

18 février 2011

**Circulaire — Marchés publics — Mise en concurrence des services postaux —
Recommandations**

Mise en concurrence des services postaux. - Recommandations

Aux pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Madame, M. le Ministre,

Mesdames, Messieurs,

Introduction

La présente circulaire fait suite à la circulaire du Premier Ministre du 15 novembre 2010 (*Moniteur belge* du 22 novembre 2010) qui rappelle aux pouvoirs adjudicateurs leurs obligations de mise en concurrence des marchés de services de courrier découlant de la libéralisation complète des services postaux en Belgique à partir du 1^{er} janvier 2011. Elle vise à apporter des conseils pratiques aux pouvoirs adjudicateurs qui doivent mettre en œuvre la libéralisation susmentionnée lors de la passation de leurs marchés.

La loi du 13 décembre 2010 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (*Moniteur belge* du 31 décembre 2010, édition 2, pp. 83267-83283), qui organise la libéralisation complète visée, est entrée en vigueur, pour l'essentiel, le 31 décembre 2010.

1) Services postaux relevant du service universel et soumis à l'obtention d'une licence ou prestés par l'opérateur désigné par la loi

1.1. En ce qui concerne les envois de correspondance qui relèvent du service universel tel que visé par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (essentiellement les envois de correspondance jusqu'à 2 kg), il est rappelé que la loi telle que modifiée:

– d'une part, désigne bpost en tant que prestataire du service universel jusqu'au 31 décembre 2018;

– d'autre part, permet que d'autres prestataires effectuent les services d'envois de correspondance domestiques et transfrontières entrants relevant du service universel. La prestation de ces services est cependant subordonnée à l'obtention préalable d'une licence individuelle. La liste des titulaires de licence figure sur le site internet de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) (1).

1.2. Deux cas de figure peuvent être envisagés en ce qui concerne les marchés publics relatifs aux services de courrier susmentionnés:

– soit un ou plusieurs titulaires de licence figurent sur la liste susmentionnée de l'IBPT et sont donc susceptibles de participer aux marchés publics relatifs à ces services. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur devra passer un marché public selon une des procédures prévues dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

– soit la liste de l'IBPT ne mentionne aucun titulaire de licence. Dans cette hypothèse, les pouvoirs adjudicateurs sont fondés à recourir aux cas de procédure négociée sans publicité prévus à l'article 17, §2, 1^o, *f*), ou à l'article 39, §2, 1^o, *e*), de la loi précitée du 24 décembre 1993, selon le cas. En effet, ces services ne peuvent, en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un prestataire de services déterminé.

Dans cette hypothèse, il est conseillé aux pouvoirs adjudicateurs de conclure un contrat avec le prestataire du service universel désigné par la loi comprenant une clause de résiliation unilatérale, permettant une mise en concurrence dès l'entrée sur le marché d'un ou de plusieurs titulaires de licence. Les conditions et modalités de la clause de résiliation sont à préciser dans le contrat.

2) Services postaux relevant ou non du service universel mais non soumis à l'obtention d'une licence

Certains services ne sont pas soumis à l'obtention d'une licence. Il s'agit des envois de correspondance transfrontières sortants, des journaux, des périodiques, des colis, des services express d'envois de correspondance, du simple transport d'envois postaux, des activités de routage et des autres services visés par l'article 148 *sexies*, §4 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, auquel il convient de se référer.

Ces services doivent être mis en concurrence et ne peuvent par conséquent pas être attribués sur la base de l'article 17, §2, 1^o, *f*), ou de l'article 39, §2, 1^o, *e*), de la loi du 24 décembre 1993, sauf démonstration de l'existence d'un monopole de fait.

Il est renvoyé pour le surplus au site internet de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (www.ibpt.be).

Enfin, il convient de souligner que les contrats en cours avec bpost qui sont antérieurs au 1^{er} janvier 2011 peuvent être honorés, sans préjudice de la possibilité de résilier le contrat si cette possibilité est prévue.

3) Applicabilité du cahier général des charges aux services postaux relevant du service universel

Vu les obligations légales et réglementaires auxquelles sont soumis les services postaux relevant du service universel (tels qu'énumérés dans l'article 142 de la loi du 21 mars 1991 précitée) et le caractère essentiel de la prestation de ces services postaux, l'application intégrale du cahier général des charges pourrait se révéler problématique.

Pour rappel, il peut être dérogé au cahier général des charges dans les conditions prévues à l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

En ce qui concerne les services postaux relevant du service universel, il peut ainsi être dérogé à un certain nombre de dispositions du cahier général des charges, pour les raisons suivantes:

3.1. Certaines caractéristiques essentielles de la prestation de services postaux visés font obstacle à l'application pleine et entière de toutes les dispositions du cahier général des charges.

La prestation des services postaux visés consiste en la levée, le tri, l'acheminement et la distribution à une certaine fréquence d'un grand nombre d'envois postaux provenant d'un grand nombre d'expéditeurs. Cette prestation de services s'effectue complètement en dehors des locaux de l'autorité adjudicatrice/expéditrice. Elle revêt un caractère continu et successif. De plus, le service est presté à chaque fois que la distribution d'un envoi a lieu.

Des dispositions concernant, par exemple, le cautionnement, le contrôle ou la réception, sont en pratique difficilement applicables à de tels services. L'organisation de l'entreprise d'un tel prestataire de services postaux est structurée d'une manière telle que les envois postaux du pouvoir adjudicateur sont traités avec les envois postaux des autres expéditeurs, dans un processus de traitement global, quel que soit le contenu de ce qui est envoyé. La prestation de ces services est donc caractérisée par son aspect de gestion en masse et par une large mesure de standardisation. Pour de tels services, des dispositions relatives à une responsabilité illimitée du prestataire de services ou à des moyens d'action du pouvoir adjudicateur sont, à ce stade, très difficiles à mettre en pratique.

3.2. Ce qui précède sous 3.1 vaut d'autant plus que les envois de correspondance demeurent en Belgique, même après le 1^{er} janvier 2011, soumis à un cadre légal et réglementaire contraignant. Ce cadre contraignant impose des exigences particulières au prestataire du service universel et à chaque prestataire de services qui aurait reçu une licence pour fournir des services postaux.

Ces exigences ont trait à la tarification, au rapportage, à l'accessibilité du service, aux exigences essentielles minimales auxquelles la prestation de services doit répondre, etc. En ce qui concerne le prestataire du service universel, ceci signifie en particulier que la politique commerciale et tarifaire que ce prestataire de services peut mener est réglementée et contrôlée par l'IBPT, en vertu de l'article 144 *ter* de la loi du 21 mars 1991. Ce contrôle porte plus précisément sur le respect des principes de non-discrimination, de transparence, de prix abordable, d'orientation vers les coûts et de péréquation tarifaire.

3.3. Considérant ce contexte, il convient de recommander de déroger aux articles 5 à 9, 13, §§3 et 4, 16, 17, 19, 20, 67, 71, 72, 74 et 75 du cahier général des charges. Il s'agit de dispositions concernant le cautionnement, le contrôle, la réception, la responsabilité du prestataire de services, les moyens d'action du pouvoir adjudicateur et d'un certain nombre de dispositions relatives au prix.

3.3.1.3.3.1. En ce qui concerne les articles 8 et 9, 13, §§3 et 4, 67, 71, 72, 74 et 75, ces dérogations peuvent être justifiées par les exigences particulières du marché, telles que décrites ci-dessus, sans que ces dérogations ne doivent être formellement motivées.

3.3.2.3.3.2. En ce qui concerne les articles 5 à 7, 16, 17 et 20 du cahier général des charges, les dérogations doivent par contre être formellement motivées. Les éléments de motivation suivants peuvent être retenus:

– articles 5 à 7 du cahier général des charges: étant donné que les services revêtent un caractère continu et successif et que chaque service a une valeur relative, il n'est pas indiqué de demander pour l'exécution de ce service une garantie;

– article 20 du cahier général des charges: l'application de cette disposition n'est, en ce qui concerne les services postaux, pas compatible avec la prestation standardisée de services, d'une part caractérisés par la gestion de masse et, d'autre part, délivrés à un prix abordable et non-discriminatoire.

Ceci ne porte pas préjudice à la possibilité offerte au pouvoir adjudicateur sur base du droit commun (art. 1184 C.C.), de mettre fin unilatéralement au contrat en cas de manquement. L'indemnité qui serait éventuellement réclamée à l'occasion de la résiliation du contrat est à déterminer conformément aux limites contractuelles convenues à ce sujet;

– article 16 du cahier général des charges: étant donné que la non- application des articles 20 et 72 affecte l'équilibre contractuel voulu par le cahier général des charges, il convient, afin de rétablir cet équilibre, de déroger aux droits accordés par l'article 16 au prestataire de services;

– article 17 du cahier général des charges: attendu qu'il est recommandé de déroger à l'article 20 du cahier général des charges (voir ci-dessus), l'application de l'article 17 n'a plus lieu d'être.

(1) bpost ne figure pas sur cette liste car elle est désignée par la loi en tant que prestataire du service universel et est, dès lors, dispensée de l'obtention d'une licence.

Le Premier Ministre, Y. LETERME