

Objet : Projet de loi n°7398 portant modification de la loi du 26 décembre 2012 sur les services postaux. (5227HMI)

*Saisine : Ministre des Communications et des Médias
(21 janvier 2019)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le projet de loi sous avis a pour objet la modification de la loi du 26 décembre 2012 sur les services postaux (ci-après la « loi du 26 décembre 2012 ») afin, d'une part, d'introduire une procédure de consultation publique du marché préalablement à l'attribution de la mission de service postal universel à un prestataire et, d'autre part, de mettre en conformité le droit luxembourgeois avec le règlement (UE) 2018/644 du Parlement européen et du Conseil du 18 avril 2018 relatif aux services de livraison transfrontière de colis concernant les sanctions administratives.

Considérations générales

Le « *service postal universel* » (SPU) se définit comme étant « *un droit [...] à une offre de services postaux de qualité déterminée fournis de manière permanente en tout point du territoire et à des prix abordables*¹ ». Selon l'article 3 paragraphe 4 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité de service, le SPU comprend, au minimum, les prestations suivantes : la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kilogrammes ainsi que la levée, le tri, le transport et la distribution des colis postaux jusqu'à 10 kilogrammes, et les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée². Les Etats membres ont la responsabilité de garantir que le ou les prestataires de SPU assure(nt) ce service durant tous les jours ouvrables et donc au moins cinq jours par semaine.

De par cette définition, le SPU relève de l'intérêt public, d'où son importance selon la Chambre de Commerce. Elle est donc particulièrement attentive à sa mise en œuvre.

Concernant plus précisément la question de la désignation du ou des prestataires de SPU, le considérant 23 de la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2009 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté³ (ci-après la « directive 2008/6/CE ») prévoit que *[l]es États membres peuvent retenir l'une ou plusieurs des options suivantes : laisser aux forces du marché le soin de fournir le service universel, charger une ou plusieurs entreprises d'en fournir tel ou tel volet ou de couvrir telle ou telle partie du territoire, ou avoir recours à des procédures de passation de marchés publics*. Les Etats membres sont donc libres de désigner un ou plusieurs prestataires de SPU selon les modalités de leur choix tant que les « critères

¹ Article 3 paragraphe 1^{er} de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité de service

² Journal officiel des Communautés européennes – L14/15

³ Journal officiel de l'Union européenne – L52/3

de qualité du service universel soient appliqués de manière transparente et proportionnée aux prestataires du service universel ».

Au niveau national, le législateur luxembourgeois a opté lors de l'adoption de la loi du 26 décembre 2012 pour la désignation du prestataire de SPU selon les procédures applicables aux marchés publics.

Si la Chambre de Commerce approuve cette direction, elle regrette néanmoins que le législateur ne soit pas allé jusqu'au bout de la logique d'ouverture du SPU.

En effet, si le projet de loi sous avis concède que plusieurs prestataires de service peuvent manifester leur intérêt à effectuer la fourniture de la mission de SPU, la Chambre de Commerce déplore que le projet de loi ne laisse entrevoir ni l'éclatement possible du SPU selon des critères géographiques ou autres, ni la présence concomitante de plusieurs prestataires. Pourtant, ces deux thèmes ont déjà été avancés par la directive 2008/6/CE dans le sens d'une ouverture réelle du marché des services postaux y compris le SPU avec l'introduction de la possibilité pour les Etats membres de le fractionner afin d'en sous-traiter une partie, au moins, aux acteurs privés du marché. Le projet de loi sous avis par contre vise « la » fourniture de « la » mission de service postal universel et laisse par cela sous-entendre qu'il n'y aurait qu'une seule fourniture, respectivement mission, sans considérer la possibilité du fractionnement du SPU.

Même si la Chambre de Commerce concède qu'au Grand-Duché – pour des raisons territoriales notamment – il peut s'avérer suffisant d'affecter un seul prestataire de service au SPU ou qu'à cause de ces mêmes raisons, il n'y aurait pas de prestataire alternatif présentant sa candidature, elle déplore néanmoins que le projet de loi sous avis ne traduise pas l'esprit d'ouverture des directives européennes en vigueur pourtant transposées dans la législation nationale⁴. Contrairement aux velléités d'ouverture du marché, le projet de loi sous avis ne prévoit pas de recours à un appel d'offres en toutes hypothèses. Il préconise au contraire, dans l'hypothèse où il n'y aurait qu'un seul prestataire manifestant son intérêt pour le SPU dans le cadre d'une consultation préalable du marché, la renonciation du recours à un appel d'offres.

Il se pourrait par conséquent que le statut de prestataire unique en matière de SPU soit maintenu dans le chef de l'Entreprise des Postes et Télécommunications, et cela sans concevoir une alternative au moins théorique.

Ce constat a d'ailleurs déjà été fait de manière récurrente par la Chambre de Commerce dans ses avis en la matière⁵. Dans ce contexte, la Chambre de Commerce rappelle qu'elle salue la libéralisation des services, promouvant la concurrence ce qui mènera à terme, à la fois à des services améliorés pour les clients et à des prix, *a priori*, plus avantageux.

⁴ Article 4.2 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité de service

⁵ Cf. notamment l'avis du 6 décembre 2010 de la Chambre de Commerce relatif au projet de loi n°6160 sur les services postaux

Commentaire des articles

Concernant l'article 1^{er}

L'article 1^{er} du projet de loi sous avis modifie l'article 20 de la loi du 26 décembre 2012 relatif à la procédure de désignation du prestataire de service postal universel par l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ILR)⁶.

Le projet de loi sous avis prévoit ainsi d'introduire une « *consultation publique du marché* » préalablement à la mise en œuvre de la procédure de désignation du prestataire de SPU, qui a pour but de vérifier si un ou plusieurs prestataires manifestent un intérêt quant à la participation à l'appel d'offre.

Dans le cas où un seul prestataire se révélerait intéressé et apte à effectuer le service, l'ILR pourrait confier la mission de fourniture du SPU à ce prestataire sans avoir recours à un appel d'offre. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si plusieurs prestataires de services sont intéressés ou si aucun prestataire de services ne manifeste son intérêt, l'ILR sera tenu d'organiser un appel d'offres en vue de l'attribution de la mission de fourniture du SPU.

L'exposé des motifs du projet de loi sous avis indique que de telles consultations sont déjà actuellement réalisées en Allemagne. Mais, selon la Chambre de Commerce, ces consultations publiques relèvent plutôt de consultations d'expertise des entreprises et non d'une « *consultation publique du marché* » pour sonder le nombre de prestataires intéressés.

L'exposé de motifs indique également que la consultation publique serait déjà d'application dans de nombreux secteurs au Luxembourg. Or, il convient de relever que les consultations affichées sur le site Internet de l'ILR ont pour but de profiter des connaissances techniques des entreprises, et non pas de sonder le nombre de prestataires intéressés à participer à un éventuel marché.

Selon l'article 135 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics⁷, les autorités publiques peuvent réaliser des consultations publiques « *en vue de préparer la passation au marché* » et « *d'informer les opérateurs économiques de leurs projets [...]. Ces avis peuvent être utilisés pour la planification et le déroulement de la procédure de passation de marché, à condition que ces avis n'aient **pas pour effet de fausser la concurrence** et n'entraînent pas une violation des **principes de non-discrimination et de transparence*** ». ⁸ L'article 136 de la même loi indique qu'un prestataire qui a aidé à la préparation du marché ne devrait pas avoir de par cette participation préalable un avantage – *l'entité adjudicatrice prend des mesures appropriées pour assurer que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire*.

L'article 7 paragraphe 2 de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession et portant modification de la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics met l'accent sur des procédures qui garantissent « *une transparence préalable adéquate pour l'octroi d'autorisations sur la base de critères objectifs* »⁹.

⁶ « L'ouverture des marchés et l'introduction de la concurrence dans des secteurs autrefois monopolistiques nécessitent une certaine régulation par une autorité indépendante et impartiale. L'Institut Luxembourgeois de Régulation a été créé à cette fin ». Voir la définition de l'ILR sur le site Internet de l'institut.

⁷ Mémorial A n°243 du 16 avril 2018

⁸ Journal officiel de l'Union européenne – L94/65

⁹ Mémorial A n°560 du 5 juillet 2018

Dans ce contexte, si la Chambre de Commerce peut approuver la simplification de la procédure de désignation du prestataire de SPU opérée par le présent projet de loi par l'introduction d'une phase de consultation publique du marché préalable, elle souligne néanmoins l'importance d'une description de la consultation publique ainsi planifiée qui soit claire et concise, afin de mieux pouvoir déterminer et cerner la nature de la consultation publique et de pouvoir garantir sa conformité avec les législations européenne et nationale en la matière.

Le projet de loi sous avis ne précise cependant ni les modalités de la consultation publique, ni le lieu ou la durée de la publication de cette consultation. En outre, la Chambre de Commerce s'interroge si la consultation régulière du site Internet de l'ILR est coutumière auprès de potentiels prestataires de service étrangers.

La Chambre de Commerce souligne donc l'importance de bien préciser les modalités de la consultation publique au sein du projet de loi sous avis dans un souci de respect des principes de non-discrimination et de transparence.

En outre, d'un point de vue purement matériel, la Chambre de Commerce regrette que dans le cadre de la modification de l'article 20 de la loi du 26 décembre 2012, ne soit pas prévue l'adaptation du paragraphe 3 dudit article se référant à la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics¹⁰ qui prévoyait en outre « *la passation de marchés [...] avec ou sans publication d'un avis de marché* ». La Chambre de Commerce rappelle en effet que la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics a été abrogée par la loi du 18 avril 2018 sur les marchés publics¹¹.

Concernant l'article 2

L'article 2 du projet de loi modifie l'article 43 de la loi du 26 décembre 2012 relatif aux sanctions administratives pouvant être prises par l'ILR en cas de manquement constaté aux dispositions de cette même loi. La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires dans la mesure où il s'agit d'une mise en conformité avec les dispositions de l'article 8 du règlement 2018/644 UE du Parlement européen et du Conseil du 18 avril 2018.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre n'est en mesure d'approuver le projet de loi sous avis, que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

HMI/DJI

¹⁰ Mémorial A n°172 du 29 juillet 2009

¹¹ Mémorial A n°243 du 16 avril 2018