I. Situation initiale et mandat

Selon l'art. 92, al. 2, de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101), la Confédération veille à ce qu'un service universel suffisant en matière de services postaux et de télécommunications soit assuré à des prix raisonnables dans toutes les régions du pays. Des expertises antérieures (portant en partie sur d'autres questions) partaient du principe que ce mandat de service universel englobait également le trafic des paiements[1]. Le service universel dans le domaine du trafic des paiements est aujourd'hui régi par la loi sur la poste (LPO; RS 783.0) et l'ordonnance sur la poste (OPO; RS 783.01)[2]. La Confédération assure le service universel qui lui a été confié par l'intermédiaire de la Poste ou de sa filiale PostFinance. Cette dernière est tenue de permettre aux personnes physiques et morales ayant leur domicile, leur siège ou leur établissement en Suisse d'ouvrir et de gérer un compte pour le trafic des paiements. Le mandat de service universel comprend en outre l'ordre de virement du propre compte sur le compte d'un tiers, l'ordre de virement d'espèces sur le compte d'un tiers, le retrait et le versement en espèces sur le propre compte (art. 43, al. 1, OPO).

Dans le cadre de l'examen des conditions générales de la Poste et de PostFinance, les soussignés ont été chargés le 26 avril 2021 de clarifier les questions suivantes[3]:

1. Une suppression pure et simple du mandat légal de service universel est-elle, dans le sens d'une question de principe, compatible avec l'art. 92, al. 2, Cst.?
2. Que recouvre en détail la responsabilité de la Confédération inscrite à l'art. 92, al. 2, Cst. sur le plan matériel et organisationnel?
3. Quelles sont les formes d'action dont dispose la Confédération pour assumer ses responsabilités et quels en sont les avantages et les inconvénients?
4. Dans quelle mesure une modification du mandat de service universel en vigueur dans le sens d'un aménagement technologiquement neutre ou d'une adaptation à la numérisation serait-elle admissible?
5. Est-il possible de s'inspirer du compte de base ancré dans le droit européen?
6. Dans quelles conditions PostFinance pourrait-elle continuer à assurer le service universel dans le domaine du trafic des paiements, même en tant qu'entreprise entièrement privatisée?

Pour répondre à ces questions, le présent rapport d'expertise est divisé en quatre sections. Après des **remarques sur la méthodologie** de l'expertise (A.), l'**étendue matérielle** des "services postaux" est examinée plus en détail (B.). Les développements au sein de l'Union européenne ainsi que les possibilités de modification du service universel sont notamment abordés. Vient ensuite l'examen de la **responsabilité de l'État** dans le domaine du service universel (C.). A cet égard, nous commencerons par clarifier les possibilités dont dispose la Confédération pour assumer sa responsabilité constitutionnelle. Dans une quatrième section, il s'agira de clarifier comment un **prestataire du service universel** peut être défini et quelles en sont les conséquences sur le financement du service (D.).

---

[1] OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, expertise banque postale, p. 135; MARTENET, expertise 2019, p. 3.

[2] Voir art. 32 s. LPO et art. 43 ss. OPO.

[3] Voir postulat 20.4066 Schaffner du 23.09.2020 "Mandat de service universel dans le domaine des services de paiement. Quels seront nos besoins à l'avenir?"

II. Résultat

1. Une suppression pure et simple du mandat légal de service universel est-elle, dans le sens d'une question de principe, compatible avec l'art. 92, al. 2, Cst.?

La doctrine est aujourd'hui unanime: le mandat de service universel selon l'art. 92, al. 2, Cst. comprend non seulement les services postaux, mais également le **trafic des paiements**. En conséquence, une suppression pure et simple du mandat légal de service universel dans ce domaine semble **aujourd'hui incompatible avec l'art. 92, al. 2, Cst.**

Toutefois, le trafic des paiements n'est pas un "service postal" à proprement parler: historiquement, le trafic des paiements postaux est une extension du mandat d'acheminement du courrier. A l'origine, il s'agissait de transporter physiquement des moyens de paiement. Bien que cet aspect ait perdu de son importance, le trafic des paiements fait toujours partie du service postal universel. Cela prouve également que la notion de service universel selon l'art. 92, al. 2, Cst. évolue et n'est pas définitivement fixée. Alors que le caractère ouvert du mandat constitutionnel a surtout permis par le passé d'étendre le service universel (télégraphe), une restriction est également tout à fait envisageable (cabines téléphoniques). Dans la mesure où un (futur) législateur arrive à la conclusion, sur la base d'une pesée des besoins en matière de politique économique, sociale et régionale, qu'un service universel n'est plus nécessaire dans le domaine du trafic des paiements, celui-ci pourrait être biffé du catalogue des prestations du service universel, même sans modification de la Constitution. La rapidité avec laquelle le trafic des paiements ne serait plus associé à la notion de service universel postal dépend aussi de la forme juridique du mandat - p. ex. sa fourniture par des offices de poste physiques ou par de simples agences.

2. Que recouvre en détail la responsabilité de la Confédération inscrite à l'art. 92, al. 2, Cst. en termes d'étendue et d'organisation?

La Confédération dispose d'une **marge de manœuvre** considérable **pour décider comment elle entend assumer sa responsabilité dans le domaine du trafic des paiements**. Il ressort de l'art. 92, al. 2, Cst. que la Confédération est tenue de garantir le service universel dans le domaine des services postaux, et donc aussi dans celui du trafic des paiements. Pour assumer cette responsabilité, la Confédération ne doit toutefois pas remplir elle-même les tâches (responsabilité d'exécution). Elle peut confier le service universel à des privés et assurer sa fourniture en édictant des conditions-cadres appropriées (responsabilité de garantie). **Si les services de paiement sont fournis par le marché de manière suffisante, la Confédération pourrait se contenter d'un rôle d'observateur.** Dans le cadre de sa responsabilité de garantie, elle devrait toutefois, en plus d'une évaluation régulière, veiller à une possibilité d'intervention subsidiaire, de sorte que le service universel reste aussi garanti lorsque la prestation fournie par les acteurs du marché (publics et/ou privés) ne correspond pas aux critères de qualité (prix/quantité) prédéfinis au niveau politique (responsabilité subsidiaire). Si la Confédération n'assume plus qu'une responsabilité subsidiaire, la réduction du catalogue de prestations du service universel devrait s'accélérer.

3. Quelles sont les formes d'action dont dispose la Confédération pour assumer ses responsabilités et quels en sont les avantages et les inconvénients?

La Constitution ne définissant elle-même aucun prestataire du service universel, il **incombe au législateur de réglementer l'organisme responsable du service universel et la procédure de désignation**. La législation postale en vigueur confie directement le service universel à un prestataire spécifique (à savoir la Poste); cela crée une sécurité juridique pour les acteurs du marché au détriment de la flexibilité. Des alternatives seraient toutefois envisageables: le droit des télécommunications prévoit la **mise au concours d'une concession de service universel** (avec compensation financière possible); la concession de service universel peut être attribuée à titre subsidiaire par **décision** de l'autorité de surveillance. Selon le point de vue défendu ici, le législateur pourrait, outre la Poste et d'autres fournisseurs de services postaux, imposer aux banques l'obligation d'assurer le service universel dans le domaine du trafic des paiements (le recours forcé à des privés pour assumer la tâche étatique du service universel est envisageable, mais serait inhabituel en droit suisse).

Limiter à un simple encouragement financier la fourniture de services de paiements en espèces (au sens d'aides financières) est encore délicat, du moins aujourd'hui, car le service perdrait alors son caractère de tâche étatique; l'exécution de la tâche ne peut dès lors pas être "garantie juridiquement". Si les services de paiements en espèces étaient supprimés du catalogue des prestations du service universel, **des aides financières pourraient être envisageables pour organiser la phase de transition**.

Les solutions axées sur le marché laissent généralement aux prestataires une marge de manœuvre qui leur permet de déterminer, selon leurs propres critères, la manière dont ils souhaitent fournir une tâche donnée. L'avantage de telles solutions est généralement l'espoir que les **services** en question **soient fournis de manière plus efficace (moins coûteuse) et plus adaptée à la demande (plus orientée vers le client)**. En mettant en œuvre une solution axée sur le marché, les prestataires concernés devraient pouvoir mieux s'affirmer dans un environnement technologiquement innovant et dynamique, et donc économiquement exigeant. Le succès des solutions axées sur le marché - dans le sens d'une réalisation des objectifs visés (service universel suffisant à des prix raisonnables sur l'ensemble du territoire) - dépend d'un cadre réglementaire bien conçu, qui crée une confiance mutuelle et des obligations: la confiance de la collectivité dans la fourniture de prestations de haute qualité est tout aussi importante que la confiance du prestataire dans la stabilité de ses conditions commerciales (en particulier la rémunération des prestations).

Les coûts de transaction constituent un inconvénient: le transfert du service universel à un tiers privé s'accompagne, dans une phase "précontractuelle", de coûts de recherche, d'information, de négociation et d'exécution du contrat. Après le transfert, il faut tenir compte des coûts de surveillance et, éventuellement, de sanction du prestataire de services. Les lois et les contrats sont toujours incomplets, de sorte qu'il existe des possibilités (réciproques) de s'écarter de la volonté des parties. Dans des domaines particulièrement sensibles (p. ex. l'élimination des déchets dans le cadre d'un monopole), un prestataire de services peut, le cas échéant, très facilement faire valoir des adaptations ultérieures du contrat en sa faveur. Inversement, il est beaucoup plus facile d'imposer des changements dans la fourniture de services à une entité dominée par la collectivité (dans ce cas, les possibilités de contrôle politique sont presque entièrement préservées).

4. Dans quelle mesure une modification du mandat de service universel dans le sens d'un aménagement technologiquement neutre ou d'une adaptation à la numérisation serait-elle admissible?

Un aménagement technologiquement neutre doit garantir la stabilité du cadre juridique dans un environnement techniquement dynamique. Dans l'idéal, cela permet d'éviter des distorsions de concurrence entre les différents prestataires. Une fourniture de services techniquement différente peut toutefois conduire à des résultats différents sur le marché. Un aménagement technologiquement neutre du service universel est **judicieux (et constitutionnellement admissible) lorsque les objectifs visés par le service universel sont atteints indépendamment de la technologie utilisée**.

Renoncer aux services de paiements en espèces serait notamment envisageable si une grande partie de la population peut aussi effectuer ses opérations de paiement sans contact physique avec un prestataire. Dans ce contexte, il ne faut pas oublier que les progrès technologiques dans le domaine des moyens de paiement, ainsi que la pandémie de Coronavirus ont réduit l'importance de l'argent liquide, qui reste toutefois encore un moyen de paiement répandu en Suisse. C'est pourquoi les points d'accès physiques semblent toujours aussi importants pour le bon fonctionnement du système de paiement. Un aménagement technologiquement neutre du service universel dans le trafic des paiements, au sens d'un renoncement à la fourniture physique de prestations, ne semble pas encore possible, du moins dans les conditions actuelles. Indépendamment de cela, il reste une large palette de formes de fourniture différentes tant sur le plan organisationnel que technologique (par exemple par le biais d'agences, d'automates), qui ne seraient pas contestables du point de vue du droit constitutionnel.

5. Est-il possible de s'inspirer du compte de base ancré dans le droit européen ?

Dans l'Union européenne, les établissements de crédit sont aujourd'hui tenus d'offrir des services de base dans le domaine du trafic des paiements (obligation de contracter dans le domaine dit du "compte de base"). En ce qui concerne l'accès à un point de contact physique, le droit européen se contente de préciser que le compte de base doit être proposé par un "nombre suffisamment important d'établissements de crédit". Comme le mandat de service universel selon l'art. 92, al. 2, Cst. laisse au législateur le soin de définir le prestataire, une obligation analogue serait envisageable, mais elle nécessiterait certainement l'obligation d'observation déjà mentionnée, assortie d'une possibilité d'intervention subsidiaire au cas où le secteur privé ne fournirait pas (suffisamment) le service universel.

6. Dans quelles conditions PostFinance pourrait-elle continuer à assurer le service universel dans le domaine du trafic des paiements, même en tant qu'entreprise entièrement privatisée?

Le service universel peut également être fourni par une PostFinance entièrement privatisée, avec les avantages et inconvénients des solutions axées sur le marché mentionnées ci-dessus.