

Décision n° 2007- 0635
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 19 juillet 2007,
se prononçant sur un différend opposant la société Office France Marketing
et l'établissement public La Poste

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes,

Vu la directive 97/67/CE modifiée 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 du service ;

Vu le code des postes et des communications électroniques (CPCE), notamment ses articles, L. 5-4 et L. 2-1 ;

Vu la décision de l'Autorité n° 2006-0044 en date du 10 janvier 2006 portant modification du règlement intérieur ;

Vu la demande de règlement d'un différend enregistrée à l'Autorité le 19 avril 2007, présentée par la société Office France Marketing (OFM), SAS au capital de 114 336 euros dont le siège social se situe 6, avenue Gutenberg, ZI Larrieupolis, BP 100 à Toulouse, immatriculée au RCS de Toulouse sous le n° 339 057 101, représentée par Maître Virginie Steva-Touzery du cabinet Soucaze Steva-Touzery ;

Contexte de la saisine

Par saisine enregistrée à l'Autorité le 19 avril 2007, la société OFM présente tout d'abord son activité. Elle exerce depuis sa création en 1986 une activité de routage consistant en la réalisation de prestations afférentes au traitement, au conditionnement et à l'exécution de travaux préparatoires à l'envoi de courriers et colis remis en nombre par ses clients.

La société OFM précise qu'elle fait partie d'un "groupe" familial disposant de nombreux établissements présents notamment à Toulouse (les sociétés Transpost, OFM et Routage Toulouse Multiplis), en région parisienne (société Routex) et sur la Côte d'Azur (société Côte d'Azur Routage), qui figure parmi les cinq premiers opérateurs nationaux dans le domaine du routage.

En sa qualité de routeur, la société OFM ajoute qu'elle a pour partenaire imposé La Poste.

En effet, dans le cadre de son activité, la société OFM précise qu'elle réalise des interventions au bénéfice :

- d'une part, de ses clients, au titre de la préparation des envois comprenant notamment leur conditionnement, l'adressage, etc.

- d'autre part, de La Poste pour le compte de laquelle elle exécute des prestations préparatoires à l'expédition des campagnes publicitaires qui lui sont confiées, comprenant notamment l'affranchissement, le tri des plis, la confection de lots en fonction de leurs destinations géographiques, etc., prestations sans lesquelles La Poste ne pourrait être en mesure, demeurant les quantités concernées, de réaliser ses acheminements.

C'est ainsi que la société OFM précise qu'elle est liée avec La Poste par divers contrats dont certains dits techniques, au rang desquels figure le contrat technique de préparation Postimpact relatif au traitement de courriers.

Pour la société OFM, ce contrat régit les modalités de réalisation des prestations du routeur dans l'intérêt de La Poste, de contrôle de la bonne qualité de ces prestations par La Poste, et de détermination des rémunérations qui sont allouées au routeur en contrepartie.

La société OFM explique dans sa demande que les relations existant entre les parties, qui étaient jusque là placées sous l'égide de la concertation, se sont dégradées durant l'été 2006 en raison vraisemblablement d'un différend entre la personne du dirigeant de la société OFM et un représentant de l'antenne Toulousaine de La Poste, ce qui aurait conduit La Poste à imposer unilatéralement des sujétions multiples et pour partie nouvelles à son cocontractant.

Pour la société OFM, cette dégradation ne se serait cristallisée entre les parties qu'à partir du moment où La Poste a décidé de procéder au déménagement de la cellule de contrôle intégrée qui officiait au sein de la société.

Dans sa présentation des faits, la société OFM précise que l'annexe 9 du contrat technique de préparation Postimpact intitulée "charte du contrôle en entreprise" prévoit qu'un contrôle au sein même de l'activité courrier du routeur est exercé par une section de Conseil Contrôle Courrier de La Poste rattachée à l'établissement postal, laquelle procède à la vérification de la parfaite conformité des envois préparés par le routeur aux règles de présentation, d'affranchissement, de tri et d'expédition du courrier.

Selon OFM, cette annexe fixe ainsi les modalités selon lesquelles cette section effectue ses contrôles au sein de l'entreprise du routeur.

La société OFM ajoute que cette annexe prévoit en outre, en ses articles 3-1 et 5, que le local devant être mis à disposition de La Poste, dont les caractéristiques ne sont en rien définies précisément, doit simplement :

- être salubre, en bon état d'entretien et conforme aux règles d'hygiène et de sécurité,
- disposer d'un éclairage, d'une alimentation électrique et d'un chauffage suffisant,
- et que sa surface et son implantation au sein de l'unité de production doivent permettre à La Poste l'exercice normal de ses activités de contrôle et « par conséquent, être fixées d'un commun accord entre ses parties ».

La société OFM mentionne dans sa saisine qu'alors que les locaux mis à disposition de La Poste par la société OFM depuis l'origine, soit depuis plus de 7 ans, recueillaient son entier agrément, La Poste décidait en mai 2006 d'exiger de la société OFM la mise à disposition d'une zone de stockage "sécurisée".

La société OFM explique que, dans un premier temps, elle ne pouvait envisager le réaménagement de ses locaux intérieurs en raison de son manque de place et qu'elle ne

pouvait procéder à la couverture de la zone de quais se situant à l'extérieur des bâtiments sans solliciter de son architecte qu'il obtienne les autorisations d'urbanisme nécessaires.

Mise en demeure de s'exécuter par lettre du 11 juillet 2006, la société OFM indique ensuite que, par lettre en date du 20 juillet 2006, elle a mentionné à La Poste qu'elle ne pourrait effectuer les travaux qu'elle envisageait de réaliser et dont elle avait validé les devis, qu'au mois de septembre compte tenu de la période de congé estivale.

La Poste n'aurait nullement tenu compte de ce contexte et aurait notifié à la société OFM par lettre du 27 juillet 2006, sa décision de déménager la cellule postale à effet du 1^{er} août 2006 et la nécessité pour la société OFM, à compter de cette date, de procéder aux dépôts sur la plate-forme aéroportuaire de BLAGNAC.

La société OFM précise que le complet déménagement était opéré dès le lundi 31 juillet 2006, ne laissant à la société OFM aucun préavis réel pour lui permettre de faire face aux modifications que cela engendrait pour son activité en termes de logistique, d'organisation du temps de travail et de transport.

La société OFM rappelle également avoir notifié, par huissier de justice, le 1^{er} août 2006, un courrier à La Poste, dans lequel elle estimait que la décision de La Poste caractérisait un comportement manifeste et unilatéral et dont le caractère brutal et prématuré plaçait la société OFM dans une situation délicate.

Pour la société OFM, aucune disposition contractuelle insérée dans la charte du contrôle en entreprise ne prévoit la mise à disposition d'un local nécessairement clos. Par ailleurs, durant plus de sept ans un tel local n'avait jamais été exigé par les services postaux. Selon la société OFM, une telle mise à disposition ne serait d'ailleurs pas exigée auprès d'intervenants concurrents locaux voire nationaux de la société OFM.

La société OFM souligne qu'elle avait transféré son activité en septembre 2005 dans des locaux neufs et que lors de ce déménagement, La Poste n'avait formulé aucune réserve sur les locaux nouvellement mis à disposition.

Dans sa saisine, la société OFM rappelle avoir reçu un courrier officiel de La Poste le 17 août 2006 qui invoquait les dispositions de l'article 3.1 de la charte de contrôle en entreprise qui prévoient que : *« s'il s'avérait que l'activité de La Poste nécessite d'autres locaux ou aménagements que ceux décrits aux présentes, elle devra en faire la demande au déposant qui pourra refuser s'il estime que ces biens ne sont pas indispensables à l'obligation qui incombe à La Poste. En cas de refus que la Poste estimerait non justifié, cette dernière serait en droit de résilier le présent accord (...) »*

Selon la société OFM, La Poste aurait soutenu, alors qu'aucun échange préalable n'avait stigmatisé une quelconque anomalie grave et sérieuse dans les opérations traitées par la société OFM, que les contrôles précédemment réalisés auraient prétendument révélé des dysfonctionnements et des écarts de poids qui nécessitaient que les opérations de vérifications puissent être réalisées selon des modalités différentes de celles pratiquées auparavant, et rendaient légitime une différence de traitement avec d'autres opérateurs.

La société OFM rappelle avoir présenté un projet établi par son architecte habituel puis sollicité l'organisation d'une réunion sur site pour que soit trouvée, d'un commun accord, une

solution amiable satisfaisant les intérêts de chacun. Cette réunion a été prévue pour le 23 octobre 2006. Consécutivement à celle-ci, la société OFM rappelle avoir transmis un nouveau projet par lettre en date du 10 novembre 2006 sur lequel La Poste ne se serait toujours pas prononcée.

La société OFM fait également état dans sa saisine de deux assignations devant le tribunal de commerce de Toulouse sur le caractère prétendument injustifié d'une facture émise par La Poste pour redressement d'affranchissement et sur l'activation de la caution bancaire de la société OFM.

Suite au rappel des faits, dans sa saisine enregistrée le 19 avril 2007 à l'Autorité, la société OFM expose plusieurs moyens au soutien de ses demandes : la position de La Poste serait abusive, reposerait sur des stipulations contractuelles potestatives, de surcroît dans un contexte discriminatoire par rapport aux autres opérateurs concurrents de la société OFM, et cette situation causerait un préjudice croissant à la société OFM qui justifierait qu'il soit mis fin à ce différend dans les plus brefs délais.

1 - Les dispositions contractuelles sur lesquelles la décision de La Poste repose seraient abusives et potestatives.

Selon les dires de la société OFM, aux termes des stipulations contractuelles précitées de l'article 3.1 alinéa 2 de la charte de contrôle en entreprise, La Poste s'érigerait seul juge de l'appréciation du caractère justifié ou injustifié de sa décision de résilier la charte de contrôle interne, sans faculté d'aucun recours par le routeur, ni d'intervention d'une autorité tierce.

Ainsi, la société OFM estime qu'il s'agit dès lors d'une disposition contractuelle potestative, qui laisse à l'une seule des parties la possibilité de résilier à sa seule initiative et pour des motifs dont elle peut seule décider de la teneur, la convention en cours, et dont la mise en œuvre serait ainsi emprunte d'une totale subjectivité.

Selon la société OFM, le caractère déséquilibré et abusif de cette disposition contractuelle est d'autant plus avéré que dans l'article 3-1 de la charte de contrôle interne, il est pourtant indiqué que la surface et l'implantation au sein de l'unité de production du routeur des locaux mis à dispositions de La Poste (qui doivent lui permettre un exercice normal de ses activités de contrôle) doivent être fixées d'un commun accord entre les parties. La société OFM s'interroge donc sur la notion de "*commun accord*" à partir du moment où un refus de déférer à la demande de La Poste justifierait, à la stricte initiative de celle-ci, la résiliation de la charte du contrôle en entreprise et en conclut qu'une telle disposition n'est pas en soi licite.

La société OFM rappelle qu'elle n'a pas refusé de déférer à la demande de La Poste et a indiqué, dans un premier temps, qu'elle se heurtait à des difficultés matérielles pour y satisfaire, puis ensuite, qu'elle envisageait une autre solution pour laquelle elle disposait de devis correspondant à des travaux dont l'exécution interviendrait dès septembre 2006.

La société OFM estime avoir fait preuve d'une volonté de conciliation réaffirmée en proposant plusieurs projets et en s'engageant à réaliser les travaux après le déménagement de la cellule postale.

2 - L'usage par La Poste de telles dispositions contractuelles présenterait au cas d'espèce un caractère strictement abusif.

Selon la société OFM, durant plus de sept ans, aucune modification des locaux mis à disposition de La Poste n'aurait été sollicitée par les services postaux qui se satisfaisaient de ceux existants jusqu'alors. La société OFM rappelle avoir transféré son activité en septembre 2005 dans des locaux neufs, sans que La Poste n'ait formulé à cette occasion aucune réserve sur les locaux qui étaient mis à disposition et constate avoir collaboré lors de ce déménagement, à la mise en place d'un système de pesée tout au long du centre de tri dédié à La Poste.

La société OFM constate que moins de huit mois plus tard, La Poste réclamait la création d'une "aire sécurisée" soutenant que cette exigence serait nécessaire pour l'exercice normal de ses opérations de contrôle alors qu'aucune modification du processus de production de la société OFM ne serait intervenue entre temps. Selon la société OFM, La Poste aurait ultérieurement soutenu que des contrôles antérieurs portant sur des expéditions de la société OFM auraient stigmatisé des dysfonctionnements ou écarts de poids nécessitant une plus grande rigueur dans la réalisation des opérations de vérification. La société OFM regrette la suspicion engendrée par la Poste vis-à-vis de ses activités alors qu'aucun élément n'avait été antérieurement relevé et dénoncé.

Selon la société OFM une telle attitude de La Poste démontrerait sa volonté d'user de sa position dominante pour imposer à son cocontractant des sujétions nouvelles, coûteuses et sans fondement.

3 - Enfin, selon la société OFM la décision de La Poste engendrerait des conditions d'exploitation discriminatoires vis à-vis d'elle

En effet, la société OFM expose dans sa saisine que les exigences de La Poste vis-à-vis d'elle ne seraient pas similaires à celles opposées à d'autres opérateurs en matière de routage sur le plan local et national et que La Poste l'aurait implicitement reconnu dans sa lettre du 11 août 2006 et aurait justifié cette différence de traitement par les prétendues irrégularités qu'elle aurait constatées lors de dépôts de la société OFM.

Or, selon la société OFM, ces irrégularités seraient inexistantes et en tout état de cause nullement avérées. Pour la société OFM, si les dysfonctionnements dont se plaint La Poste étaient réels et excédaient ceux qui se constatent usuellement dans le cadre de l'activité normale d'un routeur, La Poste n'aurait pas manqué d'en faire état auprès de son cocontractant au moyen d'échanges épistolaires.

C'est pourquoi selon la société OFM il s'agirait manifestement d'une pratique discriminatoire de La Poste qui devrait être sanctionnée.

La société OFM conclut sa saisine en soulignant que cette situation lui cause un préjudice croissant qui justifierait qu'il soit mis fin à ce différend dans les plus brefs délais.

En effet, pour la société OFM le déménagement de la cellule postale lui causerait un lourd préjudice car jusque là, La Poste procédait au transport de l'ensemble des plis et colis postaux, sous sa responsabilité et à ses frais exclusifs, de la société OFM jusqu'à sa plateforme d'expédition.

La société OFM précise également qu'elle doit non seulement assumer les coûts de transports correspondants mais aussi adapter son activité aux horaires de dépôt qui lui sont imposés, ce d'autant que La Poste, à compter du 21 septembre 2006, a réorienté les dépôts vers une plateforme encore plus lointaine de la société OFM, se situant à L'UNION à l'opposé du siège de la société OFM, nécessitant des temps de transport plus importants.

Pour la société OFM, qui, se voit parfois dans l'impossibilité de déposer au jour et heure convenus, ces changements ont entraîné une désorganisation interne générant des difficultés supplémentaires notamment au titre de l'attribution de la rémunération qualité des prestations techniques réalisées par la société OFM.

En outre, la société OFM estime que s'agissant d'une pratique discriminatoire vis-à-vis de ses concurrents locaux, elle ne dispose pas d'une égalité de traitement par rapport à ses concurrents, et augmente d'autant ses coûts de production.

C'est pourquoi la société OFM sollicite l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes afin que celle-ci "*intervienne auprès de la POSTE pour qu'une solution visant à réintégrer la cellule postale de contrôle au sein des locaux de la société OFM puisse lui être imposée, si nécessaire de façon comminatoire, ce sans préjudice des dommages et intérêts qui pourront être réclamés en réparation du préjudice qui en découle pour la société OFM.*"

La société OFM estime enfin que les agissements de La Poste sont condamnables au sens de l'article L 420-2 du code du commerce qui dispose que « *l'exploitation abusive par une entreprise d'une position dominante sur le marché intérieur* ».

Vu les observations en défense de La Poste enregistrées à l'Autorité le 24 mai 2007 ;

Dans son mémoire en défense, La Poste commence par présenter les faits et la procédure avant de soulever l'absence de compétence de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, l'absence de caractère potestatif et de contester la prétendue utilisation abusive de l'article 3-1 de l'annexe 9 du contrat technique de préparation.

I - Rappel des faits et de la procédure par la Poste

1. Présentation par La Poste des relations contractuelles entre La Poste et la société OFM

La Poste rappelle tout d'abord que la société OFM est une entreprise de routage qui réalise notamment, pour le compte d'émetteurs, le conditionnement, l'adressage, et la préparation de plis et elle souhaite d'emblée lever la confusion qui serait créée par la société OFM dans ses écritures quant aux relations contractuelles en cause. En effet, pour La Poste, contrairement à ce qu'indique la société OFM, ce ne serait pas un mais deux contrats distincts qui la lieraient à La Poste :

- d'une part, un contrat annuel Postimpact dit « contrat produit » conclu le 22 novembre 2000, dont les conditions sont expressément fixées dans le catalogue du service universel et qui ont fait l'objet d'une décision de l'Autorité datée du 18 juillet 2006. Selon La Poste, ce contrat définit les conditions dans lesquelles La Poste prend en charge l'acheminement, la distribution, la facturation et le paiement des produits Postimpact qui lui sont remis par la société OFM. Ce contrat offre, en outre, à la société OFM la possibilité d'affranchir en dispense de timbrage les envois de correspondance, l'affranchissement faisant l'objet d'une facturation par La Poste à la société OFM (affranchissement pour compte de tiers). Dans le cadre de ce contrat, La Poste estime qu'elle est prestataire de services d'envois postaux et que la société OFM est son client.

- d'autre part, un contrat technique de préparation Postimpact conclu le 12 juillet 1999, aux termes duquel, selon La Poste, la société OFM s'engagerait à assurer pour La Poste un certain nombre de prestations techniques de dépôt, de préparation (tri de plis) et de conditionnement des envois de « Postimpact », ces prestations étant destinées à faciliter le traitement de ces produits par La Poste. La Poste verse à la société OFM une rémunération pour ces prestations.

Dans le cadre de ce contrat, La Poste estime que c'est la société OFM qui fournit des services à La Poste.

La Poste précise ensuite que ce contrat dit « technique » contient une annexe 9, intitulée « Charte du contrôle en entreprise », qui précise les conditions de mise en place et de fonctionnement d'une cellule de contrôle (dénommée "S3C type O"). Cette cellule, située dans les locaux de la société prestataire et constituée d'agents de La Poste, a pour fonction de vérifier la conformité des envois préparés par le routeur aux spécifications des prestations de dépôt, de préparation et de conditionnement réalisées pour le compte de La Poste.

Pour La Poste, les préparations prévues par le contrat technique de préparation sont à distinguer des prestations qui font l'objet du contrat Postimpact, ces dernières donnant lieu à des tarifs préférentiels, ce qui aurait été constaté par le Conseil de la concurrence, dans une décision du 17 novembre 2005.

2. Les faits à l'origine du présent litige présentés par La Poste

Au cours du premier semestre de l'année 2005, La Poste estime que plusieurs erreurs et irrégularités portant notamment sur les quantités de courrier déposées par la société OFM auraient été constatées. De graves incidents survenus dans le contexte de l'activité de routage de la société OFM auraient également conduit La Poste à déposer plusieurs plaintes pour contrefaçon, faux et usage de faux.

Afin de remédier à ces défaillances et de rendre le contrôle opérant, La Poste aurait demandé à la société OFM, à plusieurs reprises, dès l'année 2005, de créer une aire de stockage sécurisée permettant d'isoler le courrier contrôlé avant son enlèvement par La Poste. Selon La Poste, cette aire permettait de lever définitivement toute forme d'irrégularité relative aux flux confiés par la société OFM à La Poste.

La Poste souligne ensuite que la société OFM aurait tout d'abord accédé apparemment à cette demande en promettant l'aménagement d'une aire de stockage sécurisée, à l'occasion

de son déménagement dans de nouveaux locaux au mois de septembre 2005. La Poste précise que la société OFM aurait d'ailleurs présenté à La Poste un devis, pour la création de l'aire de stockage sécurisée, d'un montant de moins de 10 000 euros et qu'elle se serait ensuite purement et simplement opposée à cet aménagement.

La Poste explique qu'au début de l'année 2006, compte tenu du contexte local «difficile» ayant directement des conséquences sur son personnel, elle a décidé du remplacement des agents affectés à la cellule de contrôle. La société OFM aurait refusé de donner accès à la cellule aux nouveaux agents désignés, remettant ainsi en cause « l'exercice normal des activités de contrôle», contrairement aux stipulations de l'annexe 9 du contrat technique de préparation. La Poste fait état d'un constat d'huissier qui aurait été dressé à cette occasion, le 17 janvier 2006.

La Poste rapporte que lors d'une réunion le 15 mai 2006, le président de la société OFM a une nouvelle fois refusé la création d'une aire de stockage sécurisée.

Compte tenu de la systématisation des irrégularités constatées, La Poste précise avoir indiqué à la société OFM, par une lettre du 29 mai 2006, qu'à défaut d'aménagement d'une aire de stockage sécurisée avant le 1er juillet 2006, elle se réservait, en application de l'annexe 9 du contrat technique de préparation, la possibilité de ne plus exercer le contrôle des opérations de préparation au sein de l'entreprise, ce qui conduirait à retirer la cellule de contrôle des locaux de la société OFM et à faire déposer par la société OFM ses flux directement au centre de tri.

La Poste explique que la société OFM aurait maintenu son refus de remédier aux irrégularités constatées et proféré des menaces, invectives et agressions verbales à l'endroit des agents de La Poste.

Par une lettre du 13 juin 2006, La Poste indique avoir renouvelé auprès de la société OFM sa demande de création d'une aire de stockage sécurisée et avoir précisé, une nouvelle fois, qu'elle se verrait contrainte au retrait de la cellule de contrôle, en cas de refus de la société OFM de procéder à cet aménagement, en application de l'article 3-1 de l'annexe 9 du contrat technique de préparation.

La Poste indique qu'au cours d'une nouvelle réunion en date du 21 juin 2006, Monsieur Hauchard, le président de la société OFM, aurait signifié, en des termes extrêmement menaçants, le maintien de son refus de réalisation des aménagements en cause mais que le 23 juin 2006, la société OFM aurait toutefois indiqué à La Poste qu'elle ferait le nécessaire, sans préciser les conditions dans lesquelles elle entendait réaliser les aménagements.

La Poste ajoute que par une lettre du 7 juillet 2006, elle a, de nouveau, informé la société OFM de la persistance des irrégularités, en particulier des différences conséquentes entre les quantités déclarées et celles contrôlées, ce qui conduisait La Poste à acheminer d'autres flux en plus de ceux pour lesquels elle percevait le prix de l'affranchissement et ce, dans des proportions importantes.

La Poste observe que même à ce stade, elle n'a nullement résilié le contrat technique de préparation, alors que l'application dudit contrat le lui permettait.

Elle rappelle avoir, par lettre du 11 juillet 2006, mis en demeure la société OFM de procéder à la réalisation de l'aire de stockage sécurisée dans un délai de 15 jours et lui avoir précisé que le défaut de se conformer à cette mise en demeure constituerait une méconnaissance des obligations contractuelles autorisant La Poste à résilier l'annexe 9 du contrat technique de préparation et conduirait, en conséquence, au retrait de la cellule de contrôle implantée dans les locaux de la société OFM.

La Poste précise que le 27 juillet 2006, en l'absence de démarches dans ce sens de la part de la société OFM, elle l'a donc informée que le retrait de la cellule aurait lieu le 31 juillet 2006 et l'a invitée, à compter du 1^{er} août 2006, à déposer ses envois auprès de l'établissement de Haute Garonne CTC – site API (Aviation Postale Intérieure) - situé à Blagnac, site sur lequel la société OFM déposait déjà régulièrement ses préparations pour la presse.

Aucun accord n'ayant été trouvé entre les parties et compte tenu des contraintes d'exploitation et de sécurité sur le site situé à Blagnac qui rendaient la gestion des dépôts sur ce site trop complexe (notamment, dépôts importants de presse, zone aéroportuaire sécurisée), La Poste ajoute avoir informé, le 7 septembre 2006, la société OFM du transfert de la cellule de contrôle sur un autre site situé à L'Union, à compter du 21 septembre 2006.

Selon La Poste, l'aire de stockage sécurisée n'aurait jamais vu le jour, malgré le nouvel engagement pris par la société OFM lors d'une réunion qui s'est tenue le 23 octobre 2006, de réaliser les aménagements nécessaires et malgré la lettre du 10 novembre 2006, par laquelle la société OFM aurait annoncé à La Poste une proposition de création d'une nouvelle aire, projet qui serait demeuré sans suite en l'absence de communication du descriptif de ce projet.

La Poste estime avoir cherché, à de nombreuses occasions, une solution en accord avec la société OFM afin de garantir l'effectivité du contrôle de la préparation des envois, avec la volonté d'éviter de rompre les relations contractuelles.

Or, selon La Poste, le site de L'Union, comme tous les sites de même nature de La Poste, ne laisserait subsister aucune ambiguïté entre les flux déposés et les flux contrôlés.

La Poste souligne qu'à la suite des contrôles qu'elle a effectués sur le site de L'Union, elle a adressé, le 8 décembre 2006, à la société OFM une facture d'affranchissement d'un montant de 126 994,36 euros. Pour La Poste, cette facture faisait suite à plusieurs redressements d'affranchissement qu'elle avait effectués à la suite de contrôles. La Poste constate qu'une fois le contrôle rendu effectif, les irrégularités ont pu être naturellement décelées, constatées et redressées.

La Poste ajoute que le 26 décembre 2006, la société OFM a refusé de s'acquitter de cette somme, en contestant la pertinence des contrôles effectués.

La Poste rapporte avoir mis en demeure la société OFM de régler cette facture le 12 janvier 2007, en lui fournissant les explications justifiant les contrôles réalisés et s'être retournée vers la caution bancaire de la société, la société OFM ne s'étant pas conformée à la mise en demeure.

Pour la Poste, c'est dans ce contexte que la société OFM a assigné La Poste, le 7 mars 2007 devant le tribunal de commerce de Toulouse aux fins notamment de constater le caractère injustifié de la facture émise par La Poste et de juger abusive l'activation de la

caution bancaire. La société OFM a également assigné La Poste devant le même tribunal, le 10 avril 2007, en contestant les contrôles effectués et les factures émises, afin de voir La Poste condamnée sur le fondement des articles 1134 du code civil et 420-2 et 420-3 du code de commerce.

Pour La Poste, la saisine de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes intervient dans ce contexte et non pas à l'occasion du déplacement de la cellule de contrôle en tant que tel, le 1^{er} août 2006. La Poste considère que la demande de la société OFM, par saisine en date du 19 avril 2007, de règlement de différend en application de l'article L. 5-4 du CPCE reprend dans les mêmes termes les requêtes formées devant le tribunal de commerce de Toulouse.

II - Discussion

Selon La Poste, l'Autorité ne serait pas compétente pour trancher le présent règlement de différend, pour se prononcer sur le caractère potestatif d'une clause contractuelle et pour qualifier le comportement de La Poste d'abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du CPCE (1). Si toutefois l'Autorité se déclarait compétente pour connaître du litige, La Poste estime que les moyens invoqués par la société OFM ne pourront qu'être écartés comme non fondés (2).

1. Sur l'absence de compétence de l'Autorité

1.1 - La Poste soulève l'absence de compétence de l'Autorité pour connaître du présent règlement de différend

Pour La Poste, la société OFM conteste la décision de La Poste de déplacer la cellule de contrôle visée à l'article 3-1 de l'annexe 9 du contrat technique de préparation conclu le 12 juillet 1999. Elle fonde sa demande sur les dispositions de l'article L. 5-4 du CPCE.

Selon La Poste, il ressort de ces dispositions que l'article L. 5-4 ne serait applicable qu'aux contrats portant sur des services proposés par La Poste en tant que prestataire de services postaux et dérogeant aux conditions générales du service universel d'envoi de correspondances. Seuls seraient soumis à cette disposition les contrats :

- conclus par La Poste avec les expéditeurs d'envois de correspondance en nombre, les entreprises de routage ou les titulaires d'autorisation, par opposition aux contrats conclus par La Poste avec ses fournisseurs ;
- portant sur des offres spécifiques d'envoi de correspondances ;
- et ce, uniquement lorsque le différend porte sur les tarifs ou les conditions déterminés par La Poste pour les prestations qu'elle fournit.

Or au cas d'espèce, aucune de ces trois conditions ne serait satisfaite.

a) Tout d'abord, le contrat technique de préparation invoqué par la société OFM ne serait nullement un contrat dérogeant aux conditions générales de l'offre de service universel proposé par La Poste : aux termes de ce contrat technique de préparation, la société OFM ne serait pas un client de La Poste mais son prestataire.

Pour La Poste, contrairement à ce qu'affirme la société OFM, ce serait sur le contrat technique de préparation que seraient fondées ses demandes, et non pas sur des stipulations du contrat Postimpact. La société OFM ferait à cet égard une présentation inexacte des relations contractuelles qu'elle entretient avec La Poste en produisant l'annexe 9, objet du litige, en tant qu'annexe au « contrat Postimpact » alors que cette pièce constituerait en réalité une annexe au « contrat technique de préparation ».

Or, La Poste considère ne pas être partie à ce contrat technique de préparation en tant que prestataire déterminant les tarifs et les conditions des prestations dérogeant aux conditions générales du service universel mais en qualité de client de la société OFM, pour l'achat de prestations de préparation de courrier.

La Poste fait référence à la décision du Conseil de la concurrence du 17 novembre 2005 et cite :

« Le tri comprend le groupement en liasses et sacs postaux par destination (par département, ville importante) des objets postaux. L'objectif est de faciliter l'acheminement des plis et donc d'accélérer la distribution postale. Il peut être décomposé en deux catégories. Le premier type de tri permet simplement d'accéder aux tarifs préférentiels de La Poste (Postimpact, Catalogue, Coliéco), selon des critères de présentation, de volume par expédition, de poids et de tri. Le second type de tri est un tri complémentaire plus fin, sous forme de travaux préparatoires effectués par les routeurs ou directement par les clients (depuis 1999), et achetés par La Poste, sous la forme de contrats techniques » (point 11 de la décision du Conseil).

Pour La Poste, le contrat technique de préparation constituerait un contrat de sous-traitance, par lequel, en qualité de cliente de l'entreprise de routage, elle achèterait des prestations de préparation du courrier.

Ainsi selon La Poste, il résulterait de ces éléments que le contrat technique de préparation conclu le 12 juillet 1999, sur lequel sont fondées les demandes de la requérante, serait un contrat de sous-traitance et en aucun cas un contrat dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel proposée par La Poste, pouvant être soumis à l'ARCEP sur le fondement de l'article L. 5-4 du CPCE. Pour La Poste, l'Autorité ne serait donc pas compétente pour connaître de la demande portée devant elle par la société OFM.

b) En outre, La Poste estime que d'une part, le contrat technique de préparation constituerait un contrat d'achat de prestations techniques de tri par La Poste auprès d'un fournisseur et nullement un contrat d'acheminement ou de distribution d'envois de correspondances. Il n'aurait, par suite, pas la nature d'un contrat dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel d'envois de correspondances visé à l'article L. 5-4 du CPCE, qui peut faire l'objet, en cas de désaccord sur sa conclusion ou son exécution, d'une demande de règlement de différend.

D'autre part, La Poste estime qu'en application de l'article L. 5-4 du CPCE, l'Autorité ne pourrait être saisie d'un différend portant sur la conclusion ou l'exécution d'un contrat dérogeant aux conditions générales du service universel *« lorsque ce différend est relatif aux règles mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 2-1 »*. Le 2ème alinéa de l'article L. 2-1 du CPCE précise que *« Le prestataire détermine les tarifs et les conditions de ces prestations selon des règles objectives et non discriminatoires »*. Or, pour La Poste, le contrat technique

de préparation, objet du présent différend, ne viserait pas La Poste en tant que prestataire déterminant les tarifs et les conditions des prestations dérogeant aux conditions générales du service universel mais, en sa qualité de client de la société OFM pour l'achat de prestations de préparation de courrier.

c) A titre subsidiaire, La Poste remarque qu'en application des dispositions combinées des articles L. 5-4 et L. 2-1 alinéa 2 du CPCE, l'Autorité ne pourrait être appelée à n'examiner le caractère objectif et non discriminatoire que pour les tarifs ou les conditions d'une offre dérogatoire à celle proposée par La Poste au titre du service universel.

La Poste rappelle que la demande de la société OFM porte sur les modalités d'exécution technique du contrôle des opérations de préparation du courrier et leur résolution en cas de désaccord entre les parties au contrat, et non sur les tarifs ou les conditions d'une offre dérogatoire à celle proposée par La Poste au titre du service universel.

Ainsi selon La Poste, il en résulterait que l'Autorité ne serait pas compétente, en application des dispositions de l'article L. 5-4 du CPCE, pour se prononcer sur le présent règlement de différend.

1.2- La Poste soulève ensuite l'absence de compétence de l'ARCEP pour se prononcer sur le caractère potestatif d'une clause contractuelle

La Poste considère qu'il n'appartient pas davantage à l'Autorité de se prononcer sur le caractère prétendument potestatif des stipulations de l'article 3-1 de l'annexe 9 du « contrat technique de préparation », compétence qui relèverait du seul juge du contrat.

En vertu des dispositions combinées des articles L. 5-4 et L 2-1 alinéa 2 du CPCE, La Poste estime que l'ARCEP ne peut se prononcer que sur le caractère objectif et non discriminatoire des tarifs ou des conditions d'une offre dérogatoire à celle proposée par La Poste au titre du service universel.

Au sens du droit civil des obligations, une condition est « potestative » lorsque la naissance ou l'exécution d'une obligation dépend de la seule volonté d'un seul des contractants.

La Poste précise que cette notion obéit à un régime juridique totalement distinct et autonome par rapport aux critères d'objectivité et de non discrimination afférents à la régulation sectorielle. La recherche de son existence devrait donc faire l'objet d'une analyse juridique spécifique et autonome. Ainsi, pour La Poste, l'Autorité ne pourrait déduire du défaut d'objectivité ou de la nature discriminatoire d'une clause, son caractère potestatif. Réciproquement, il ne pourrait résulter du caractère potestatif d'une clause, son défaut d'objectivité ou sa nature discriminatoire.

Dans ces conditions, La Poste estime que les critères et la méthode utilisés pour la recherche du caractère potestatif d'une clause sont radicalement différents de ceux qui président à l'analyse du caractère objectif et non discriminatoire de cette même clause.

En conséquence, La Poste conclut qu'il n'appartient pas à l'Autorité, dont la compétence est circonscrite, en application des articles L 5-4 et L 2-1 du CPCE, au seul

examen du caractère objectif et non discriminatoire des tarifs et des conditions contractuels des prestations concernées, de se prononcer sur le caractère potestatif de la clause invoquée par la société OFM. En effet, pour La Poste, seul le juge du contrat serait compétent en cette matière.

1.3 - La Poste soulève enfin l'absence de compétence de l'Autorité pour se prononcer sur un éventuel abus de position dominante

La Poste rappelle que la société OFM soutient que les agissements de La Poste seraient condamnables au sens de l'article L 420-2 du code de commerce relatif à l'exploitation abusive d'une position dominante.

Or, selon La Poste, l'Autorité aurait déjà décidé à plusieurs reprises qu'il ne lui appartenait pas, sur le fondement de sa compétence de règlement de différend dans le secteur des communications électroniques, « de se prononcer sur l'abus allégué de position dominante de France Télécom ».

Dès lors, La Poste considère que l'ARCEP n'est pas compétente, en tout état de cause, pour se prononcer sur le prétendu abus de position dominante invoqué par la société requérante.

2. A titre subsidiaire, sur l'absence de caractère potestatif et la prétendue utilisation abusive de l'article 3-1 de l'annexe 9 du « contrat technique de préparation »

2.1 – Sur le caractère non potestatif de l'article 3-1 de l'annexe 9 du « contrat technique de préparation »

Pour La Poste, à supposer que l'Autorité se déclare compétente pour connaître du présent différend et pour se prononcer sur le caractère potestatif de l'article 3-1 de l'annexe 9 du contrat technique de préparation, elle ne pourrait conclure dans le sens du requérant.

En effet, pour La Poste, il lui incombe, au titre du contrat technique de préparation et de ses annexes, d'affecter les moyens nécessaires au fonctionnement de la cellule de contrôle (article 4 de l'annexe 9 du contrat technique de préparation).

La Poste considère que cette cellule aurait pour fonction de contrôler les préparations réalisées par le déposant, rémunérées par La Poste (article 5.2 du contrat technique de préparation). Pour La Poste, il lui appartiendrait donc naturellement de déterminer si les conditions de sécurisation de la cellule permettent à ses agents de réaliser de façon effective les opérations de contrôle des prestations réalisées par le déposant pour le compte de La Poste.

La Poste rappelle que le Conseil de la concurrence aurait d'ailleurs clairement relevé, dans un cadre analogue à celui de l'espèce, que « La Poste ne rémunère que ce qu'elle peut contrôler » (point 189 de la décision du Conseil précitée)

C'est dans cette perspective que La Poste estime que l'article 3-1 de l'annexe 9 du contrat technique de préparation - et non l'article 5-2 prévoit que « *s'il s'avérait que l'activité de La Poste nécessitait d'autres locaux ou aménagements que ceux mis à disposition, elle devra en faire la demande au déposant qui pourra refuser s'il estime, que ces biens ne sont pas indispensables à l'obligation qui incombe à La Poste. En cas de refus que La Poste estimerait non justifié cette dernière serait en droit de résilier le présent accord (...)* »

La Poste considère que cette clause, à laquelle la société OFM aurait d'ailleurs souscrit inconditionnellement, organiserait une discussion contradictoire entre les parties au cas où l'activité de La Poste nécessiterait une modification des conditions de contrôle des activités de préparation. Pour La Poste, cette clause prévoirait qu'en cas de refus injustifié du cocontractant des demandes d'aménagements demandés par La Poste, cette dernière peut résilier le contrat technique de préparation.

Or, pour La Poste les circonstances de l'espèce montrent que la demande de La Poste de procéder à des adaptations du site de contrôle résulterait des nombreuses irrégularités survenues sur ce site et du refus injustifié de la société OFM de contribuer à leurs résolutions.

Ainsi pour La Poste, il ne pourrait donc pas être raisonnablement soutenu que l'application de cette clause résulterait d'une volonté unilatérale de La Poste et serait susceptible de ce seul fait de présenter un caractère potestatif.

Pour La Poste, en cas de désaccord sur la résiliation du contrat à son initiative, ce qui, n'aurait pas été le cas en l'espèce, le cocontractant resterait, par ailleurs, toujours libre de saisir le juge du contrat.

2.2 – Sur la prétendue utilisation abusive de l'article 3-1 de l'annexe 9 du « contrat technique de préparation »

La Poste rappelle que la société OFM soutient, en outre, que La Poste aurait fait une utilisation abusive de la clause susvisée.

Pour La Poste, un tel moyen ne saurait prospérer.

D'une part, La Poste estime qu'elle n'a pas fait application de l'article 3-1 précité mais s'est bornée à déplacer la cellule de contrôle, dans laquelle ses agents opéraient, sans user de la possibilité qui lui est offerte de résilier le contrat technique de préparation. Par suite, La Poste n'ayant pas fait application des stipulations susvisées, elle estime que le requérant ne saurait valablement lui reprocher, *a fortiori*, d'en avoir fait une utilisation abusive.

D'autre part, La Poste considère que le déplacement de la cellule de contrôle qu'elle a effectué était pleinement justifié, tant par les difficultés techniques intervenues, qu'au regard du climat de menaces qui pesait sur ses agents qui faisaient obstacle à la réalisation des opérations de contrôle dans des conditions satisfaisantes. La Poste renvoie à ce titre aux attestations de ses agents des 2, 19 et 22 juin 2006.

Pour La Poste, ces difficultés, qui trouveraient leur origine dès l'année 2005, auraient été exposées de façon détaillées dans les conclusions en défense de La Poste devant le tribunal

de commerce de Toulouse qui évoquent, en outre, les graves incidents survenus dans le contexte de l'activité de routage de la société OFM qui auraient conduit La Poste à déposer plusieurs plaintes pour contrefaçon, faux et usage de faux.

Indépendamment de ces éléments, La Poste estime avoir recherché à de nombreuses occasions, à trouver une solution en accord avec la société OFM, afin de garantir l'effectivité du contrôle de la préparation des envois, avec la volonté d'éviter de rompre les relations contractuelles.

Devant la nécessité d'assurer le contrôle ainsi que la sécurité de ses agents, dont elle a la responsabilité, et l'impossibilité de parvenir à un accord avec la société OFM, La Poste considère avoir été dans l'obligation de déplacer la cellule de contrôle. Mais ce déplacement aurait toujours été considéré comme une mesure temporaire, avant de trouver une solution plus adaptée.

Compte tenu de ces éléments, La Poste conclut que le moyen de la société OFM tendant à ce que l'Autorité dise que La Poste aurait fait une utilisation abusive de l'article 3-1 de l'annexe 9 du contrat technique de préparation ne pourrait qu'être écarté comme étant non fondé.

3 - Sur l'absence de comportement discriminatoire de La Poste

La Poste rappelle que la société OFM soutient que la décision de La Poste de déménager la cellule de contrôle engendrerait des conditions d'exploitation discriminatoires à son encontre et qu'une telle pratique «devra être sanctionnée».

Pour La Poste, ce moyen n'est pas sérieux.

La Poste estime que la société OFM invoquerait le caractère discriminatoire des mesures de déplacement de la cellule de contrôle prises par La Poste sans le justifier : elle se bornerait à exposer de simples conjectures sans établir que La Poste se serait comportée différemment avec un autre cocontractant qui serait placé dans la même situation ou aurait adopté le même comportement.

Au demeurant, La Poste considère avoir été conduite à déplacer la cellule de contrôle compte tenu de circonstances particulières qui remettraient en cause l'effectivité et l'exhaustivité du contrôle par ses agents. Pour La Poste, toute entreprise de routage qui aurait eu la même attitude et les mêmes agissements que la société OFM aurait évidemment fait l'objet de mesures analogues ou identiques à celles que La Poste a été contrainte de prendre.

Pour La Poste, loin de résilier le contrat technique de préparation, comme elle aurait pu le faire en application de l'article 3-1 de l'annexe 9 du contrat technique de préparation, elle a toujours recherché une solution qui convienne aux deux parties et permettant de garantir l'exercice effectif du contrôle des travaux de préparation. D'ailleurs, selon elle, le déplacement de la cellule a toujours été considéré comme une mesure intermédiaire et temporaire, avant de trouver une solution plus adaptée, comme en attestent les réunions qui ont eu lieu après le déplacement de la cellule.

La Poste considère que les différents échanges intervenus postérieurement au déplacement de la cellule de contrôle montreraient que la recherche d'une solution a toujours été au cœur de sa relation avec son fournisseur.

Par suite, La Poste estime que le moyen tendant à ce que l'Autorité conclue au comportement discriminatoire de La Poste ne pourra qu'être écarté comme non fondé.

Pour La Poste, il résulterait de tout ce qui précède, que l'ensemble des moyens soulevés par la société OFM, à l'appui de sa demande de règlement de différend, ne pourront qu'être rejetés.

Vu les réponses apportées par La Poste et la société OFM au questionnaire des rapporteurs en date du 16 mai 2007, enregistrées le 5 juin 2007 ;

Vu les observations en réplique de la société OFM enregistrée à l'Autorité le 15 juin 2007 ;

I – Sur la compétence de l'Autorité pour trancher le présent différend

La société OFM rappelle les dispositions de l'article L. 5-4 du CPCE et en déduit que le pouvoir juridictionnel dont dispose l'Autorité nécessite que le différend qui lui est soumis porte :

- sur la conclusion ou l'exécution d'un contrat conclu avec un intermédiaire groupant des envois de correspondances de plusieurs clients, au rang desquels figurent sans discussion, les routeurs (cette disposition ne pose donc aucune difficulté en l'espèce).
- ce contrat doit déroger aux conditions générales de l'offre de service universel postal et inclure des tarifs spéciaux ;
- le point litigieux doit porter sur les tarifs ou les conditions des prestations devant être réalisées par La Poste qui doivent être objectives et non discriminatoires.

1-1. Selon la société OFM, les dispositions contractuelles objets du présent différend relèvent d'un contrat dont les conditions dérogent aux conditions générales du service postal universel.

La société OFM rappelle que les dispositions contractuelles sur le fondement desquelles elle a saisi l'Autorité sont constituées par l'annexe 9 du contrat technique de préparation Postimpact, dénommée « charte de contrôle en entreprise », qui fixe les modalités selon lesquelles la section de Conseil Contrôle Courrier (S3C) effectue au sein de l'entreprise du routeur toutes les vérifications se rapportant au traitement des courriers.

Sur l'argument de La Poste soutenant qu'il s'agit d'une disposition relevant d'un contrat technique de préparation, qu'elle qualifie de contrat de sous-traitance en vertu duquel elle disposerait d'une qualité de client de l'entreprise de routage et non de prestataire de service universel, la société OFM rappelle que le service universel postal est défini par les dispositions de l'article L. 1 du CPCE comme étant les opérations de levée, de tri, d'acheminement et de distribution des envois postaux. Pour la société OFM, plus généralement, tout ce qui a trait aux affranchissements de plis relève du service universel postal.

Elle souligne que deux contrats principaux unissent les parties :

- un contrat Postimpact, dit également contrat « produit », qui fixe les conditions de tarifications des affranchissements préférentielles en fonction des volumes déposés et de tris préparatoires effectués par le routeur et qui relève donc du service universel postal ;
- un contrat technique de préparation Postimpact, dit également contrat « technique », qui fixe les modalités de rémunération de la qualité des prestations réalisées par le routeur, en fonction de critères définis par La Poste, incluant la qualité du tri, des prévisions, de bon remplissage des contenants.

La société OFM s'attache à apprécier la portée et le champ d'application de la charte de contrôle en entreprise qui est au centre du présent différend : pour elle, la réalisation de contrôles par La Poste est logiquement et contractuellement prévue tout autant dans ses contrats « produits » que dans des contrats « techniques ». Or, selon la société OFM, la cellule S3C et la charte de contrôle en entreprise ont vocation à permettre la réalisation de l'intégralité de ces contrôles, sans distinction entre ce qui relève d'une part du contrat « technique » et d'autre part du contrat « produit ». Elle cite à cet effet le préambule de la charte de contrôle en litige qui prévoit que : « *Le Déposant assure, pour le compte de La Poste, les travaux préparatoires à l'acheminement et la distribution des produits courriers dans le cadre des contrats mentionnés à l'article 1 des conditions particulières du présent contrat* ». Or, cet article 1 indique notamment « *le Déposant a conclu avec La Poste, un contrat produit POSTIMPACT signé le 15 juin 1999. Le Déposant a conclu avec La Poste les contrats d'affranchissement prenant effet le 1^{er} juillet 1999...* »

De même, la société OFM précise que dans les définitions figurant à l'article 2 de la charte du contrôle en entreprise, le terme générique « contrat » est défini comme suit : « *les parties entendent par contrat tous les contrats Produit et contrats techniques signés antérieurement ou postérieurement à la présente charge* ».

Elle en déduit que la cellule S3C réalise des contrôles qui dépendent autant des contrats produits relevant sans contestation du service postal universel, que de contrats techniques où la discussion pourrait être instaurée même si, à ce titre, ceux-ci prévoient également de façon précise la rémunération des prestations de tri qui relèvent du service universel postal en vertu des dispositions de l'article L. 1 du CPCE.

La société OFM en conclut qu'en vertu de ses propres termes, la charte de contrôle en entreprise concerne expressément les contrôles relevant du contrat produit et des affranchissements opérés, et que ces stipulations contractuelles sont en outre recoupées par la matérialité des contrôles qui sont opérés par La Poste au sein de la S3C. Par ailleurs, La Poste a expressément reconnu lors du transport des rapporteurs sur les lieux du 6 juin dernier, que la première partie des contrôles de la S3C concernait les vérifications portant sur les quantités et affranchissements.

Ainsi, pour la société OFM, La Poste ne peut soutenir que cette charte étant en annexe du contrat technique de préparation Postimpact, elle ne relèverait pas d'un contrat dérogeant à l'offre de service postal universel puisque le contrat produit prévoit justement une tarification dérogatoire.

1-2. Pour la société OFM, le litige porte sur les conditions d'exécution des prestations de La Poste relevant d'un contrat dérogeant au service universel

La société OFM estime que La Poste sous-entendrait que la notion de « conditions » n'intégrerait pas les modalités de réalisation de ses contrôles car La Poste indique dans son mémoire en réponse que l'Autorité ne pouvait être appelée à examiner le caractère objectif et non discriminatoire que des tarifs ou des conditions d'une offre dérogatoire.

Or, pour la société OFM, les termes de l'alinéa 2 de l'article L. 2-1 du CPCE visent « les tarifs et les conditions de ces prestations », ces dernières étant constituées par renvoi à l'alinéa précédent par « la totalité des prestations proposées » fournies par La Poste. Ainsi, aucune restriction n'affecte ainsi cette notion de prestation qui inclut donc la totalité de celles réalisées par La Poste dans le cadre de son contrat dérogatoire, au rang desquels fait ainsi nécessairement partie la réalisation des contrôles.

1-3. Pour la société OFM, le litige porte sur le caractère discriminatoire et non objectif des conditions contenues dans la charte de contrôle en entreprise et leur exécution

Sur le moyen relatif au caractère « potestatif » des stipulations de l'article 3-1 de la charte de contrôle en entreprise, la société OFM considère qu'une disposition contractuelle est potestative au sens de l'article 1170 du code civil lorsque celle-ci fait dépendre l'exécution d'une convention d'un événement dont la réalisation dépend du pouvoir d'un seul des contractants. La société OFM ne disconvient pas de ce que cette notion est différente de celle liée au caractère discriminatoire et non objectif d'une condition contractuelle. Cependant elle considère que si toute stipulation discriminatoire et non objective n'est pas nécessairement potestative, toute stipulation potestative est par contre nécessairement dépourvue de caractère objectif.

En effet, selon elle, laisser à l'appréciation d'une seule des parties la possibilité de réaliser une condition ou non, constitue manifestement une stipulation exempte d'objectivité puisque son application ne repose sur aucun critère tangible dont l'appréciation serait identique de la part de tout tiers neutre au contrat.

La société OFM en conclut qu'en tout état de cause, les dispositions contractuelles litigieuses ne reposent nullement sur des critères objectifs, et qu'il en serait fait une application discriminatoire.

1-4. A titre subsidiaire, la société OFM sollicite une procédure de conciliation dans le cas où l'Autorité se déclarerait incompétente.

Elle motive sa demande en citant les dispositions de l'article 5-7 du CPCE et en rappelant qu'elle subit des préjudices quotidiens et substantiels du fait du déplacement de la "S3C", et qu'elle a un intérêt majeur à ce que les discussions et tentatives de rapprochement qui ont antérieurement eu lieu, qui n'ont pu parvenir à l'intervention d'un accord concret, puissent être reprises et aboutir à des solutions tangibles.

II – Sur le fond

La société OFM estime inacceptable l'argumentation de La Poste qui remet en cause son honnêteté et la régularité de ses pratiques sur la base d'une présentation fallacieuse et orientée des faits.

2-1. Sur l'absence de conditions objectives dans les dispositions des articles 3-1 et 5-1 de la charte de contrôle en entreprise

La société OFM reprend les critères précisés par La Poste en réponse au questionnaire établi par l'Autorité et estime que ceux-ci sont objectifs et facilement appréciables concernant les caractéristiques auxquelles doivent répondre les locaux. Cependant, la société OFM considère que le contrat ne définit nullement les besoins et exigences de La Poste pour réaliser « *un exercice normal de ses activités du contrôle* », et qui peuvent donc ainsi varier d'un contractant à un autre.

La société OFM ne disconvient pas qu'il appartient bien à La Poste « (...) *de déterminer les conditions de sécurisation de la cellule permettant à ses agents de réaliser de façon effective les opérations de contrôle* », mais estime que la détermination de ces conditions doit reposer sur des critères objectifs définis contractuellement, lors de la conclusion du contrat, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La société OFM reproche également à la procédure contenue à l'alinéa 2 de l'article 3-1 de la charte, d'avoir vocation à donner une apparence de concertation avec le déposant, et d'être ainsi subjective puisque la décision finale appartient exclusivement à La Poste dès lors qu'elle estimerait le refus de son contractant non justifié. La société OFM en conclut donc que La Poste est seule juge du bien fondé de ses demandes, lesquelles reposeraient sur des critères non objectifs.

2-2. Selon la société OFM, l'usage que fait La Poste de ces dispositions contractuelles serait discriminatoire et ne reposerait pas sur un fondement sérieux

2-2-1. Sur les irrégularités affirmées par La Poste

La société OFM estime qu'une telle affirmation n'est corroborée par aucune pièce et ne correspond qu'à la thèse que veut bien développer La Poste pour tenter de justifier sa position. La société OFM précise qu'au soutien de celle-ci, La Poste évoque uniquement deux plaintes pénales de juin 2005 et août 2006, dont il n'a jamais été justifié la teneur, sur laquelle elle n'a jamais produit aucun élément quelconque permettant de suspecter le moindre fait litigieux. La société OFM estime que ce comportement de La Poste est contraire au principe de présomption d'innocence et présente un caractère en l'espèce strictement diffamatoire.

La société OFM rappelle avoir réservé une réponse précise le 20 juillet 2006 à la lettre de La Poste du 7 juillet 2006, date à laquelle le départ de la cellule "S3C" était déjà envisagé.

Sur le reproche de La Poste consistant à indiquer qu'il serait impossible de suivre l'implantation et de réaliser les contrôles à fonctionnement des machines à affranchir, la société OFM précise que La Poste ne se base que sur un contrôle réalisé le 14 février 2007, durant lequel son agent vérificateur ne s'est nullement préoccupé de se rapprocher d'un responsable de la société OFM, qui lui aurait sans difficulté indiqué le lieu de situation de cette machine qui se trouvait alors parfaitement au sein de ses locaux.

La société OFM constate finalement l'absence de toute pièce justificative sur ces prétendues irrégularités qui seules, suivant les propres affirmations de La Poste, justifieraient sa position d'exiger des agencements supplémentaires.

La société OFM en conclut que dès lors que les griefs dont elle fait état ne sont pas existants et à tout le moins justifiés, La Poste ne pourrait qu'être à l'origine d'une attitude discriminatoire. En effet, selon la société OFM, un autre routeur, à l'encontre duquel La Poste n'aurait pas formulé de tels griefs qui disposeraient des mêmes volumétries et conditions de travail que la société OFM, n'aurait pas eu à souffrir du déplacement de la cellule. Le fait que La Poste l'indique d'ailleurs expressément, caractériserait pour la société OFM un traitement différencié de deux contractants pourtant présentant les mêmes attributs.

2.2.2. Sur le climat de menace qui pèserait sur les agents de La Poste

La société OFM s'interroge sur l'adéquation de la demande de La Poste, qui porte sur la création d'une aire sécurisée de stockage, avec l'argument de La Poste consistant à dire que celle-ci assurera une protection quelconque de ses agents affectés à la cellule si celle-ci s'avérait alors nécessaire.

Selon la société OFM, La Poste exagère les termes et conséquences de l'altercation, strictement verbale, survenue avec le dirigeant de la société OFM, qui relevait d'un différend entre lui et un seul interlocuteur, non dédié et affecté sur site à la cellule intégrée.

La société OFM précise qu'aucune intervention quelconque et à plus forte raison pression n'a été faite sur l'un des 3 agents dédiés sur site à la cellule S3C par la société OFM, qui ont toujours travaillé à cet égard parfaitement sereinement.

Pour la société OFM, l'ensemble de ces arguments ne permet pas de justifier le déplacement de la cellule S3C.

La société OFM estime que les conditions du contrat constituées par les stipulations de la charte du contrôle en entreprise ne sont pas définies de façon objective et que La Poste a fait usage de façon discriminatoire de ces mêmes dispositions. C'est pourquoi elle demande à l'Autorité de faire droit à la demande contenue dans sa saisine.

Par ailleurs, la société OFM souligne l'absence de volonté de conciliation de La Poste alors que selon elle la décision de déménager la cellule S3C ne pouvait être prise en vertu de l'article 3-1 de la charte qu'en présence d'un refus du déposant de satisfaire à la demande de La Poste que celle-ci estimerait non justifié. En effet, la société OFM rappelle ne pas avoir refusé, au moment de la décision de La Poste, la réalisation de cette aire, mais sollicitait un délai pour sa mise en œuvre car elle faisait face à des contraintes d'urbanisme. Or La Poste n'aurait fixé un rendez-vous qu'un mois plus tard, le 23 octobre 2006, alors que la société OFM avait à maintes reprises insisté sur l'urgence à trouver un compromis.

La société OFM rappelle avoir détaillé les caractéristiques de son projet par lettre en date du 10 novembre suivant, puis par lettre en date du 24 janvier dans laquelle elle a encore demandé à La Poste ce qu'elle attendait comme éléments complémentaires.

Sur la superficie de l'aire de stockage réclamée par la société OFM, cette dernière explique n'avoir procédé à aucun dépôt de plus de 50 tonnes depuis le 1^{er} janvier 2007, et que de tels dépôts, s'ils ont pu exister, ont été marginaux.

Vu les observations en réplique de La Poste enregistrée à l'Autorité le 5 juillet 2007 ;

I – Sur l'absence de compétence de l'Autorité pour trancher le présent différend

La Poste rappelle qu'aucune des trois conditions posées par l'article L. 5-4 ne serait remplie pour que l'Autorité connaisse de ce type de litige.

- 1. Le contrat technique de préparation invoqué par la société OFM ne serait nullement un contrat dérogeant aux conditions générales de l'offre de service universel proposé par La Poste.*

La Poste estime qu'en l'espèce, ce sont les conditions dans lesquelles est effectué le contrôle qui sont au cœur du litige, en raison de l'inadéquation de la surface disponible au sein des locaux de la société OFM. C'est bien cette question qui a rendu impossible le maintien de la cellule de contrôle attachée au contrat technique de préparation.

La Poste ajoute que le contrat technique de préparation subordonne la localisation d'une cellule de contrôle dans les locaux du prestataire technique au dépôt de plus de 30 millions de plis pour faciliter les opérations de tri. Par suite, la localisation de la cellule de contrôle chez la société OFM résulterait exclusivement de l'existence du contrat technique de préparation.

Sur l'argument de la société OFM relatif au fait que la même cellule de contrôle effectue les contrôles de La Poste au titre du contrat technique de préparation et au titre du contrat « Postimpact », La Poste rappelle que lorsqu'un contrat technique de préparation concernant plus de 30 millions de plis est conclu avec un prestataire, les contrôles des opérations sont réalisés par une cellule installée dans les locaux mêmes du prestataire. En revanche, lorsque seul un contrat « produit » est conclu, les contrôles n'ont jamais lieu dans les locaux du client, mais toujours dans ceux de La Poste, lors du dépôt des envois concernés dans le réseau de La Poste, généralement au centre de tri.

La Poste admet cependant que naturellement, pour des raisons d'efficacité, lorsque le prestataire partie à un contrat technique de préparation est également partie à un contrat « produit », l'ensemble des opérations de contrôle s'effectue dans les mêmes installations, c'est-à-dire dans les locaux de l'entreprise ayant signé le contrat technique de préparation. Elle ajoute qu'il serait irrationnel d'effectuer deux opérations de contrôle successives à deux endroits différents, les contrôles au titre du contrat technique de préparation chez le prestataire technique et des contrôles au titre du contrat produit lors du dépôt en centre de tri. Pour La Poste, cet état de fait explique que la charte de contrôle intégrée au contrat technique de préparation se réfère aux deux types de contrats.

- 2. Le litige ne porterait pas sur les conditions d'exécution des prestations de La Poste relevant d'un contrat dérogeant au service universel.*

Selon La Poste la cellule de contrôle, dont l'existence résulte de la conclusion préalable du contrat technique de préparation, a pour objet de contrôler l'exécution des prestations assurées par la société OFM, alors que l'article L. 2-1 du CPCE vise des prestations qui doivent être fournies par La Poste. Pour La Poste, Les modalités de

fonctionnement de la cellule de contrôle ne relèvent donc pas des « *tarifs et conditions* » de prestations fournies par La Poste. L'ARCEP n'est donc pas compétente pour en connaître.

De plus, La Poste rajoute que la demande de la société OFM porterait sur les modalités d'exécution technique du contrôle des opérations de préparation du courrier et leur résolution en cas de désaccord entre les parties au contrat, et non sur les tarifs ou les conditions d'une offre dérogatoire à celle proposée par La Poste au titre du service.

3. L'Autorité ne serait pas compétente pour se prononcer sur le caractère potestatif des stipulations de la charte de contrôle en entreprise

La Poste estime que le caractère potestatif d'une clause n'a rien à voir avec la notion de discrimination et de non objectivité.

Il résulte de tout ce qui précède que l'ARCEP n'est pas compétente pour se prononcer sur le présent règlement de différend.

4. Sur l'éventualité d'une conciliation entre La Poste et la société OFM

La Poste précise avoir toujours souhaité résoudre de façon amiable les difficultés rencontrées avec la société OFM et être naturellement prête à étudier toute solution garantissant l'effectivité et l'exactitude des contrôles ainsi que la sécurité de ses agents sur la base des éléments fournis par La Poste lors de ses échanges avec la société OFM.

II – Sur le fond

1. Les stipulations des articles 3-1 et 5-1 de la charte de contrôle en entreprise présenteraient un caractère objectif.

La Poste expose qu'elle exerce le contrôle des prestations techniques dans les mêmes conditions pour l'ensemble des entreprises où elle est amenée à intervenir au titre du contrat technique de préparation.

Elle ajoute cependant, qu'en fonction des caractéristiques des locaux de l'entreprise (espace, points d'entrée et de sortie...), elle peut être conduite à effectuer des adaptations et prendre des mesures de précaution particulières pour que ce contrôle soit efficace et que la zone soit sécurisée.

La Poste conclut que ces mesures varient donc en fonction des caractéristiques des locaux, sans que l'objectivité des stipulations susvisées soit remise en cause.

A titre d'exemple, La Poste précise qu'il est évident que si les opérations de contrôle sont les mêmes, elles ne sont pas réalisées dans les mêmes conditions dans les locaux d'une entreprise travaillant sur de très importantes prospections représentant plusieurs tonnes de courrier, que dans ceux d'une entreprise travaillant sur des flux moins importants mais plus réguliers. De même, pour La Poste, le processus de contrôle ne sera pas le même selon que l'aménagement des lieux permette un stockage séparé du produit contrôlé et du produit à contrôler ou non, ou que le produit à contrôler transite entre plusieurs sites de production.

La Poste estime que les conditions d'espace et de stockage propres aux locaux de la société OFM ont conduit La Poste à demander des aménagements des lieux pour permettre la réalisation efficace des contrôles et qu'en l'espèce, le site de Portet-sur-Garonne ne présentait pas un espace suffisamment important pour le traitement des flux et ne permettait pas de distinguer les flux contrôlés des flux non traités. Pour La Poste, certains flux de la société OFM contrôlés par La Poste devaient, faute d'espace, être stockés de nouveau en aval de la chaîne de contrôle, côtoyant de la sorte les produits non encore contrôlés.

Dès l'arrivée de la société OFM dans ses nouveaux locaux, La Poste expose qu'elle a constaté des risques de dysfonctionnement majeurs et qu'elle a donc demandé à la société OFM de mettre en place un système lui permettant de distinguer clairement à l'intérieur de ses locaux les plis ayant fait l'objet d'un contrôle des plis non encore traités.

La Poste ajoute que la société OFM ayant plusieurs sites de production, des précautions particulières étaient nécessaires afin d'éviter toute confusion entre les flux entrants et les flux sortants de produits devant faire l'objet d'un contrôle. Selon La Poste, l'aménagement des processus de contrôle aux caractéristiques des lieux et au volume des flux traités constituait donc une adaptation nécessaire au contrôle efficace des flux.

La Poste conclut ainsi qu'il n'existait aucun motif pour soutenir que ces aménagements n'auraient pas eu de caractère objectif, l'existence d'un espace suffisant permettant « l'exercice normal » des opérations de contrôle ne pouvant être considéré comme non objectif.

2. Sur le moyen de la société OFM tendant à démontrer que les stipulations contractuelles seraient discriminatoires et ne reposeraient pas sur un fondement sérieux.

La Poste rappelle avoir déposé deux plaintes et les éléments qui les étayaient devant le Doyen des juges d'instruction de Toulouse et avoir sollicité l'autorisation de produire ces deux plaintes au débat, selon lettre adressée par son conseil au Juge d'instruction. Ce dernier a indiqué que cette communication n'était pas possible, ces deux plaintes étant couvertes par le secret de l'instruction.

La Poste précise par ailleurs qu'elle avait écrit à la société OFM dès mai 2006 pour l'informer qu'il était indispensable de créer une aire sécurisée au sein de ses locaux, si elle souhaitait que La Poste continue à y effectuer des contrôles.

La Poste estime par ailleurs que l'exposé des faits, les réponses au questionnaire communiqué par l'Autorité et les attestations fournies par La Poste démontrent suffisamment le climat particulièrement lourd subi par les agents de La Poste en charge des contrôles dans les locaux de la société OFM.

Sur la proposition qu'aurait faite la société OFM acceptant de mettre en place une aire sécurisée lorsque La Poste a déplacé la cellule de contrôle, La Poste répond n'avoir jamais reçu de proposition de plan d'une aire sécurisée et avoir constaté l'impossibilité de l'examiner dans une lettre en date du 21 février 2007.

Selon La Poste, la société OFM n'apporterait pas le moindre élément permettant d'affirmer que La Poste aurait agi autrement si une autre société qu'OFM s'était trouvée dans la même situation en ce qui concerne l'efficacité des contrôles à effectuer au titre du contrat technique de préparation. Pour La Poste, le caractère prétendument discriminatoire des agissements de La Poste ne reposerait donc sur aucune espèce de preuve.

En conclusion, La Poste confirme ses précédentes écritures et demande à l'Autorité à titre principal, de se déclarer incompétente, à titre très subsidiaire, de rejeter comme non fondée la demande de la société OFM.

Vu la lettre du chef du service juridique en date du 5 juillet 2007 convoquant les parties à une audience devant le collège le 17 juillet 2007 ;

Vu le courrier de la société OFM enregistré le 11 juillet 2007 permettant que l'audience devant le collège soit publique ;

Vu le courrier de La Poste du 10 juillet 2007 ne souhaitant pas que l'audience devant le collège soit publique ;

Après avoir entendu le 17 juillet 2007, lors de l'audience devant le collège (composé de MM. Paul Champsaur, Edouard Bridoux, Nicolas Curien, Mme Gabrielle Gauthey, M. Denis Rapone, membres du collège.)

- le rapport de Mme Catherine Gallet-Rybak, rapporteur principal, présentant les conclusions et les moyens des parties ;
- les observations de Maître Virginie Steva-Touzery, pour la société OFM ;
- les observations de M. Bernard Roy, pour la société La Poste.

En présence de :

- Maître Steva Touzery et M. Milo Gonzales, pour la société OFM ;
- MM. Bernard Roy, Bernard Lesage, Alain Valentin et Gaël Bouquet pour La Poste
- M. Philippe Distler, directeur général, M. François Lions, directeur général adjoint, MM. Guillaume Lacroix et Loïc Taillanter, et Mmes Catherine Gallet-Rybak, Leyla Mérini et Pascale Terral, agents de l'Autorité ;

Sur la publicité de l'Audience

L'article 15 du règlement intérieur susvisé dispose que "*l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe le collège de l'Autorité en délibère*". La Poste a indiqué par courrier du 10 juillet 2007 qu'elle ne souhaitait pas que l'audience soit publique. Interrogée sur ce point par le Président avant l'ouverture des débats de l'audience, la société OFM a indiqué qu'elle ne s'opposait pas à ce que l'audience ne soit pas publique si La Poste le désirait. Ainsi, l'audience n'a pas été publique.

Le collège (composé de MM. Paul Champsaur, Edouard Bridoux, Nicolas Curien, Mme Gabrielle Gauthey, M. Denis Rapone, membres du collège.) en ayant délibéré le 19 juillet 2007, hors la présence du rapporteur, des rapporteurs adjoints et des agents de l'Autorité ;

Adopte la présente décision fondée sur les faits et les moyens exposés ci-après :

I. Sur la compétence de l'Autorité sur les différentes demandes de la société OFM

I-1. Sur les fins de non recevoir opposées par La Poste :

I. 1. 1. Sur la fin de non recevoir opposée par La Poste et tirée de ce que l'Autorité n'aurait pas compétence pour connaître du présent règlement de différend dans la mesure où le contrat technique de préparation invoqué par la société OFM ne relèverait pas de l'article L. 2-1 du CPCE

Aux termes de l'article L. 5-4 du CPCE :

« L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie par l'une ou l'autre partie d'un différend portant sur la conclusion ou l'exécution des contrats dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel d'envoi de correspondances, lorsque ce différend est relatif aux règles mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 2-1. Elle se prononce dans un délai de quatre mois après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations. »

Aux termes de l'article L. 2-1 du CPCE :

« Le prestataire du service universel peut conclure avec les expéditeurs d'envois de correspondance en nombre, les intermédiaires groupant les envois de correspondance de plusieurs clients ou les titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 3, des contrats dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel et incluant des tarifs spéciaux pour des services aux entreprises. Les tarifs tiennent compte des coûts évités par rapport aux conditions des services comprenant la totalité des prestations proposées.

Le prestataire détermine les tarifs et les conditions de ces prestations selon des règles objectives et non discriminatoires.

Ces contrats sont communiqués à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes à sa demande. »

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 5-4 et L. 2-1 du CPCE que l'Autorité est compétente pour régler les différends portant sur la conclusion ou l'exécution des « *contrats dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel d'envoi de correspondances et incluant des tarifs spéciaux pour des services aux entreprises.* ».

En l'espèce, la société OFM et La Poste sont liées par plusieurs contrats dont le contrat « produit » Postimpact et le contrat technique de préparation Postimpact qui lui est lié.

Le contrat produit Postimpact a pour objet de définir les conditions dans lesquelles la société OFM peut bénéficier de tarifs d'affranchissement préférentiels pour des envois en nombre de messages publicitaires. Il existe trois niveaux de tarification décroissants "TS"1 (tarif seuil) /TS2/TS3 qui sont fonction des volumes déposés et des tris préparatoires effectués

par le déposant. L'avantage tarifaire consenti au signataire d'un tel contrat suppose en corollaire que des conditions précises soient remplies en termes de présentation des plis, conditionnement, lisibilité, poids, quantités, et contenu.

En conséquence, il s'agit d'un contrat général et standard, sur le fondement duquel la société OFM est tenue d'exécuter des travaux préparatoires préalables aux dépôts. Ce contrat précise les conditions du contrôle des dépôts par La Poste. Il est composé de deux parties : les « *conditions particulières* » et les « *conditions générales* ».

A ce contrat produit est associé le contrat technique de préparation, appelé aussi contrat technique, les deux contrats étant intimement liés. En effet, le contrat technique de préparation implique un engagement sur les quantités de plis déposés annuellement (30 millions de Postimpact au tarif TS3). Il prévoit le versement d'une rémunération par La Poste au déposant pour la réalisation par ce dernier de préparations, comprenant notamment l'affranchissement, le tri des plis, la confection des lots en fonction de leurs destinations géographiques. Enfin, il régit les modalités de réalisation des prestations du routeur, de contrôle par La Poste de la bonne qualité de ces prestations et de la détermination des rémunérations qui seront versées au routeur en contrepartie.

Ce contrat technique de préparation est composé de deux parties : « *les conditions particulières* » et les « *Conditions générales* ». Ces dernières comportent des annexes dont une annexe 9 dénommée « *Charte du contrôle en entreprise* ».

I. 1. 1. 1 Sur l'argument de la Poste consistant, en défense, à présenter l'annexe 9 comme une annexe du contrat technique de préparation sans lien avec le contrat produit

La Poste fait tout d'abord valoir dans ses observations en défense que, contrairement à ce qu'affirme la société OFM, l'annexe 9 suscitée, objet du litige, serait une annexe du contrat technique de préparation et non pas du contrat produit Postimpact. Elle estime ainsi que les demandes de la société OFM porteraient sur le contrat technique de préparation, lequel n'entrerait pas dans le champ de l'article L. 2-1 du CPCE ni, par suite, de l'article L. 5-4 du même code.

La Poste souligne qu'elle n'est pas partie à ce contrat technique de préparation en tant que prestataire déterminant les tarifs et les conditions des prestations dérogeant aux conditions générales du service universel, mais en qualité de client de la société OFM, et que, par suite, ce contrat technique de préparation n'est pas un contrat dérogeant à l'offre de service universel pouvant faire l'objet d'un règlement de différend sur le fondement de l'article L. 5-4 du CPCE.

L'Autorité considère cependant d'une part, que le contrat produit déroge clairement aux conditions générales de l'offre du service universel notamment en ce qu'il prévoit des tarifs spéciaux et des conditions de dépôt particuliers. Il est donc bien soumis aux dispositions de l'article L. 2-1 du CPCE, et par suite de l'article L. 5-4 du CPCE (ce que la Poste ne conteste d'ailleurs pas).

D'autre part, l'Autorité observe que s'il est vrai que l'annexe 9, objet du litige, se présente sous la forme d'une annexe du "contrat technique de préparation", l'exécution du

contrat technique de préparation est totalement indissociable du contrat produit et que dès lors, l'annexe litigieuse ne peut s'apprécier indépendamment des deux contrats.

Le caractère indissociable des deux contrats se manifeste ainsi en ce que le contrat « produit » Postimpact est une condition nécessaire pour avoir accès au contrat technique de préparation.

D'autres éléments illustrent aussi l'indissociabilité manifeste des deux contrats :

- l'article 1^{er} des conditions particulières du "contrat technique de préparation" conclu entre la société OFM et La Poste, stipule que le contrat produit Postimpact et les contrats d'affranchissement « *s'appliquent pour tout ce qui n'est pas contraire aux présentes dispositions, notamment des articles 2 et 3 des présentes conditions particulières* » ;
- l'article 7 des conditions particulières du "contrat technique de préparation" stipule que « *le présent contrat comprend : Les présentes conditions particulières / les conditions générales / les annexes 1 à 13* » ;
- dans les définitions figurant à l'article 2 de la charte du contrôle en entreprise, le terme générique « contrat » est défini comme suit : « *les parties entendent par contrat tous les contrats Produit et contrats techniques signés antérieurement ou postérieurement à la présente charge* ».

Enfin, il ressort de l'instruction que la même cellule de contrôle effectue à la fois les contrôles liés au contrat produit et ceux prévus dans le contrat technique de préparation.

Ainsi en premier lieu, le contrat technique de préparation prévoit des contrôles dits « quantitatifs » et « qualitatifs » (article 9 du contrat technique de préparation).

- Les contrôles qualitatifs visent à s'assurer de la qualité des préparations effectuées par le déposant. Leurs résultats servent de base à la rémunération qui est versée en fin de mois au déposant par La Poste ;
- Les contrôles quantitatifs sont liés à la quantité déposée au regard des préparations déclarées par le déposant. En effet, le contrat technique de préparation Postimpact est uniquement prévu pour les plis affranchis au tarif TS3. De plus, ce contrat technique de préparation n'est accessible qu'à la condition supplémentaire pour le déposant d'effectuer un nombre de dépôts de Postimpact égal ou supérieur à 30 millions de plis par année civile.

La charte du contrôle en entreprise prévoit que ces contrôles sont exercés " (...) *au sein même de l'activité courrier de l'entreprise du Déposant (...) par une section de Conseil Contrôle Courrier de La Poste (...)*".

En second lieu, dans la mesure où le contrat produit Postimpact permet à la société OFM d'accéder à des tarifs d'affranchissement préférentiels, il suppose aussi que La Poste puisse exercer des contrôles sur les conditions de sa mise en œuvre.

Le contrat produit prévoit expressément que ces conditions sont vérifiées par des contrôles et que « *Les dépôts doivent être réalisés dans un établissement comportant un S3C (Service Conseil Contrôle Courrier), en mesure de recevoir des expéditions de plus de 5000 objets. Le représentant commercial de La Poste tiendra à la disposition du Client la liste des établissements concernés.* ».

L'Autorité en conclut que les deux contrats étant indissociablement liés, l'annexe au contrat technique de préparation s'interprète donc naturellement comme entrant également dans le champ de l'article L. 2-1 du CPCE.

Enfin et au surplus, il ressort de l'instruction que, contrairement à ce que soutient La Poste, le présent litige ne porte pas uniquement sur le contrat technique de préparation mais bien sur les contrôles des pesées et de quantités liés au contrat Postimpact.

I. 1. 1. 2. Sur l'argument de La Poste consistant, dans ses observations en défense, à soutenir que le contrat technique de préparation constituerait un contrat de sous-traitance

L'Autorité observe que la gamme des contrats proposés par La Poste pour l'expédition d'envois en nombre, présente alternativement des "offres nettes" et des tarifs assortis de "contrats techniques", ce qui révèle bien la nature tarifaire de ce contrat. Seule change la modalité de rémunération du travail réalisé par l'émetteur ou le prestataire : sous forme de rabais tarifaire dans le premier cas (offre nette) ou de remise versée par La Poste sur le tarif brut dans le second (contrat technique de préparation).

Dés lors que l'émetteur a choisi de recourir à un routeur, La Poste a l'obligation de proposer à ce routeur un tarif pour les prestations que ce dernier doit alors assurer.

Il en résulte qu'il ne s'agit donc pas d'un contrat de sous-traitance, car dans un tel contrat, le cocontractant au contrat principal a la possibilité discrétionnaire de recourir ou non à un sous traitant.

Le moyen de défense de La Poste tiré de ce que ledit « contrat technique de préparation » constituerait un contrat de sous traitance et ne relèverait donc pas des articles L. 2-1 et L. 5-4 du CPCE, ne peut donc qu'être écarté par l'Autorité.

I. 1. 1. 3. Sur l'argument de La Poste consistant, dans son mémoire en défense, à faire valoir que les demandes de la société OFM porteraient sur les modalités d'exécution technique du contrôle des opérations de préparation du courrier et leur résolution en cas de désaccord entre les parties au contrat, et non sur les tarifs et les conditions d'une offre dérogatoire à celle proposée par La Poste au titre du service universel.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les modalités d'exécution des contrôles en cause entrent dans le champ des conditions techniques du contrat technique de préparation Postimpact, lequel constitue une offre dérogatoire à celle proposée par La Poste au titre du service universel.

Ce moyen de défense de La Poste ne saurait donc être retenu.

Il résulte de tout ce qui précède que la fin de non recevoir susvisée, opposée par La Poste, et tirée de ce que l'Autorité n'aurait pas compétence pour connaître du présent

règlement de différend dans la mesure où le contrat technique de préparation invoqué par la société OFM ne relèverait pas de l'article L. 2-1 du CPCE doit donc être écartée.

Par suite, et en application de l'article L. 5-4, les demandes de la société OFM seront déclarées recevables pour autant qu'elles portent sur le caractère objectif ou non discriminatoire des règles selon lesquelles sont déterminées les conditions de la prestation, aux termes des clauses régissant l'exécution du contrat technique de préparation.

I. 1. 2. Sur les conclusions de la société OFM tendant à qualifier de potestatives, puis de non objectives certaines clauses contractuelles

Il résulte de la combinaison des articles L. 5-4 et L. 2-1 du CPCE précités, que l'Autorité peut se prononcer en règlement de différend sur la conclusion ou l'exécution des contrats dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel d'envoi de correspondances, dans la mesure où est contesté le caractère objectif et non discriminatoire des règles selon lesquelles le prestataire détermine, dans ses contrats, les conditions de la prestation.

La société OFM fait valoir dans sa saisine initiale que « *La position de La POSTE (...) reposerait sur des stipulations contractuelles potestatives (...)* ».

La Poste oppose, à juste titre, à ces conclusions, une fin de non recevoir tirée de ce que l'Autorité ne serait pas compétente pour se prononcer sur le caractère potestatif d'une clause, dans la mesure où la notion de clause potestative, propre au droit civil des obligations, obéit à un régime juridique distinct et autonome par rapport aux critères d'objectivité et de non discrimination afférents à la régulation sectorielle.

Toutefois, la société OFM, dans son mémoire en réplique expose que :

"(...) toute stipulation potestative est par contre nécessairement dépourvue de caractère objectif.

En effet, laisser à l'appréciation d'une seule des parties la possibilité de réaliser une condition ou non, constitue manifestement une stipulation exempte d'objectivité puisque son application ne repose sur aucun critère tangible dont l'appréciation serait identique de la part de tout tiers neutre au contrat.

En tout état de cause, les dispositions contractuelles litigieuses ne reposent nullement sur des critères objectifs, (...)".

Elle considère par ailleurs que *"les dispositions des articles 3-1 et 5-1 de la charte de contrôle en entreprise ne contiennent pas des conditions objectives"*.

Ce faisant, le demandeur requalifie ses conclusions tendant initialement à faire qualifier de potestatifs les articles 3-1 et 5-1 de l'annexe 9 sur le fondement desquels La Poste a imposé le déménagement de la cellule de contrôle, en conclusion contestant le caractère non objectif des mêmes stipulations.

Il ressort des articles L. 5-4 et L. 2-1 du CPCE que la compétence de l'Autorité se limite à vérifier que « *Le prestataire détermine les tarifs et les conditions de ces prestations selon des règles objectives et non discriminatoires.* »

Par suite, les conclusions susvisées de la société OFM doivent être regardées comme tendant à ce que l'Autorité apprécie si les conditions contractuelles de la prestation sont déterminées selon des règles objectives.

Dans cette mesure, si la fin de non recevoir opposée par La Poste et tirée de ce que l'Autorité n'aurait pas compétence pour se prononcer sur le caractère potestatif est fondée, tel n'est pas le cas dès lors que la société OFM a clairement entendu requalifier sa demande aux fins de contester le caractère non objectif des articles 3-1 et 5-1 de la charte du contrôle en entreprise.

I. 1. 3. Sur les conclusions de la société OFM tendant à qualifier d'abus de position dominante la décision de La Poste d'imposer des conditions de sécurisation des locaux de contrôle, puis, de déménager ces locaux, devant le refus de la société OFM de respecter ces consignes de sécurisation

Les compétences de l'Autorité en règlement de différends dans le domaine postal doivent être examinées, en l'espèce, au seul regard des dispositions combinées des articles L. 5-4 et L. 2-1 du CPCE.

Comme il a été rappelé ci-dessus, l'Autorité a pour compétence de vérifier que « *Le prestataire détermine les tarifs et les conditions de ces prestations selon des règles objectives et non discriminatoires.* »

Ainsi, l'Autorité n'a pas compétence pour qualifier le comportement d'une des parties au litige d'abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du Code du commerce.

Par suite, la demande tendant à qualifier d'abus de position dominante la décision de La Poste d'imposer des conditions de sécurisation des locaux de contrôle, puis, de déménager ces locaux, sera rejetée.

I. 2. Sur la recevabilité des demandes de la société OFM tendant à ce que l'Autorité juge infondée la décision de La Poste de déménager les locaux et à ce qu'elle intervienne aux fins de réintégrer la cellule de contrôle au sein des locaux de la société OFM :

Ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, le contrat technique de préparation et son annexe 9 constituent bien « *un contrat dérogeant aux conditions générales d'envoi de correspondance* », au sens de l'article L. 2-1 du CPCE.

Il résulte de l'article L. 5-4 du CPCE que « *l'Autorité (...) peut être saisie par l'une ou l'autre partie d'un différend portant sur la conclusion ou l'exécution des contrats dérogeant aux conditions générales du service universel d'envoi de correspondances lorsque ce différend est relatif aux règles mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 2-1.(...)* »

La Poste a imposé le déménagement des locaux de la cellule de contrôle du site de la société OFM vers un site postal au motif que les conditions d'exercice normal de ses activités de contrôles, telles que prévues à l'article 5.1 de la charte de contrôle en entreprise, n'étaient pas remplies.

Il en résulte que la décision de déménager les locaux a bien été prise en exécution d'un contrat entrant dans le champ de l'article L.2-1 du CPCE et que la demande de la société OFM tendant à ce que l'Autorité juge infondée cette décision est, par suite, recevable.

En revanche, la demande tendant à ce que l'Autorité intervienne aux fins de réintégrer la cellule de contrôle au sein des locaux de la société OFM, dans la mesure où elle ne se rattache pas à l'exécution du contrat entrant dans le champ de l'article L. 2-1, devra être écartée comme irrecevable.

I-3. Sur la recevabilité de la demande de la société OFM tendant à ce que l'Autorité impose à La Poste le paiement de dommages et intérêts à la société OFM eu égard au préjudice subi

Aux termes de sa saisine initiale, la société OFM demande à l'Autorité d'intervenir auprès de La Poste, si nécessaire de façon comminatoire, et "*ce sans préjudice des dommages et intérêts qui pourront être réclamés en réparation du préjudice qui en découle pour la société OFM*".

Lors de l'audience du 17 juillet 2007, la société OFM a clairement fait état de ce qu'elle ne sollicitait pas de dommages et intérêts dans le cadre de cette procédure. L'Autorité ne peut que lui en donner acte.

II. Examen au fond des conclusions recevables de la société OFM

II. 1. Sur les conclusions de la société OFM tendant à ce que l'Autorité apprécie si les conditions d'exécution de la prestation telles que fixées aux articles 3-1 et 5-1 de la charte du contrôle en entreprise, sont déterminées selon des règles objectives

II. 1. 1. Sur les conclusions de la société OFM tendant à ce que l'Autorité apprécie si les conditions d'exécution de la prestation, telles que fixées à l'article 3-1 de la charte du contrôle en entreprise, sont déterminées selon des règles objectives

Aux termes de l'article 3-1 de la charte du contrôle en entreprise, "*3.1 - Le Déposant s'engage à fournir un local permettant à La Poste d'effectuer sa mission de contrôle. Ces locaux seront conformes aux règles d'hygiène et de sécurité en vigueur. L'utilisation de ces biens s'effectuera à titre gratuit.*

S'il s'avérait que La Poste nécessite d'autres locaux ou aménagements que ceux décrits aux présentes, elle devra en faire la demande au Déposant qui pourra refuser s'il estime que ces

biens ne sont pas indispensables à l'obligation qui incombe à La Poste. En cas de refus que La Poste estimerait non justifié, cette dernière serait alors en droit, de résilier le présent accord dix jours après mise en demeure restée infructueuse, avec toutes les conséquences visées aux présentes".

La détermination des conditions d'une prestation selon des règles objectives doit être regardée comme l'édiction, aux termes du contrat, de règles qui s'imposent au co-contractant sans qu'elles fassent appel à une appréciation subjective de La Poste.

En l'espèce, la résiliation du contrat est soumise, sur le fondement des stipulations susmentionnées, à l'appréciation souveraine et subjective de La Poste. Il en résulte le caractère non objectif de ces stipulations.

Il y a donc lieu de faire droit à la demande de la société OFM tendant à ce que l'Autorité constate que les conditions contractuelles d'exécution de la prestation, telles que fixées à l'article 3-1 de la charte du contrôle en entreprise, sont déterminées selon des règles non objectives.

II. 1. 2. Sur les conclusions de la société OFM tendant à ce que l'Autorité apprécie si les conditions d'exécution de la prestation, telles que fixées à l'article 5-1 de la charte du contrôle en entreprise, sont déterminées selon des règles objectives

Aux termes de l'article 5-1 de la charte du contrôle en entreprise, *"les locaux et dépendances visés à l'alinéa 3.1 ci-dessus doivent être situés au sein de l'entreprise faisant l'objet du contrôle.*

Ils doivent être salubres, en bon état d'entretien et comprendre un éclairage, une alimentation électrique et un chauffage suffisants.

La surface et l'implantation des locaux au sein de l'unité de production devront permettre à La Poste l'exercice normal de ses activités de contrôle et par conséquent être fixées d'un commun accord entre les parties.

Toute modification ultérieure de la surface et de l'implantation desdits locaux devra faire l'objet d'un accord exprès de La Poste".

La société OFM soutient que cette clause n'est pas objective car La Poste n'en définit la mise en œuvre que lors de l'instruction de la présente procédure. Elle estime que la détermination des conditions de sécurisation des locaux de contrôle devrait reposer sur des critères objectifs définis contractuellement lors de la conclusion du contrat.

L'Autorité considère que l'argumentation de la société OFM n'est pas relative à la rédaction de la clause, mais aux modalités de son application par la Poste dans le présent litige, et que, par suite, elle est inopérante à l'appui des conclusions tendant à faire qualifier de non objective la stipulation en cause.

L'Autorité estime que l'exigence de locaux « *salubres, en bon état d'entretien* », comprenant « *un éclairage, une alimentation électrique et un chauffage suffisants.* » et dont « *La surface et l'implantation des locaux au sein de l'unité de production* » permette « *à La Poste l'exercice normal de ses activités de contrôle* » est objective, car ne comportant pas le

recours à une appréciation souveraine et subjective de La Poste et qu'elle s'arrête strictement aux nécessités de l'exercice normal par La Poste de ses activités de contrôle.

Il en résulte que les stipulations de l'article 5-1 de la charte de contrôle présentent un caractère d'objectivité et que, par suite, seront rejetées les conclusions de la société OFM tendant à ce que l'Autorité constate que les conditions contractuelles d'exécution de la prestation, telles que fixées à l'article 5-1 de la charte du contrôle en entreprise sont déterminées selon des règles non objectives.

II. 2. Sur la conclusion de la société OFM tendant à ce que l'Autorité juge infondée la décision de La Poste de déménager les locaux.

II. 2. 1. Sur l'existence de conditions permettant le déménagement dans le cadre de la mise en œuvre de la charte de contrôle en entreprise

Il ressort de l'instruction que le retrait par La Poste de la cellule intégrée au sein de la société OFM est la conséquence de la demande non satisfaite de La Poste de disposer d'une aire de stockage sécurisée qui permettrait l'isolement avant emport des palettes contrôlées, et du constat, par La Poste, de dysfonctionnements concernant certaines expéditions.

Sur la possibilité de disposer d'une aire de stockage sécurisée, l'Autorité observe qu'au moment du déménagement décidé par La Poste, l'aménagement d'une telle aire n'était pas disponible. L'Autorité estime qu'une telle demande est une condition nécessaire à l'exercice normal d'une activité de contrôle et qu'elle s'avère conforme aux conditions de mise en œuvre des contrats produits et des contrats techniques qui lient la société OFM à La Poste.

Sur les dysfonctionnements reprochés, il ressort de l'instruction que la société OFM n'a pas respecté plusieurs points du contrat technique de préparation Postimpact portant sur l'exactitude des informations portées sur les bordereaux d'expédition, sur une remise dans les temps des bordereaux d'expédition, et sur la fourniture des spécimens préalablement aux dépôts.

Au regard de ces éléments de faits, l'Autorité estime donc que les conditions étaient réunies pour mettre en œuvre les clauses pertinentes prévues dans la charte de contrôle en entreprise.

II. 2. 2. Sur le moyen tiré du caractère discriminatoire de ce déménagement

La société OFM fait valoir, dans son mémoire en réplique que la décision de déménager les locaux de contrôle postal, imposée par La Poste à la société OFM, présentait un caractère discriminatoire à son égard.

Il ressort de l'instruction que l'argumentaire développé par la société OFM n'apporte pas la preuve d'une telle discrimination.

Ainsi, le moyen tiré du caractère discriminatoire de la décision imposée par La Poste à la société OFM de déménager les locaux de contrôle postal devra être rejeté.

II. 2. 3 Sur le moyen tiré de ce que le déménagement résulterait de la mise en œuvre d'une clause non objective

D'une part, s'il a été admis ci-dessus que l'article 3-1 de la charte de contrôle en entreprise ne présentait pas de caractère objectif en ce qu'elle prévoyait une possibilité de résiliation soumise à l'appréciation souveraine et subjective de La Poste, il ressort de l'instruction que La Poste n'a pas mis en œuvre cette possibilité de résilier le contrat. Par suite, le moyen tiré du caractère non objectif de cette clause est inopérant à l'encontre du caractère prétendument infondé du déménagement.

D'autre part, s'il a également été admis que ce même article 3-1 ne présentait pas de caractère objectif, il n'existe cependant aucune relation de cause à effet entre le déménagement et le caractère non objectif de cette clause.

Il résulte de tout de qui précède que les conclusions tendant à ce que l'Autorité juge infondée la décision de La Poste de déménager les locaux doivent être rejetées.

II-3. Sur les conclusions subsidiaires de la société OFM tendant à demander une procédure de conciliation

Aux termes des dispositions de l'article L. 5-7 du CPCE, "L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie d'une demande de conciliation par le prestataire du service universel, les expéditeurs d'envois de correspondance en nombre, les intermédiaires groupant les envois de correspondance de plusieurs clients ou les titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 3, en vue de régler les litiges les opposant qui ne relèvent pas des articles L. 5-4 et L. 5-5."

Le présent règlement de différend ayant statué sur les demandes présentées par la société OFM, sur le fondement de l'article L. 5-4 du CPCE, il y a lieu de rejeter la demande subsidiaire de la société OFM en procédure de conciliation.

Décide :

Article 1 : La Poste devra proposer à la société OFM, dans un délai de six semaines à compter de la notification de la présente décision, un article 3-1 de l'annexe 9 du contrat technique de préparation, comportant des conditions déterminées selon des règles objectives, conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 2-1 du CPCE.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la société OFM est rejeté.

Article 3 : Le chef du service juridique ou son adjoint est chargé de notifier à la société Office France Marketing et à La Poste la présente décision qui sera rendue publique, sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 19 juillet 2007

Le Président

Paul Champsaur