier de compensations, soit légales (financement des missions d'intérêt général, v. *infra*), soit jurisprudentielles (v. la jurisprudence générale relative aux SIEG appliquée à la matière postale, avec le fameux arrêt *Corbeau*⁴², ainsi que la jurisprudence relative aux compensations d'obligations de SIEG, dont l'arrêt *Altmark*⁴³).

Mais si la régulation est intimement liée au droit de la concurrence, elle remplit une fonction plus large, se préoccupant de remplir certains objectifs d'intérêt général non concurrentiels. Pour autant, l'expression « impératifs hors marché » s'avèrerait certainement plus adéquate que l'expression « intérêt général » car, pour rappel,

³⁹ Entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

⁴⁰ Ces avantages pouvant être liés à la détention du réseau dans un contexte de « service public », à l'accès aux marchés financiers, aux aides d'État – à distinguer des simples compensations d'obligations de service public, ou encore à un abus de position dominante automatique.

⁴¹ Ententes anti-concurrentielles ou abus de position dominante résultant de divers comportements : discrimination dans l'accès au réseau, pratique de prix prédateurs, de ventes liées ou de remises commerciales, de subventions croisées illicites ou encore d'une position dominante collective.

⁴² CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec. I*, p. 2533.

⁴³ CJUE, 24 juillet 2003, Aff. C-280/00, *Rec. I*, p. 7747.

l'objectif de concurrence lui-même peut être considéré comme relevant de l'intérêt général (v. raisonnement du Conseil d'État dans son rapport de 2002⁴⁴). Elle est aussi plus rigoureuse que l'expression « service public » car si le service public représente l'enjeu majeur de l'intérêt général, il n'est pas le seul objectif non économique de la régulation postale. L'intérêt général en cause en matière postale ne se confond pas avec la seule pérennité du service postal « à la française ».

Schématiquement, si le cœur des impératifs hors marché réside dans le service universel postal, la régulation postale doit aussi assurer que des exigences complémentaires d'intérêt général seront respectées sur le marché.

En premier lieu, la régulation permet de garantir le service universel postal.

D'abord, l'article 19 de la loi de 2010⁴⁵ dispose : « La Poste est le prestataire du service universel postal pour une durée de quinze ans à compter du 1^{er} janvier 2011 ». L'article 3 de la directive de 1997, définissant le service universel dans son principe tout d'abord, commande aux États de veiller « à ce que les utilisateurs jouissent du droit à un service universel qui correspond à une offre de services postaux de qualité déterminée fournis de manière permanente en tous points du territoire à des prix abordables pour tous les utilisateurs » (§ 1^{er}). Le droit d'accès à un tel service dans des conditions d'égalité une fois établi, l'article poursuit : « les États membres prennent des mesures pour que la densité des points de contact et d'accès tienne compte des besoins des utilisateurs » (§ 2). Or, les besoins de ces derniers variant selon les époques, cette règle impose aux États une adaptation constante du service. La régulation implique alors de faire évoluer le service universel au rythme des transformations de la société. Ensuite, l'article 3, § 3, 1^{er} alinéa de la directive de 1997, tel que modifié par l'article 1^{er}, § 3 de la directive de 2008, exige des États qu'ils prennent des mesures afin que le service universel postal soit garanti par son ou ses prestataire(s) « au moins cinq jours ouvrables par semaine ». Ainsi, l'exigence de continuité du service figure également au sein de la directive. Les lois de Rolland figurent donc indirectement au nombre des règles encadrant le service universel postal.

Ensuite, la directive de 1997 explicite les composantes du service universel postal et les obligations minimales qui en résultent⁴⁶, seules des « circonstances ou

⁴⁴ Conseil d'État, *Rapport public 2002. Collectivités publiques et concurrence*, Paris, La Documentation française, 2002. coll. Études et Documents du Conseil d'État, n° 53.

⁴⁵ Nouvel article L. 2, al. 1^{er} CPCE : « La Poste est le prestataire du service universel postal pour une durée de quinze ans à compter du 1^{er} janvier 2011 ».

⁴⁶ Le service universel postal doit comprendre, « au minimum les prestations suivantes :

- la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kilogrammes,
- la levée, le tri, le transport et la distribution des colis postaux jusqu'à 10 kilogrammes,
- les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée ».

conditions géographiques jugées exceptionnelles » pouvant justifier que ce minimum ne soit pas respecté⁴⁷. *A contrario*, les États sont invités, s'ils le souhaitent, à aller plus loin en termes d'exigence ; et pour insister sur la faculté laissée par l'Union aux États d'exiger davantage des opérateurs postaux que le « standard » européen du service universel, la directive de 2008 est même allée jusqu'à ajouter une annexe spécifique de la directive de 1997, annexe dont la première partie définit les obligations potentiellement liées à ce service⁴⁸. En France, les caractéristiques de l'offre de service universel ont surtout été définies par un décret du 5 janvier 2007 *relatif au service universel postal et aux droits et obligations de La Poste*⁴⁹. Le texte est d'une précision particulièrement remarquable, témoignant de ce que le service universel, tel qu'il a été transposé en France, ne renvoie pas à un service public « au rabais ».

Enfin, la directive de 1997 prévoit que la prestation du service universel doit être rendue selon des modalités précisément définies : transparence, non-discrimination, proportionnalité, continuité⁵⁰. Outre la référence implicite à chaque loi de Rolland, quand on constate que la directive impose par ailleurs le respect d'« exigences essentielles »⁵¹, force est d'admettre que le service universel ne

⁴⁷ Voir l'article 3, § 3, dernier alinéa de la Directive de 1997 tel que modifié par l'article 1^{er}, § 3 de la Directive de 2008. On remarque qu'en 1997, ce critère relevait de l'appréciation de l'autorité réglementaire nationale. Or, la directive de 2008 ne précise plus l'identité de celui qui apprécierait l'exceptionnalité invoquée par l'État membre.

⁴⁸ L'article 1^{er}, § 25 de la Directive de 2008 insère une annexe au sein de la directive de 1997, à savoir l'annexe I, intitulée « Orientations pour le calcul du coût net éventuel du service universel ». Voir précisément « Part A : Définition des obligations de service universel ». Ainsi peut-on lire dans ladite annexe :

« On entend par « obligations de service universel » les obligations, visées à l'article 3, qu'un État membre a imposées à un prestataire de services postaux pour qu'il fournisse un service postal dans une zone géographique donnée en y appliquant, le cas échéant, des tarifs uniformes en échange de la fourniture de ce service ou la fourniture de certains services gratuits pour les aveugles et les malvoyants.

Ces obligations peuvent comprendre, entre autres :

- une distribution assurée pendant un nombre de jours plus élevé que celui fixé dans la présente directive,
- l'accessibilité des points d'accès afin de satisfaire aux obligations de service universel,
- le caractère abordable des tarifs du service universel,
- l'uniformité des tarifs appliqués dans le cadre du service universel,
- la gratuité de certains services pour les aveugles et les malvoyants ».

⁴⁹ Décret n° 2007-29 du 5 janvier 2007 *relatif au service universel postal et aux droits et obligations de La Poste et modifiant le code des postes et communications électroniques*, *JORF* du 7 janvier 2007, p. 397.

⁵⁰ Article 5, § 1.

⁵¹ Ces orientations sont ensuite détaillées de façon précise puisque les États membres doivent garantir « que la prestation du service universel réponde aux exigences suivantes :

- offrir un service garantissant le respect des exigences essentielles,
- offrir aux utilisateurs se trouvant dans des conditions comparables un service identique,

correspond définitivement pas une pâle copie, voire un simple échantillon du service public français, contrairement à la description que la doctrine en fait parfois.

La régulation garantit ainsi le maintien du service public traditionnel mais présente en plus l'avantage de le faire évoluer de façon dynamique, dans le sens de la garantie pour l'utilisateur de bénéficier de droits désormais mieux définis.

Néanmoins, assurer un tel service coûte très cher et le législateur de 2005 a prévu qu'un fonds de compensation pourrait être activé sur demande du prestataire du service universel postal, si un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'ARCEP, établit, selon une comptabilité analytique, que La Poste « supporte une charge financière inéquitable imputable à ses obligations de service universel »⁵². L'avis de l'ARCEP est censé rassurer les opérateurs alternatifs quant au caractère objectif de la décision de faire bénéficier le prestataire du service universel des ressources du fonds. Pour autant, la France semble réticente à inaugurer un mécanisme de financement du service universel dont le fonctionnement paraît compliqué.

En second lieu, au-delà de l'obligation du service universel, conformément au principe de subsidiarité, la régulation a permis d'imposer des obligations de service public (OSP) complémentaires. Ainsi, la régulation présente l'avantage de permettre à l'État de prévoir diverses obligations complémentaires aux obligations de service universel. En effet, au niveau interne, des exigences locales précises renvoient à des caractéristiques intrinsèques à chaque État (aspect culturel, politique, social, économique...) lequel est alors plus à même que l'UE de réguler dans la précision le service public au niveau interne. Profitant de cette flexibilité corollaire au principe de subsidiarité, la France va alors pouvoir organiser la régulation dans le sens du service « à la française », d'autant que le secteur postal est empreint d'un enjeu particulier de service public, bien au-delà du service universel.

Le nouvel article 2-I de la loi de 1990 (tel que réécrit en 2010) recense les obligations de service public (OSP) principales, dont l'aménagement du territoire est sans doute la plus importante (*v. infra*)⁵³. En outre, le contrat de service

-
- être disponible sans discrimination, sous quelque forme que ce soit, notamment pour des raisons d'ordre politique, religieux ou idéologique,
 - ne pas être interrompue ou arrêtée, sauf cas de force majeure,
 - évoluer en fonction de l'environnement technique, économique et social ainsi que des besoins des utilisateurs ».

⁵² Article L. 2-2, III CPCE.

⁵³ « 1° Le service universel postal, dans les conditions définies par le code des postes et des communications électroniques, notamment ses articles L. 1 et L. 2 ;

2° La contribution, par son réseau de points de contact, à l'aménagement et au développement du territoire dans les conditions fixées à l'article 6 de la présente loi ;

public 2008-2012, signé le 22 juillet 2008⁵⁴, établi pour associer l'État et La Poste dans le cadre de la régulation, prévoit des obligations de service public accessoires telles que celles relatives à la transparence et à l'assistance politique de l'État, ou encore des « obligations d'entreprise citoyenne » (relatives au renforcement des droits de l'utilisateur, à une stratégie sociale favorable à l'emploi et au respect de l'environnement).

Ainsi, le service public à la française n'est pas altéré par son « européanisation », la régulation servant les exigences sociales outre la concurrence.

D'ailleurs, si la régulation avait pour unique objectif l'introduction de la concurrence dans le secteur, elle n'aurait qu'un intérêt transitoire, le temps que le secteur soit totalement concurrentiel. Or, ce n'est pas le cas. Au contraire, la régulation doit permettre, outre l'organisation de la concurrence entre les opérateurs, que cette libéralisation se fasse dans le respect d'impératifs hors marché car ces deux groupes d'objectifs ne convergent pas automatiquement vers l'équilibre à atteindre. En effet, si un secteur s'ouvre à la concurrence, ce n'est pas pour autant que la concurrence s'établit de façon organisée. Il faut réguler ce secteur afin que la concurrence soit non seulement loyale mais aussi qu'elle ne porte pas atteinte à l'intérêt général, et principalement au service public. La régulation mise en place en France se déroule donc dans le sillon de ce que la Commission européenne appelle une « économie sociale de marché compétitive »⁵⁵.

Le « bien-fondé » de la régulation a notamment convaincu le Parlement français qui a pu affirmer « la légitimité persistante d'une régulation sectorielle »⁵⁶, confirmant que cette fonction ne serait donc pas transitoire.

Mais si la régulation renvoie d'abord à une fonction, elle n'est pas seulement une fin en soi. Elle se concrétise aussi par un ensemble d'instruments variés.

3° Le transport et la distribution de la presse dans le cadre du régime spécifique prévu par le code des postes et des communications électroniques, notamment son article L. 4 ;

4° L'accessibilité bancaire dans les conditions prévues par le code monétaire et financier, notamment ses articles L. 221-2 et L. 518-25-1 ».

⁵⁴ Contrat de service public entre l'État et La Poste 2008-2012, disponible sur : <http://www.laposte.fr/legroupe/Nos-missions/Contrat-de-service-public-2008-2012>

⁵⁵ Commission européenne, *Communication du 3 mars 2010. Europe 2020 : une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, COM (2010) 2020, disponible sur : http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100303_1_fr.pdf.

⁵⁶ B. RETAILLEAU, *Rapport de la Commission des affaires économiques sur le bilan et les perspectives d'évolution de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. Dix ans après, la régulation à l'ère du numérique*, Paris, Sénat, coll. Rapports du Sénat, juin 2007, Rapport n° 350, p. 71.

II – LES INSTRUMENTS VARIÉS DE LA RÉGULATION POSTALE

Après avoir étudié en quoi la régulation postale s'accompagne de l'intervention d'un acteur spécifique, à savoir l'ARCEP (1), il conviendra d'analyser en quoi elle demeure sous le contrôle des acteurs traditionnels de la régulation (2).

1) *Un acteur spécialiste du secteur postal : l'ARCEP*

L'instauration de l'ARCEP est l'apport décisif de la loi du 20 mai 2005, laquelle a étendu les fonctions de l'ART à la matière postale. En dehors de l'indispensable séparation entre les fonctions d'opérateur et de réglementation (v. *supra*), l'amplification de l'ouverture à la concurrence d'un secteur aussi complexe que le secteur postal (accompagnée d'une prolifération de règles et d'une augmentation des contentieux) a rendu indispensable l'intervention d'un régulateur spécifique, capable de manier des règles sectorielles au-delà du droit général de la concurrence. Ainsi, si la régulation postale n'est pas une fonction assurée par l'autorité de régulation à titre exclusif, cette dernière revêt néanmoins une importance particulière. En effet, si la régulation a créé de « nouveaux corpus unifiés de règles »⁵⁷, résultant de principes communs transversaux à tous les secteurs (droit d'accès au réseau, interdiction des subventions croisées illicites, régulation tarifaire et comptable, détermination des missions de service public...), l'application de ces principes engendre malgré tout la multiplication de règles et problématiques particulières à chaque secteur. S'il y a une régulation des secteurs libéralisés, il y a des régulations propres à chaque secteur. L'État doit donc se faire assister par un spécialiste sectoriel, à même de garantir à ces règles un certain degré d'effectivité. La crédibilité de l'institution résulte notamment, en dehors de son impartialité (v. *supra*), de ce qu'elle constitue un « organe technique »⁵⁸ spécialiste de la matière postale⁵⁹. La qualification des membres est un gage de leurs compétences et renvoie à l'une des

⁵⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « La régulation, objet d'une branche du droit », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA, n° 110, 3 juin 2002, p. 3.

⁵⁸ G. LACROIX, « L'efficacité du contrôle d'un régulateur sur le service universel postal », in L. GRARD (dir.), *L'Europe et les services publics, Le retour de la loi*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2007, p. 122.

⁵⁹ L'ARCEP comprend « sept personnalités choisies en raison de leurs compétences, notamment des représentants des associations nationales d'usagers et un représentant des communes, nommées par décret » (Art. 4 de la loi du 20 mai 2005 modifiant l'article 10 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990). De plus, l'article 13 de la loi du 20 mai 2005 a modifié l'article L. 130 CPCE en son premier alinéa, précisant que les membres de l'ARCEP sont « nommés en raison de leur qualification économique, juridique et technique, dans les domaines des communications électroniques, des postes et de l'économie des territoires pour un mandat de six ans ».

recommandations du rapport parlementaire sur les AAI de 2006⁶⁰. Cette qualification est indispensable, notamment compte tenu du fait que le champ lexical de l'encadrement normatif de la libéralisation du secteur postal est très technique pour un non initié à cette thématique.

Cependant, la crédibilité de l'ARCEP n'est pas sans limites. En effet, l'Autorité n'est pas consacrée exclusivement au secteur postal. Il s'agit d'une autorité de régulation bi-sectorielle, intervenant à la fois sur le secteur des communications électroniques et sur celui des postes. Si l'on comprend les arguments de réduction des coûts qui ont conduit à cette option, la Commission supérieure du service public des postes et communications électroniques préconisait le « recrutement de compétences spécifiques et suffisantes qui s'exerceront dans un service autonome »⁶¹. En effet, les deux secteurs sont très différents, le secteur des communications électroniques étant en croissance, contrairement au secteur postal. On peut donc se demander s'il n'aurait pas été plus légitime de mettre en place une autorité de régulation postale distincte de celle qui régule le secteur des télécommunications⁶².

Pour autant, l'ARCEP a été dotée de pouvoirs variés, au service d'une efficacité d'action. Or, en définitive, ce qui rend une autorité « crédible », c'est avant tout son efficacité.

En effet, pour garantir le bon accomplissement de sa mission de régulation que ce soit en amont ou en aval de l'intervention des opérateurs économiques, le législateur a confié à l'ARCEP des pouvoirs dont elle peut user aussi bien à but préventif (régulation *ex ante*) que répressif (régulation *ex post*).

La prévention permet d'éviter, de façon anticipée, qu'un déséquilibre ne survienne sur le marché et présente une valeur ajoutée réelle comparée à la seule et simple application du droit de la concurrence (qui sert essentiellement à rétablir l'équilibre du marché une fois rompu, par la voie de la sanction). La régulation

⁶⁰ En effet, le rapport pose la recommandation n° 24 suivante : « Soumettre la nomination de personnalités qualifiées au sein du collège d'une AAI à des exigences de compétence en rapport direct avec le domaine d'intervention de l'autorité ». Voir P. GELARD, *Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation et de gestion sur les autorités administratives indépendantes : Les autorités administratives indépendantes, évaluation d'un objet juridique non identifié*, Paris, Sénat, coll. Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, juin 2006, Rapport n° 3166, p. 12.

⁶¹ Commission supérieure du service public des postes et télécommunications, *Avis n° 04.03 du 15 avril 2003 sur l'avant-projet de loi relatif à la transposition de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997, modifiée par la directive 2002/39 du 10 juin 2002*, p. 3 ; voir reprise et analyse de cet avis disponible sur le site internet de l'Assemblée Nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/poste.asp#_ftnref1

⁶² L. BAUMSTARK et N. JESTIN FLEURY, J. BERGOUGNOUX (prés.), *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Rapport du Commissariat général du Plan, Paris, La Documentation française, avril 2000, p. 197.

renvoie à une « police économique »⁶³, en ce qu'elle a pour but principal le maintien de l'ordre public économique. Pour régir cet ordre de façon *ex ante*, l'ARCEP dispose de pouvoirs contraignants traditionnels chez les AAI (pouvoir réglementaire, d'enquête, injonction, contrôle comptable et financier) ou plus spécifiques à la régulation sectorielle (contrôle d'un libre accès effectif au marché, contrôle du respect des exigences liées au service postal et pouvoir d'autorisation). L'ARCEP dispose également de pouvoirs non contraignants, généralement « incitatifs » (pouvoir de consultation, recommandation et prise de position spontanée).

De façon *ex post*, les pouvoirs de répression de l'Autorité sont importants bien qu'encadrés (encadrement légal, jurisprudentiel et contrôle juridictionnel), lui conférant un rôle quasi-juridictionnel⁶⁴. Outre un pouvoir de conciliation (art. L. 5-7 du code des postes et des communications électroniques (CPCE)), l'ARCEP dispose surtout d'un pouvoir de règlement des différends⁶⁵ (art. L. 5-4 à L. 5-8 CPCE) et d'un pouvoir de sanction (article L. 5-2, 1) CPCE).

D'une façon globale, on note que l'activité de l'ARCEP témoigne de l'emploi par la puissance publique des instruments micro-économiques : la régulation s'inscrit ainsi dans une nouvelle ère dans laquelle les pouvoirs publics ont cessé de se concentrer uniquement sur des phénomènes économiques globaux (inflation, chômage, investissement, revenu) afin de recentrer davantage leur intervention sur des phénomènes économiques individuels. Ils se soucient désormais non seulement du comportement de chaque opérateur sur le marché mais aussi de la façon dont les utilisateurs « consomment » le service public.

En-dehors de l'ARCEP, les acteurs traditionnels de la régulation continuent à œuvrer en faveur d'une libéralisation garantissant l'intérêt général sectoriel.

2) *Le maintien d'une participation des acteurs traditionnels de la régulation*

Si l'ARCEP dispose d'un rôle crucial en matière de régulation, surtout de par sa spécialisation, la régulation ne résulte cependant pas de la seule activité de

⁶³ G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, 10^{ème} éd., Paris, Armand Colin, coll. U, 2007, pp. 505 et 524.

⁶⁴ E. JEULAND, « Régulation et théorie générale du procès », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz, coll. Droit et Économie de la régulation, 2005, pp. 257-267. Néanmoins, l'AAI, relevant de l'administration, ne peut en aucun cas être qualifiée de « juridiction ».

⁶⁵ Portant sur des contrats conclus par le prestataire du service universel avec les expéditeurs d'envois en nombre, les intermédiaires groupant les envois de correspondance de plusieurs clients ou les titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 3, ou portant sur les stipulations techniques et tarifaires d'une convention relative à l'accès aux moyens indispensables à l'exercice de l'activité postale visés à l'article L. 3-1.

l'autorité de régulation. En effet, une articulation entre les différents acteurs du secteur semble indispensable si l'on considère les divers facteurs que la régulation doit prendre en charge afin d'atteindre et maintenir l'équilibre dont elle a la charge, entre les impératifs de marché et hors marché (v. *infra*). On constate alors, outre l'existence d'une co-régulation entre acteurs (a), le maintien d'une régulation retenue par l'État (b).

a) Une co-régulation entre acteurs

La coopération résultant des interactions aboutit à ce que l'on peut appeler une « co-régulation »⁶⁶, ou pratique « corégulatoire »⁶⁷, laquelle peut se limiter à la France – il s'agit alors d'une co-régulation interne – ou s'étendre à l'échelle internationale : il s'agit alors d'une co-régulation externe.

En premier lieu, on observe une co-régulation interne entre régulateurs.

On relève d'abord une co-régulation entre l'ARCEP et les juridictions internes, qui se traduit notamment (mais pas seulement) par le contrôle juridictionnel opéré sur les actes de régulation, contrôle souvent assimilé à une « régulation de la régulation ». Cependant, indépendamment de l'action devant l'Autorité, une intervention du juge est toujours possible, surtout que le juge est irremplaçable s'il s'agit de condamner un opérateur à la réparation d'un dommage par l'octroi de dommages-intérêts⁶⁸, ou à des astreintes ou injonctions. Et dans une telle hypothèse, le juge est alors un « régulateur » au même titre que l'autorité de régulation (et non un « régulateur de la régulation » !). Le juge peut ainsi se voir comme un concurrent ou en complément de l'Autorité, selon les hypothèses.

On relève aussi une co-régulation entre l'ARCEP et l'ADLC, principalement prévue par l'art. L. 5-8 CPCE dont l'alinéa 1^{er} dispose, pour rappel : « Le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes saisit l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il peut avoir connaissance dans le domaine des activités postales, notamment lorsqu'un différend lui est soumis en application des articles L. 5-4 et L. 5-5 [...] ». Néanmoins, l'ADLC intervient aussi de façon *ex ante* (avis, communiqués, rapports, etc...).

⁶⁶ Bien qu'il s'agisse d'un néologisme, la co-régulation peut renvoyer à la répartition des tâches de régulation entre les différents acteurs de la régulation. Voir J.-P. TEYSSIER, « L'autodiscipline de la publicité : une expérience reconnue d'autorégulation en France et en Europe », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁷ J.-B. AUBY, « Toute régulation, par essence, comporte une part d'autorégulation. Entretien », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 6, Janvier-Mars 2006, p. 105.

⁶⁸ Voir F. DUPUIS-TOUBOL, « Le juge en complémentarité du régulateur », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, *op. cit.*, p. 135.

On note une co-régulation avec les autorités de régulation des autres secteurs : l'ARCEP doit fonctionner de façon coordonnée avec les autres autorités de régulation françaises qui œuvrent sur des secteurs déjà libéralisés. Le secteur étant alors différent, on parlera alors plus d'« interrégulation » (le concept renvoyant à l'articulation de plusieurs régulations, dont les finalités sont en principe différentes et ayant pour objectif une mise en commun des expériences).

Il existe enfin une co-régulation entre l'ARCEP et les autorités politiques : gouvernement et collectivités locales. L'article L. 32-1 CPCE, I, 3) dispose : « La fonction de régulation du secteur des communications électroniques [...] est exercée au nom de l'État par le ministre chargé des communications électroniques et par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ». En outre, l'ARCEP (de même que le gouvernement) doit établir une concertation permanente avec les collectivités locales qui sont elles aussi compétentes en matière de services publics locaux. Cette collaboration doit alors permettre d'évaluer minutieusement la performance des services postaux au niveau local.

En second lieu, il existe une co-régulation interne entre l'ARCEP/l'État avec les sujets de la régulation, permettant essentiellement de faire participer les destinataires des règles postales aux débats postaux. Cette pratique a notamment pour objectif d'évaluer ces règles et de les améliorer si besoin. Les consommateurs et les opérateurs postaux sont donc associés par l'ARCEP à la régulation, essentiellement par le biais de consultations.

En troisième lieu, on relève la pratique d'une co-régulation externe entre régulateurs.

Une co-régulation a d'abord lieu entre l'ARCEP/les États et les autorités européennes de régulation postale, notamment dans le cadre du groupe des régulateurs européens dans le domaine des services postaux⁶⁹ (GREP), institué en août 2010 par la Commission européenne.

Une co-régulation est ensuite entretenue entre l'ARCEP/les États et la Commission européenne. La directive de 2008 rend cette co-régulation obligatoire (v. nouvel article 22 bis, § 3 de la directive de 1997). La Commission aide notamment les États membres à appliquer correctement certaines dispositions du droit postal européen afin que la régulation mise en œuvre soit efficace (v. article 23bis de la directive de 1997, inséré par la directive de 2008).

On observe par ailleurs une co-régulation entre l'ARCEP/les « juges » nationaux, avec le juge européen. Le juge européen statue sur diverses questions relatives à l'application du droit européen de la régulation ou à son interprétation.

⁶⁹ Commission européenne, Décision du 10 août 2010 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des services postaux, *JOUÉ C* 217 du 11 août 2010, p. 7.

Enfin, il existe une co-régulation entre l'ARCEP/l'État avec les instances internationales : L'ARCEP regroupe également les résultats des activités exercées au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ou de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) (rapports, études, synthèses, tables rondes...)⁷⁰. L'ARCEP doit aussi centraliser les résultats des activités exercées au sein de l'Union postale universelle (UPU).

En dernier lieu, une co-régulation externe s'établit avec les sujets de la régulation.

Une co-régulation est envisageable entre d'une part l'ARCEP/l'État et d'autres autorités européennes de régulation postale/d'autres États membres, avec d'autre part divers réseaux d'opérateurs postaux, comme PostEurope par exemple.

Pour être efficace, la régulation doit ainsi se réaliser à l'échelle transnationale, les différents acteurs de la régulation devant faire converger leurs actions dans le sens d'une « co-régulation », indispensable dans le cadre d'une régulation « efficace ». Mais une forme de régulation demeure « retenue » par l'État.

b) Une régulation « retenue » par l'État

L'État retient une « dose de régulation » afin de garantir à l'opérateur historique un contexte politico-économique propice à son essor et donc de la bonne fourniture de ce dernier par voie de conséquence. L'État conserve donc un rôle primordial en tant qu'« autorité organisatrice »⁷¹.

Néanmoins, l'État n'agit pas seul en faveur du développement de La Poste. L'opérateur historique lui-même profite du cadre que lui construisent le gouvernement et le législateur afin de prospérer en tant qu'opérateur économique. On peut parler de « convergences » entre l'État et La Poste⁷². La régulation retenue va permettre de créer des règles « sur-mesure », s'adaptant constamment aux évolutions sectorielles qui ont lieu à l'échelle européenne.

⁷⁰ Voir OCDE, « Promouvoir la concurrence dans le secteur postal », *Les Synthèses de l'OCDE*, février 2001, disponible sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/12/58/1903693.pdf> ; Voir aussi OCDE, « Promotion de la concurrence dans les services postaux », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, n° 1, 2001, pp. 7-114.

⁷¹ Conseil économique et social, *Aménagement du territoire, services publics et services au public*, *op. cit.*, p. I-42.

⁷² Le terme « convergences » renvoie à l'intitulé du contrat de service public passé entre l'État et La Poste pour la période 2003-2007 (« contrat de performances et de convergences ») et s'emploie au pluriel pour souligner l'idée que « la convergence est à double sens, chacun doit converger vers un même objectif, moderniser l'entreprise publique et conforter ses missions de service public. De son côté, l'État doit placer La Poste en situation d'équité concurrentielle avec ses compétiteurs. De l'autre, La Poste s'engage à accroître sa compétitivité, améliorer sa qualité de service et la gamme de son offre, conforter son réseau de proximité et sa modernité sociale » : C. MALAVAL, *La Poste au pied de la lettre*, Paris, Fayard, 2010, p. 47.

Avec la banalisation des services postaux qui résulte de la libéralisation, on observe dans l'Union une « normalisation »⁷³ de l'opérateur historique. En effet, le processus de construction européenne s'accompagne « d'une tendance générale à la privatisation au moins partielle des opérateurs en place »⁷⁴. Il convient d'entendre l'expression « privatisation partielle » comme le passage d'un statut juridique de droit public à un statut juridique de droit privé (*a contrario*, une privatisation « complète » impliquerait le transfert de la majorité du capital à des personnes privées). Et La Poste ne va pas y échapper puisque la loi de 2010 est venue modifier la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990⁷⁵ pour consacrer le changement statutaire de La Poste alors devenue une société anonyme.

Mais cette normalisation s'est réalisée plus graduellement qu'on ne pourrait le penser *a priori*. Elle est en fait allée de paire avec la libéralisation graduelle. En effet, généralement, les opérateurs historiques sont d'abord soumis à une « gestion privée », une « logique entrepreneuriale »⁷⁶, avant de subir une privatisation statutaire, cette démarche s'inscrivant dans la volonté d'adapter l'opérateur historique à la concurrence. On constate en effet que l'opérateur procède d'abord à une stratégie de diversification⁷⁷ menée à des fins de modernisation et de rentabilité (produits financiers, assurances, marketing, internet, téléphonie...) et poursuit par ailleurs un objectif de développement dans le cadre d'une politique de filialisation (en vue de restructurations stratégiques au-delà des frontières nationales).

Cette pratique va dans le sens d'une reconversion sur le modèle des entreprises privées, avec une prise en compte accrue du consommateur (aboutissant à la transformation d'une relation administrative en relation commerciale), par le biais d'une réelle politique de « satisfaction-client » (qui n'est plus considéré comme un simple « usager ») et d'un emprunt à des techniques de droit privé comme en matière de responsabilité. En effet, le secteur postal a connu un mouvement de « responsabilisation ». La réforme de la responsabilité de La Poste, bien que limitée, témoigne de ce que l'opérateur historique, anciennement sous monopole (bénéficiant

⁷³ G. CALLEY, « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », *RFDA*, n° 1, janvier-février 2006, p. 110.

⁷⁴ IRES, « Les services publics en Europe : changements institutionnels et enjeux sociaux », *Chronique internationale*, n° 42, Septembre 1996, p. 4.

⁷⁵ Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de La Poste et des télécommunications, *JORF* du 8 juillet 1990, p. 8069.

⁷⁶ M. MILET, « La banque (postale) "pas comme les autres" : entre identité postale et rhétorique de marché », *RFAP*, n° 119, 2006, p. 431.

⁷⁷ L'article II-2 alinéa 3 de la loi de 1990, dans sa rédaction quelque peu remaniée suite à la loi de 2010, énonce : « La Poste est habilitée à exercer en France et à l'étranger, elle-même et par l'intermédiaire de filiales ou participations, toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement à ses missions et activités telles que définies par la loi, ainsi que toute autre activité prévue par ses statuts ».

d'une responsabilité restreinte), s'est vu progressivement soumis à une gestion privée. Ce régime de droit privé encadrant La Poste allait inévitablement évoluer vers un changement de statut de l'opérateur historique.

En tout cas, si de telles réformes institutionnelles étaient nécessaires sur le plan économique (le statut d'EPIC⁷⁸ était totalement inadapté à une stratégie de développement par prises de participations ou alliances capitalistiques), elles étaient surtout indispensables sur le plan juridique (pour mettre fin, comme l'exigeait la Commission européenne, à la garantie illimitée liée au statut d'EPIC).

Soulignons que la « privatisation » de La Poste renvoie seulement à la transformation sur le plan statutaire d'une personne morale de droit public à une personne morale de droit privé mais n'implique pas, du moins à l'heure actuelle, un changement de propriété : l'entreprise reste « publique » dès lors que la majorité de son capital (et en l'occurrence, la totalité !) est détenu directement ou indirectement par des personnes publiques⁷⁹. Il est donc plus rigoureux d'affirmer que La Poste a fait l'objet d'une « sociétésation ». L'article 1^{er} de la loi de 2010 est venu insérer un article 1^{er}-2 au sein de la loi de 1990, dont le § I énonce notamment : « [...] Le capital de la société est détenu par l'État, actionnaire majoritaire, et par d'autres personnes morales de droit public, à l'exception de la part du capital pouvant être détenue au titre de l'actionariat des personnels dans les conditions prévues par la présente loi [...] » (al. 1^{er}) ; « À la date de publication de ses statuts initiaux, le capital de La Poste est, dans sa totalité, détenu par l'État » (al. 2). En dehors de cette disposition législative, La Poste semble demeurer parmi les entreprises « non privatisables » (l'ancien ministre de l'Industrie, C. Estrosi, ayant qualifié l'entreprise d'« imprivatisable »⁸⁰), ces dernières étant celles qui « politiquement trop sensibles, relevant du service public, et/ou en trop mauvais état financier, [...] ont vocation à rester dans le giron de l'État pour une durée indéterminée »⁸¹.

⁷⁸ Établissement Public à caractère Industriel et Commercial.

⁷⁹ En droit européen, par « entreprise publique », il convient d'entendre toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de leur droit de propriété, de leur participation financière ou des règles qui la régissent (art. 2, § 1, point b de la directive 80/723/ CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JO L 195 du 29 juillet 1980, p. 35 – directive modifiée en dernier lieu par la directive 2000/52/CE, JO L 193 du 29 juillet 2000, p. 75).

⁸⁰ A.-M. LADOUES, « Le Parlement adopte définitivement le changement de statut de La Poste », *Les Echos*, 12 janvier 2010.

⁸¹ P. GALINIER, « Le gouvernement prépare une vague de privatisations. Les candidats ne manquent pas mais tous ne sont pas égaux », *Le Monde*, 8 avril 2004.

En tout cas, l'État reste le régulateur principal en ce sens qu'il doit jouer pleinement son rôle d'autorité organisatrice de la régulation, notamment concernant les exigences de service public. D'une manière générale, l'État doit demeurer partout où le marché risque d'être défaillant, ce qui est le cas en matière de service postal, surtout au niveau de la distribution⁸².

CONCLUSION

Depuis 1997, il aura fallu plus de dix ans à la France pour transposer les directives postales. La crainte d'une libéralisation « anarchique » et de changements trop brutaux avait d'ailleurs conduit la France à demander le report de deux ans de la libéralisation totale, celle-ci ayant été initialement prévue pour 2009 et retardée à 2011.

Des réformes ayant eu lieu cette dernière décennie et des réformes à venir, deux scénarii ultérieurs sont envisageables (l'un pessimiste, l'autre plus optimiste) et adaptables au domaine postal.

Soit l'on pourra bientôt dire que le service public au sens du droit administratif « a perdu de sa superbe »⁸³. Ce scénario est à envisager si les pouvoirs publics ne parviennent pas à imposer au bénéficiaire du consommateur des garanties au moins aussi élevées qu'à l'époque du monopole.

Soit l'on accepte de voir dans cet engrenage déjà amorcé une possible évolution positive du service public. À l'heure actuelle, il semble que le bilan des réformes soit plutôt positif. La Commission a pu constater que la transposition des directives postales avait eu un impact global positif et plus précisément « une amélioration substantielle et mesurable de la qualité de service, l'établissement d'un niveau minimum harmonisé de service universel et l'introduction d'une ouverture progressive et contrôlée du marché postal à la concurrence »⁸⁴.

⁸² « La distribution est un monopole naturel avec des rendements d'échelle croissants ; ce qui est une source potentielle de défaillance du marché » : Voir C. CAZALS, H. CREMER, J.-P. FLORENS *et alii* (prés), Groupe de Recherche en Economie Mathématique et Quantitative (GREMAQ), *Rapport de Recherche « Economie des Services Postaux »*, Paris, La Documentation française, décembre 1999, p. 8, disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004001867/0000.pdf>

⁸³ Voir préface de R. SAVY dans N. BELLOUBET-FRIER, « Les différentes conceptions du service public dans les pays de l'UE », in H. PAULIAT (textes réunis par), *L'avenir des missions de service public*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 1998, p. 9.

⁸⁴ Commission européenne, *Rapport au Conseil et au Parlement européen du 18 octobre 2006 sur l'application de la directive postale (directive 97/67/CE modifiée par la directive 2002/39/CE)*, COM (2006) 595, p. 4, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0595:FIN:FR:PDF>

Concernant la sauvegarde des opérateurs historiques, les opérateurs alternatifs reconnaissent en tout cas que leur concurrent devrait rester en position de « leader », et ce, probablement pour « toujours »⁸⁵. Cette prévision est d'autant plus crédible que si la libéralisation intégrale est effective en théorie, elle reste limitée dans les faits car les opérateurs alternatifs « ne s'intéressent vraiment qu'au courrier des entreprises »⁸⁶.

La concurrence n'étant « pas vraiment féroce », elle permet surtout aux opérateurs historiques de moderniser et d'améliorer leurs services en attendant que la compétition ne devienne éventuellement plus difficile⁸⁷.

La régulation aura ainsi permis une meilleure gouvernance de l'entreprise publique. La libéralisation, organisée par la régulation, représenterait alors peut-être « une nouvelle chance pour le service public »⁸⁸, renforçant la santé de l'opérateur historique, et redessinant clairement les contours des missions de service public dans le sens de la modernité. Cette particularité de la régulation en fait certainement une approche moderne de l'intervention économique de la part des pouvoirs publics mais aussi des acteurs du marché, laquelle n'a jamais dû autant s'adapter, que ce soit en termes de quantité ou de qualité.

On rappelle enfin que la régulation ne devrait pas être un simple phénomène transitoire en attendant l'arrivée d'une concurrence significative (laquelle n'existera peut-être jamais en France).

En premier lieu, les missions non concurrentielles de l'ARCEP sont pérennes. En effet, l'idée serait alors de « recentrer les objectifs » du régulateur « sur les aspects non liés à la politique de concurrence [...] une fois que l'ouverture du marché serait assurée », car au contraire des autorités de concurrence, « l'objectif des régulateurs ne se limite pas au seul respect de la concurrence »⁸⁹.

En second lieu, même au niveau concurrentiel, P. Champsaur, ex-président de l'ARCEP, voit dans l'avenir « un passage d'une régulation asymétrique vers une régulation symétrique : au lieu de peser plus fortement sur l'opérateur historique comme elle l'a fait pour installer la concurrence », la régulation s'exercera

⁸⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁶ S. MARTIN, « La fin de 350 ans de monopole pour la poste britannique », *Le Figaro Economie*, 30 décembre 2005, p. 21.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Intitulé « parlant » : P. BAUBY, F. CASTEX, *Europe : une nouvelle chance pour le service public*, Paris, Fondation Jean Jaurès, 2010, 102 p.

⁸⁹ N. CHARBIT, « Les objectifs du régulateur : entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz, coll. Droit et Économie de la régulation, 2004, p. 70.

progressivement, « de manière égale sur l'ensemble des opérateurs »⁹⁰. En outre, il y aura certainement de « nouveaux enjeux concurrentiels à réguler », les progrès technologiques créant de « nouveaux marchés sur lesquels la concurrence doit être construite, ce dont la régulation sectorielle est seule capable, l'ADLC ne pouvant que surveiller le maintien d'un état de concurrence existant »⁹¹.

En dernier lieu, tant que l'État reste actionnaire de l'opérateur historique, même de façon minoritaire, seule une régulation indépendante permet d'éviter tout conflit d'intérêt⁹².

Ainsi, la régulation nous paraît devoir perdurer dans le temps.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, p. 72.

⁹² M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, n° 10, 2005, pp. 530 et s.

RÉSUMÉ :

La régulation de marché correspond à l'ensemble des moyens d'action publique sur un secteur d'activité donné en vue d'y atteindre des équilibres précis et de les maintenir. Si cette régulation procède de principes communs, chaque marché revêt ses spécificités et nécessite une régulation qui lui est propre. La libéralisation du secteur postal a donc engendré une régulation particulière. En premier lieu, la régulation du marché postal remplit des objectifs spécifiques : garantir un équilibre institutionnel et matériel au sein d'un secteur marqué par divers enjeux d'intérêt général. En effet, l'État doit désormais intervenir de façon « mesurée », non seulement en faveur de la concurrence mais aussi au service d'impératifs hors marché. En second lieu, la régulation se réalise au moyen d'instruments multiples, variant selon l'acteur qui s'en sert, qu'il s'agisse de l'autorité de régulation spécialiste du secteur, l'ARCEP, ou des acteurs traditionnels de la régulation. Si ces derniers œuvrent ensemble dans le cadre d'une forme consensuelle de régulation (co-régulation), l'État se réserve néanmoins une forme de régulation « retenue », indispensable en matière de service public.

SUMMARY:

Market regulation describes how public action interferes with a given market to reach and maintain a certain balance. Although market regulation proceeds from some common principles, each market has its specificities and requires its own regulation. Thus, the liberalization of the postal sector has generated peculiar rules. Firstly, the regulation of the postal market aims at specific goals. It must indeed guarantee an institutional and economic balance within a sector markedly influenced by issues of public interest. The role of the government has shifted, and now consists in limited interventions that not only deal with competition related issues, but also with non market related matters. Secondly, in the postal sector market regulation is achieved thanks to an array of instruments that depend on who uses them (a regulating authority as the ARCEP which specializes in this particular field, or more traditional actors generally involved in regulation). While these actors work together consensually (co-regulation), the State nevertheless maintains a power of intervention that is mandatory with regard to public service.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2009, 733 p.
- CALLEY G., « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », *RFDA*, n° 1, janvier-février 2006, p. 110
- CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 845
- CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, 1044 p.
- FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz, coll. Droit et Économie de la régulation, 2004, 205 p.
- FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz, Paris, coll. Droit et Économie de la régulation, 2005, 334 p.
- FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz, coll. Droit et Économie de la régulation, 2004, 192 p.
- GAUDEMET Y., « La concurrence des modes et des niveaux de régulation. Introduction », *RFAP*, n° 109, 2004, pp. 13-16
- GELARD P., *Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation et de gestion sur les autorités administratives indépendantes : Les autorités administratives indépendantes, évaluation d'un objet juridique non identifié*, Paris, Sénat, coll. Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, juin 2006, Rapport n° 3166
- GRARD L. (dir.), *L'Europe et les services publics, Le retour de la loi*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2007, 152 p.
- HENAFF G. (dir.), *Concurrence et services publics : enjeux et perspectives*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, 350 p.
- JAPPONT F., « La dualité égalité/équité dans la pratique des autorités de régulation », *RIDE*, n° 2, 2006, p. 152
- LEMAIRE C., « Les autorités de marché : entre l'ombre et la lumière », *Concurrences*, n° 3, mars 2007, p. 13
- LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, n° 10, 2005, pp. 530 et s.

- LOMBARD M., « *Jus classicum* » : la régulation des activités postales », *RJEP*, n° 631, mai 2006, p. 181
- MALAVAL C., *La Poste au pied de la lettre*, Paris, Fayard, 2010, 234 p.
- MARCOU G., « La notion juridique de régulation », *AJDA*, n° 7, 2006, p. 351