

N° 408801
SOCIETE OXIAL

2^{ème} et 7^{ème} chambre réunies
Séance du 20 octobre 2017
Lecture du 8 novembre 2017

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

La société Oxial, qui se qualifie de leader mondial de la publicité numérique, a un rare mais beau défaut : elle voudrait, figurez-vous, que l'Etat sache ce qu'il veut lorsqu'il réglemente son secteur. Nous disons de ce défaut qu'il est beau, parce que tout au long des dizaines et des dizaines de pages de ses écritures, on lit les développements précis, honnêtes, et solidement argumentés d'une société qui ne cherche pas autre chose que de mener tranquillement son activité dans un environnement juridique clair et intelligible, sans mauvaise surprise liée à des revirements aussi soudains qu'imprévisibles dans l'interprétation des textes qui l'encadrent. Nous disons de ce défaut qu'il est rare, parce qu'à part la société Oxial, qui vous le fait poliment – mais pas très sportivement – remarquer, avec un excès de zèle qui caractérise parfois ceux qui aspirent à être de bons élèves, personne dans le secteur ne semble se préoccuper le moins du monde de ce que vous pouvez raconter sur la taille des publicités - ce qui nous avait déjà fait vous dire il y a peu de temps, en concluant sur une affaire *Commune de Dijon*, qui est au cœur de ce nouveau litige, que vous aviez sûrement pour votre part quelques progrès à faire dans la publicité de votre propre jurisprudence...

Si la société Oxial est devant vous c'est qu'elle ne se remet décidément pas de l'interprétation que vous avez donnée il y a un an jour pour jour de l'article R. 581-34 du code de l'environnement relatif à la réglementation des panneaux publicitaires lumineux dans la décision *Commune de Dijon* (CE, 20 octobre 2016, n° 395494, aux Tables et à nos conclusions), affaire dans laquelle elle était défenderesse en cassation.

Cet article, issu de l'article 8 du décret n° 2012-118 du 30 janvier 2012 relatif à la publicité extérieure, aux enseignes et aux préenseignes, dispose que « *La publicité lumineuse est la publicité à la réalisation de laquelle participe une source lumineuse spécialement prévue à cet effet. [...] A l'intérieur des agglomérations de plus de 10 000 habitants et dans celles de moins de 10 000 habitants faisant partie d'une unité urbaine de plus de 100 000 habitants, ainsi qu'à l'intérieur de l'emprise des aéroports et des gares ferroviaires situés hors agglomération, la publicité lumineuse apposée sur un mur, scellée au sol ou installée directement sur le sol ne peut avoir une surface unitaire excédant 8 mètres carrés, ni s'élever à plus de 6 mètres au-dessus du niveau du sol (...)* ».

La question était de savoir si les 8m² ainsi définis s'entendaient du seul dispositif lumineux ou pour le panneau tout entier.

Vous aviez eu la, toute relative, folle sagesse de nous suivre et de juger que « *pour calculer la surface unitaire, il convient de prendre en compte, non pas la seule surface de la publicité lumineuse apposée sur le dispositif publicitaire mais le dispositif lui-même dont le principal objet est de recevoir cette publicité, c'est-à-dire la surface du panneau litigieux tout entier* ». Or cette interprétation est l'exacte opposée de celle sur laquelle s'était organisé et vivait tout le secteur, ce qui a fait dire à un commentateur que votre décision était un « tsunami », qualificatif que la société Oxial reprend volontiers à son compte.

Bien que nous vous ayons avertis à propos des inconvénients majeurs de la solution que nous vous proposons, nous ne voyions pas comment faire pour vous en proposer une autre car en réalité le sens de la réglementation se déduisait d'un texte ancien et d'une jurisprudence établie. L'article L. 581-3 du code de l'environnement, qui reprend l'article 3 de la loi du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes, dispose en effet que : « *Constitue une publicité, à l'exclusion des enseignes et des préenseignes, toute inscription, forme ou image, destinée à informer le public ou à attirer son attention, les dispositifs dont le principal objet est de recevoir lesdites inscriptions, formes ou images étant assimilées à des publicités* ». Une décision du 6 octobre 1999 *Société Supremo* n°169570 aux Tables a jugé que, dans une zone de publicité restreinte, dans laquelle la surface des dispositifs de publicité non lumineuse scellés ou installés directement au sol est limitée à 12 m², il fallait, compte tenu des objectifs esthétiques de la réglementation, prendre en compte non la surface de l'affiche apposée sur le dispositif mais celle du panneau tout entier. Vous aviez à l'époque fait peu de cas du fait qu'une circulaire n°81-53 du 12 mai 1981 du ministre de l'équipement soutienne l'inverse.

Cette interprétation qu'avait et qu'a souvent garée le ministère compétent des règles de surfaces est sûrement la raison pour laquelle le secteur a largement ignoré et la loi et votre jurisprudence, si bien que, comme le soutient la société sur un ton presque apocalyptique, que les panneaux 4x3 de France sont dans leur immense majorité probablement illégaux puisque les dimensions auxquelles il est ainsi fait référence sont celles de l'affiche elle-même sans son support.

Il est établi par les pièces du dossier qu'au moment de l'édiction du décret, l'administration avait elle aussi eu dans l'idée que la superficie définie pour les publicités lumineuses était celle de la seule partie lumineuse, hors support. En attestent une brochure d'août 2012, un projet de circulaire de 2014 et un projet de décret de 2015 que nous vous avons cités la fois précédente, et dont nous vous épargnons le détail. Mais dans l'affaire *Commune de Dijon*, appelé à produire, coup de théâtre : l'administration en est revenue à l'interprétation stricte qui est celle que vous avez adoptée dans votre décision.

Après cette décision, la société Oxial a cru pendant quelques mois que l'administration, clairement indécise sur le sujet, et peut-être un peu embarrassée, mettrait les textes en accord avec la pratique. Des réunions ont été tenues dans les différents ministères concernés. Parallèlement, la société a demandé au Premier ministre d'abroger partiellement le 3^{ème} alinéa de l'article R. 581-34 du code de l'environnement ainsi que le 1^{er} alinéa de l'article R. 581-41

du même code, qui réitère cette même norme¹. Puis, devant le silence persistant de l'administration, et son apparent renoncement à modifier les textes, peut-être en raison des oppositions fortes qui avaient commencé à se faire jour à l'idée que le Gouvernement « agrandisse le format des publicités », la société vous a saisi d'un contentieux *Alitalia* qu'elle a assorti d'une demande de suspension en référé.

La demande de référé a été rejetée par une ordonnance du 17 mai 2017 *Société Oxial* n° 409386 dont les motifs méritent d'être cités pour au moins deux raisons : d'abord, on y retrouve bien la trace du comportement trompeur de l'administration, et ensuite, les motifs du juge des référés sont assez novateurs pour une ordonnance de défaut d'urgence. L'ordonnance est donc fondée sur les motifs « *que la réglementation critiquée par la société Oxial a été édictée le 30 janvier 2012 et que le pouvoir réglementaire avait laissé une période d'adaptation de trois ans et demi pour la mise en conformité des dispositifs installés antérieurement à la loi du 12 juillet 2010 ; que si des documents techniques du ministère en charge de l'environnement, édités en 2012 et 2014, ont pu donner à penser que le calcul de la surface maximale pouvait n'être appliqué qu'aux écrans lumineux sans inclure leur encadrement, l'incertitude qui en a résulté trouve son origine dans ces documents et non dans le décret ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la société Oxial soit effectivement, de façon imminente, contrainte de procéder au remplacement de ses panneaux qui ne sont pas conformes à la réglementation ; qu'en outre, eu égard aux ambiguïtés résultant des positions initialement prises par l'administration, qui n'ont été clairement levées que par la décision du Conseil d'Etat mentionnée au point 3, l'administration ne saurait engager de poursuites en vue de contraindre au respect de cette réglementation qu'après avoir laissé aux opérateurs concernés, dont la société Oxial, un délai raisonnable, qui ne saurait être inférieur à dix-huit mois à compter de cette décision* ».

Ce dernier motif est pour le moins original et il fait dire à la société qu'en réalité, le juge des référés a suspendu l'exécution des dispositions litigieuses. Il nous semble toutefois qu'une ordonnance prise sur le fondement de l'article L. 521-1 ne pouvant avoir d'effets provisoires que jusqu'à la date de lecture de la décision au fond, le délai de 18 mois prévu dans cette ordonnance paraît certes une satisfaction équitable, mais est en réalité tout aussi trompeur que les pratiques qu'il entend dénoncer puisque, sauf à ce que vous le repreniez dans votre décision, ce que nous vous proposerons pas dans cette formation de jugement, il n'aura pas de fondement juridique après la lecture de votre décision.

Tout ceci étant dit, on peut en venir au débat de légalité du refus d'abroger les dispositions contestées. Et malgré les beaux efforts de la société Oxial qui se démène, dans ses écritures, pour trouver le moyen de saisir une illégalité afin d'obtenir la tranquillité juridique à laquelle elle aspire, il nous semble que ce débat de légalité ne peut tourner à son avantage.

Il est d'abord soutenu que les dispositions attaquées sont entachées d'erreur de droit en ce qu'elles ont fixé une norme de surface maximale des publicités sans tenir compte du 1° de l'article L. 581-3 du code de l'environnement.

¹ L'article R. 581-41 réglemente la publicité numérique. Le 1^{er} alinéa est ainsi rédigé : « Une publicité numérique ne peut avoir une surface unitaire supérieure à 8 mètres carrés ni s'élever à plus de 6 mètres au-dessus du niveau du sol ».

Il est à peu près certain que, comme l'affirme la société, le ministère rapporteur du décret dont sont issues les dispositions attaquées a pensé ou même voulu qu'elles s'appliquent au seul écran lumineux hors encadrement et non au panneau publicitaire dans son entier. Pour autant, cette circonstance est sans incidence sur la légalité de la norme réglementaire, qui, bien que ses auteurs l'aient perdue de vue, ne méconnaît en rien la disposition législative définissant la publicité. Sur le plan de la légalité, il est impossible à nos yeux de juger que le décret, qui ne précise en rien ce qu'il entend par la superficie de la publicité qu'il réglemente méconnaît la définition légale de la publicité.

Le deuxième moyen a trait à l'atteinte, « colossale » dit la requête, portée à la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où les règles de surface instituées par le décret de 2012 auraient pour effet de contraindre au remplacement de nombreux dispositifs publicitaires, tant les panneaux non lumineux « 4 par 3 » que les panneaux numériques d'Oxial, ce qui impose de modifier les chaînes d'approvisionnement et d'avoir démantelé à la date du 31 juillet 2015, date limite du délai de mise en conformité fixé au III de l'article R. 581-88 du code de l'environnement, les dispositifs existants. Le coût de remplacement du parc représenterait à près de 4 millions d'euros pour la société Oxial et 2 milliards 62 millions d'euros pour l'ensemble des publicitaires français. En outre, la société fait valoir, photos à l'appui, que la fixation d'une nouvelle règle de format « cadre inclus » n'aurait qu'un faible impact sur l'amélioration du cadre de vie, l'épaisseur des cadres n'étant que de quelques cm. Effectivement les photos fournies, prises dans un environnement périurbain du reste particulièrement peu reluisant, confirment une chose : les panneaux publicitaires restent globalement tout aussi nuisibles avant qu'après. Mais compte tenu du motif ayant justifié l'édiction de la réglementation et du délai réglementaire de trois ans et demi qui avait été accordé pour assurer la mise en conformité des dispositifs, il ne nous semble vraiment pas possible de juger que le décret aurait porté une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie.

Ensuite il est reproché aux dispositions litigieuses de méconnaître l'objectif de clarté et d'intelligibilité qui s'impose aux actes administratifs en ce qu'elles ne comportent pas une définition explicite de la surface désignée, faute de préciser la norme applicable au dispositif lumineux et celle applicable au cadre et support. Mais la loi comme le règlement son clairs et en réalité, comme l'a relevé le juge des référés, tout le problème en l'espèce est venu des fausses indications données par l'administration entre 2012 et 2014. Comme nous ne sommes évidemment pas du tout insensibles au rare mais beau défaut de la société Oxial, nous avons vraiment cherché s'il était possible de donner raison à la société sur ce terrain, qui correspond sans doute le mieux à la situation d'insécurité juridique dans laquelle les opérateurs ont été placés du fait des atermoiements de l'administration. Il y a il est vrai quelque chose d'un peu particulier voire d'exceptionnel à l'hypothèse qui est celle de l'espèce dans laquelle il est établi, non pas seulement, ce qui arrive souvent, que l'administration se voie démentie dans l'interprétation qu'elle faisait d'un texte par votre jurisprudence, mais dans qu'elle a indiqué dès le départ à de destinataires majeurs de ce texte qu'il n'avait pas la portée qui est réellement la sienne. Mais sur le terrain de la légalité, il y aurait quelque chose d'édouffant à juger illégal un texte ne posant pas de difficulté au motif que l'administration en a prescrit une mauvaise interprétation. Une telle piste nous semble totalement inatteignable, et inopportune. Vous le savez, le contentieux de la légalité n'est toutefois pas le seul qui existe devant le juge administratif et en contentieux indemnitaire, vous acceptez l'indemnisation des préjudices qui résultent directement du comportement fautif de

l'administration, lequel peut bien entendu consister à délivrer de fausses interprétations de la réglementation applicable. Lorsqu'il existe des préjudices, c'est sur ce terrain que ce type de difficultés doit se résoudre. Pour le reste, les tracasseries que causent aux opérateurs les atermoiements de l'administration ne sauraient trouver de réponse juridictionnelle.

Dans un mémoire en réplique, la société soutient, un peu avec l'énergie du désespoir, que les consultations du Conseil d'Etat et de la commission consultative d'évaluation des normes auraient été irrégulières au motif que le gouvernement aurait présenté de façon fallacieuse le projet de décret à ces institutions, ne leur permettant pas de fournir u avis éclairé.

Mais on ne peut absolument pas déduire du fait que l'administration se méprendrait sur une partie de son texte que la consultation des instances compétentes serait entachée d'irrégularité. C'est d'ailleurs le propre de l'organisation de consultations en amont que de permettre d'éclairer pleinement l'administration, ce qui ne veut pas dire que ces institutions y parviennent à chaque fois sur toutes les questions. Chacun sait, les entreprises de publicité les premières, que la réalité n'est pas un monde aussi parfait que le celui, rêvé, qui s'étale sur nos affiches ou nos écrans.

Ainsi donc, bien que concluant pour la seconde fois conte les intérêts de la société Oxial, nous ne pouvons, pour la seconde fois, que donner raison à l'incompréhension voire à l'exaspération qui est la sienne face à l'administration dont les atermoiements ne sont assurément pas un exemple très réjouissant – même si ces derniers s'expliquent aussi par de tristes phénomènes de pressions et d'instrumentalisation politiques propres à l'époque. Mais il nous semble que ce n'est pas sur le terrain de la légalité objective que la société pourra trouver satisfaction. De terrains, il en est d'autres. Et si la publicité ne peut être mensongère, l'administration ne saurait être trompeuse, sauf à répondre des préjudices qu'elle a causés.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.