10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 14 février 2018
Lecture du 5 mars 2018

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Cette affaire est une leçon de modestie sur la portée pratique de votre jurisprudence.

Le 17 janvier 1997, un décret (n° 97-37) a réformé les tarifs de transport postaux préférentiels dont, depuis la loi du 4 thermidor an IV au moins, bénéficiaient les titres de presse. Il a en particulier recentré le dispositif général, dont le principe est désormais prévu par l'article L. 4 du code, sur certaines catégories de journaux. Le nouveau dispositif prenait la forme d'une fusée à trois étages : premier étage, un tarif préférentiel applicable à tous les titres de presse ; deuxième étage, le tarif plus avantageux encore accordé aux titres d'information publique et générale ; troisième étage, un tarif ultra promotionnel pour les quotidiens à faible ressources publicitaires ou de petites annonces. Le carburant de la fusée restait l'Etat qui, comme par le passé, compensait auprès de La Poste le manque à gagner correspondant – pour un montant total de 302 millions d'euros en 2015, dont près de 75 au titre de notre étage central.

A l'époque, plusieurs syndicats professionnels de publications spécialisées ne relevant pas du champ de ce tarif préférentiel l'ont attaqué devant le Conseil d'Etat, au motif qu'il serait à l'origine d'une distorsion de concurrence. Ils s'en prenaient au sort réservé aux suppléments et hors-séries des titres d'information publique et générale, dont le décret prévoyait qu'ils bénéficient de plein droit des mêmes avantages que les titres auxquels ils se rattachaient. Ils soutenaient que le dispositif permettait à un titre éligible au dispositif de faire acheminer, par exemple, son « supplément télé », voyageant séparément, à un tarif préférentiel, alors que les « programmes télé » de droit commun, d'un contenu équivalent, payaient le tarif fort.

Par votre décision CE, 29 septembre 1999, *Syndicat de la presse périodique culturelle et scientifique et autre*, n° 186227-186356, T. p., vous avez écarté cette argumentation en jugeant qu'il résultait de l'économie des textes que n'étaient des suppléments et hors-séries au sens de ces dispositions que les publications dont le contenu comportait le même élément d'information publique et générale que le titre qu'ils complétaient. Autrement dit, l'avantage n'était acquis qu'aux suppléments étant eux-mêmes d'information publique et générale, et pas aux magazines de décoration et aux « programmes télé ». Vous précisiez encore que la mention selon laquelle l'avantage leur était acquis « de plein droit » avait pour seule portée de permettre à l'organe de presse de former une demande de tarif préférentiel unique pour son titre principal ET son supplément. Dans ses conclusions, le président Combrexelle expliquait qu'il s'agissait d'une interprétation du décret conforme au principe constitutionnel d'égalité qui ne serait pas sans conséquence concrète. L'histoire lui a donné tort sur ce dernier point.

Par le décret n° 2016-2013 du 30 décembre 2016 relatif au transport postal des suppléments et hors-série en effet, le pouvoir réglementaire s'est senti obligé de préciser, aux l'article D. 19-3 et D. 27 du code des postes et des communications électroniques, que les suppléments éligibles au tarif préférentiel devaient satisfaire aux conditions posées par l'article D. 18. Auparavant, les textes disaient plus pudiquement qu'ils devaient satisfaire aux mêmes conditions de fond et de forme qu'une publication principale, et c'est votre décision qui précisait qu'était notamment en cause la condition de contenu, pour l'application du tarif préférentiel. Or si le pouvoir réglementaire a pris l'initiative de cette modification, ce n'est pas par souci cosmétique de codification, mais bien parce qu'en pratique, les suppléments et hors séries de publications d'information publique et générale continuaient de bénéficier de plein droit du tarif préférentiel sans considération de leur propre contenu. La meilleure preuve que l'intention du Gouvernement était de changer les choses est que, vingt ans après votre décision, il a trouvé l'inscription de ses exigences dans le marbre d'un texte réglementaire à ce point traumatisante qu'il a pris le soin de les assortir de mesures transitoires, d'ailleurs contestées comme étant insuffisantes...

Cette petite leçon de réalisme nous incite à ne pas pousser trop loin la fiction juridique qui permettrait, en toute orthodoxie, d'estimer que le décret attaqué, en se bornant à répéter ce que le précédent texte était réputé affirmer en vertu de votre interprétation conforme, serait purement confirmatif, et donc insusceptible de recours. Force est d'assumer que le décret a une portée propre, et pas des moindres pour les requérants.

Avant d'en venir au fond du sujet, il vous faudra connaître d'un moyen de **légalité externe** qui n'est pas dépourvu d'intérêt. La question est de savoir si l'on pouvait procéder par décret simple ou si la loi exigeait un décret en Conseil d'Etat.

L'article L. 2 du code des postes et des communications électroniques renvoie à un **décret en Conseil d'Etat**, pris après consultation de La Poste, et après avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et de la Commission supérieure du numérique et des postes, le soin de préciser les caractéristiques de l'offre de service universel que La Poste est tenue d'assurer. Et il précise que c'est ce même décret en Conseil d'Etat qui fixe les droits et obligations de La Poste au titre de ses missions de service public des envois postaux, comprenant le régime spécifique offert à la presse en vertu du deuxième alinéa de l'article L. 4 ». Or le décret attaqué, qui porte sur ce régime, est un décret simple.

Il faut d'abord renvoyer dos à dos deux arguments inopérants pour résoudre cette question délicate.

D'abord, contrairement à ce qu'affirme le ministre, la circonstance que vous n'avez pas, dans le précédent de 1999, relevé d'office l'incompétence (c'était la qualification que vous reteniez alors¹) du décret simple n'est pas déterminante : à l'époque en effet, l'article L. 2 ne prévoyait pas l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat, et les conclusions portaient du principe que les tarifs postaux relevaient d'un décret simple en vertu de l'article 6 du cahier des charges de la Poste approuvé par le décret n° 90-1214 du 29 décembre 1990.

Symétriquement, contrairement à ce qu'affirment les requérants, la circonstance que l'article L. 4, auquel renvoie l'article L. 2, mentionne la « structure tarifaire des services postaux » n'est pas déterminante non plus. Ainsi que vous l'avez jugé en matière énergétique,

¹ Sur le caractère d'ordre public du défaut de consultation du Conseil d'Etat, y compris dans le nouveau cadre conceptuel conduisant à traiter cette omission comme une illégalité « simple » et non une incompétence, CE, 17 juillet 2013, *Syndicat nationale des professionnels des santé au travail*, n° 358109, p.

la notion de structure tarifaire renvoie aux éléments à prendre en compte pour déterminer un prix et non aux bénéficiaires de ce prix (CE, 25 septembre 2015, *Société Storengy*, n° 369055, T. p.).

La question est revanche de déterminer si le décret litigieux a trait aux « droits et obligations de La Poste » au titre du régime spécifique aux publications de presse. A bien y regarder, nous ne le croyons pas.

Ce régime est traité à deux reprises en partie réglementaire du code des postes et communications électroniques.

D'une part, l'article R. 1-1-17, intitulé « Le transport de la presse » et issu du décret en Conseil d'Etat n° 2007-296 du 5 janvier 2007, prévoit que les envois de publications périodiques sont acheminés dans les conditions du service universel postal dans des conditions tarifaires favorisant le pluralisme et notamment la presse d'information politique et générale. Il précise les modalités d'homologation des tarifs et dispose que les sujétions particulières supportées par La Poste en raison du régime d'acheminement et de distribution de la presse font l'objet d'une compensation financière. Il est complété par l'article R. 1-1-26 qui détermine les composantes du tarif. Cet ensemble d'article en R. définit donc la consistance des contraintes qui pèsent sur la Poste à raison de ce régime : obligation d'acheminement, absence de liberté dans la fixation des tarifs et contrepartie sous forme de compensation financière.

D'autre part, les articles D. 18 à D. 28, classés dans la section « journaux et périodiques » du livre sur le service postal, et issus de décrets simples dont le décret attaqué, définissent le détail des publications d'information qui peuvent bénéficier d'un tarif postal privilégié. Ils sont tournés vers les utilisateurs du service et déterminent les critères qui leur permettent ou non d'en bénéficier.

La distinction peut paraître artificielle, dans la mesure où le champ des bénéficiaires a nécessairement une incidence sur les obligations de La Poste – plus le champ est large, plus elle devra acheminer d'envois au tarif encadré. Cette incidence est toutefois atténuée par le principe de la compensation financière. La seule véritable contrainte qui pèse sur La Poste est l'obligation de fixer des tarifs tenant compte de l'objectif de pluralisme et soumis à homologation, et d'en passer par un mécanisme de compensation financière plus fastidieux qu'une facturation directe. Son droit est celui à recevoir la compensation. Les droits et obligations en propre figurent donc bien dans le décret en Conseil d'Etat, que le décret simple à vocation à mettre en musique.

A la faveur de ce raisonnement, qui s'adosse à une conception stricte, mais qui nous semble raisonnable du renvoi figurant à l'article L. 2, nous vous proposons de juger que l'absence de consultation du Conseil d'Etat sur le décret attaqué n'est pas illégale. Et dès lors qu'on estime ne pas être dans le champ du renvoi à l'article L. 2, alors les consultations qu'il impose de La Poste, de l'Arcep et de la Commission supérieure du numérique et des postes n'ont pas non plus lieu d'être ; or aucune autre disposition ne les impose, notamment par l'article L. 4, qui concerne la seule homologation des tarifs. Vous écarterez donc également le moyen tiré du défaut de consultation de ces deux instances.

Nous en venons à la **légalité interne** pour laquelle les débats ont un parfum étrange, dans la mesure où le décret taxé de tous les maux ne fait que mettre le dispositif en conformité avec les exigences découlant de votre précédente décision.

Il est soutenu que l'exclusion du régime préférentiel des suppléments ne remplissant pas la condition de contenu porte **atteinte à la liberté et au pluralisme de la presse**. L'argument est affaibli par ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision 2001-456 du 27 décembre 2001 (§37 ; v. aussi n° 84 181 DC du 11 octobre 1984), justifiant à propos d'une aide financière la mise en place d'aides ciblées à la presse par la volonté de préserver le pluralisme nécessaire à l'exercice effectif de la liberté de la presse garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, au motif qu'il s'agissait de soutenir les quotidiens d'information politique et générale. Plus généralement, le Conseil constitutionnel se borne à exiger du législateur, lorsqu'il adopte des modalités nouvelles de réalisation de l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme des quotidiens d'information politique et générale, impliquant la modification ou la suppression de dispositions préexistantes, qu'il n'en vienne pas à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel (Cons. const., 86-210 DC du 29 juillet 1986). Vous devez raisonner de la même façon s'agissant des évolutions du cadre réglementaire. Tel ne peut être le cas du recentrage de l'aide litigieuse puisque, d'une part, l'aide est maintenue pour les suppléments d'information dont le soutien participe directement à la réalisation de l'objectif et que, d'autre part, la circonstance que les journaux d'information perdent l'aide indirecte que constituait l'octroi du tarif préférentiel y compris aux suppléments dépourvus de contenu informatif ne peut être regardée comme remettant en cause l'équilibre de l'ensemble du régime. Sur ce dernier point, les parties se battent à coup d'évaluations chiffrées quand à l'incidence financière du recentrage sur l'équilibre économique des publications concernées – ils développent en particulier l'exemple de *La Manche libre*, présentée comme particulièrement exposée aux conséquences du décret en raison de sa dépendance à 100% à la distribution postale et de sa périodicité hebdomadaire, qui fait que 100% de ses envois comportent le supplément. Mais ainsi que le démontre le ministre, quand bien même d'ailleurs on tiendrait pour acquis le montant des surcoûts calculés par les requérants, ceux-ci ne représenteraient que 0,7% du chiffres d'affaires de ce périodique (0,2% si l'on retient l'évaluation du ministre). En outre, cet impact déjà trop faible pour caractériser une mise en péril de la presse d'information au sens de la préservation de l'objectif constitutionnel (nous ne nions pas la réalité d'un choc économique) doit être mis en regard, d'une part, avec la circonstance que le recentrage est nécessaire au respect d'une autre exigence constitutionnelle qu'est le principe d'égalité, d'autre part, avec l'effet de lissage prévu par les dispositions transitoires. Ce qui nous mène directement à l'examen des deux moyens suivants.

S'agissant du **principe d'égalité**, les requérants soutiennent que le décret attaqué le méconnaît, parce qu'il prive les suppléments non informatifs du tarif privilégié tout en continuant de les soumettre à des contraintes d'acheminement qui ne pèsent pas sur la concurrence. Ici, c'est votre précédent de 1999 qui affaiblit terriblement l'argumentation, dans la mesure où vous n'y avez écarté le moyen tiré d'une rupture d'égalité illégale, par l'avantage consenti aux suppléments des titres d'information politique et générale, au détriment des publications non informatives, au motif que l'avantage se limitait aux suppléments et hors-séries eux-mêmes informatifs. *A contrario*, l'aide généralisée telle qu'elle a perduré dans la pratique méconnaissait donc ce principe au bénéfice des requérants.

En réalité, l'argumentation de ces derniers procède d'une confusion, au sein des dispositions réglementaires du code, entre de prétendues sujétions imposées pour l'acheminement des suppléments et les conditions à remplir pour bénéficier des avantages consentis à ces derniers. Ainsi, lorsque les textes disposent que le supplément « ne peut être vendu isolément, ni faire l'objet d'un abonnement séparé, ni d'une distribution gratuite autonome », il entend faire le départ entre magazines autonomes et suppléments proprement dits. Et cette définition du champ des suppléments a pour objet de permettre aux publications pouvant prétendre à cette qualification de bénéficier de deux séries d'avantages : en matière d'acheminement postal, de pouvoir solliciter le bénéfice des tarifs préférentiels, lorsque les

conditions de fond sont par ailleurs remplies, par le même formulaire que pour le titre de rattachement, sans avoir à former une seconde demande autonome ; en matière fiscale surtout, de pouvoir bénéficier du taux réduit de TVA du 7° de l'article 72 de l'annexe III au CGI. Bref, au regard du tarif d'acheminement postal, le décret attaqué a précisément pour objet de traiter uniformément, à contenu équivalent, les suppléments non informatifs et les publications autonomes : en cela, il ne saurait méconnaître le principe d'égalité. Pour le reste, les contraintes à respecter pour bénéficier de la qualification de supplément trouvent leur contrepartie principale dans des avantages fiscaux.

Pour la même raison, il n'y a pas de méconnaissance du principe de libre concurrence découlant de la liberté constitutionnelle d'entreprendre : le texte corrige les distorsions de concurrence entre publications équivalentes bien plus qu'il n'en crée ; il n'empêche pas les publications qui souhaiteraient, au titre de la liberté d'entreprendre, soustraire leurs suppléments non informatifs aux contraintes d'acheminement liées à cette qualification, de les publier sous forme de titres autonomes – perte de l'avantage fiscal à la clef.

Il convient donc d'écarter les moyens tirés de l'atteinte aux objectifs ou libertés constitutionnels invoqués. Vous devez écarter par les mêmes motifs équivalents tirés, au plan conventionnel, de la méconnaissance des articles 10 (liberté de la presse) et 14 (interdiction des discriminations) de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Restent les **moyens tirés de l'effet perturbateur du décret sur les situations en cours**. Comme nous l'avons expliqué, cet effet n'a juridiquement pas lieu d'être, mais sa réalité économique est incontestable, de sorte qu'il est inévitable d'examiner les moyens.

Premier angle d'attaque, le décret attaqué porterait **atteinte à l'économie des conventions légalement conclues**. L'idée est que le décret fait peser sur la presse d'information politique et générale, dont le coût d'acheminement des suppléments non informatifs est renchéri, une charge qui n'était pas prévisible à la date à laquelle les entreprises de presse concernées ont contracté avec leurs salariés, leurs fournisseurs et leurs abonnés annuels. En bouleversant l'équilibre économique sur lequel reposaient ces conventions, le décret mettrait en péril leur exécution.

Toutefois, d'une part, il n'y a pas de droit au maintien d'une réglementation favorable ; d'autre part, le droit constitutionnel au maintien des conventions légalement conclues (v. décision 2000-437 DC du 19 décembre 2000) ne protège ces dernières que contre les remises en cause directe et n'a pas vocation à jouer contre une réglementation qui, parce qu'elle pèse sur la situation économique d'une entreprise, la met potentiellement en difficulté pour honorer ses contrats. A titre d'illustration, le Conseil constitutionnel a refusé de faire jouer ce principe à l'encontre de la remise en cause d'une exonération fiscale en relevant que faute de rétroactivité, elle n'avait pas pour effet de porter atteinte aux situations légalement acquises, peu important la circonstance qu'elles aient un effet économique susceptible d'affecter l'exécution de ces convention (2005-530 DC du 29 décembre 2005, §42 et s.).

L'argumentation ne porte pas plus sous l'angle de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention, invoqué au motif que les entreprises de la presse d'information pouvaient légitimement nourrir l'espérance que le tarif préférentiel serait maintenu pour leurs suppléments. Vous ne faites jouer ce principe que pour autant que les entreprises ont reçu des garanties que la réglementation favorable serait maintenue, et refusez qu'il fasse obstacle à la suppression pour l'avenir d'un avantage financier dont le maintien n'avait pas été promis (v., en matière fiscale : CE, 30 novembre 1994, *SCI Résidence Dauphine*, n° 128516, p ; 2 juin 2010, *Fondation de France*, n° 318014, p.).

Second angle d'attaque, le décret méconnaîtrait le principe de sécurité juridique, tel que consacré par vos décisions *KPMG* (CE Ass., 24 mars 2006, n° 288460 et a., p.) et *L...* (CE Sect., 13 décembre 2006, n° 287845, p.) faute de mesures transitoires suffisantes. Et ce alors que le décret prévoit un mécanisme de lissage de la suppression de l'aide accordée aux suppléments non informatifs, qui permet de réduire de 1/4 la première année, de moitié la deuxième et du quart la troisième, avec un passage au régime de croisière la quatrième année seulement.

Même dans l'hypothèse très compréhensible où les entreprises de presse ne soient pas des lectrices assidues des feuilles roses, ce qui leur aurait laissé près de vingt ans pour se préparer au choc financier induit par votre décision de 1999, ce dispositif de lissage nous semble en tout état de cause suffisant dans le cadre du contrôle normal que vous exercez en pareille configuration (CE, 17 juillet 2006, *R...*, n° 289022, inédite ; 19 mars 2007, *Mme G... et a.*, n° 300467, p. 123).

D'abord, parce que le choc économique, bien qu'important, surtout compte tenu de la situation fragile du secteur de la presse d'information, est moindre que ce que s'imaginent les requérants. La suppression de l'avantage financier automatique ne conduit pas à imposer un envoi séparé, plus coûteux, du supplément : l'envoi groupé restera possible, avec application du tarif d'objet applicable à la publication principale, puis l'application de deux tarifs au poids distincts, à due proportion du poids respectif de la publication éligible au tarif préférentiel et du supplément exclu de cet avantage. De sorte que le surcoût pour *La Manche libre* sera de 16 750 euros en 2017, 33 500 en 2018, 50 250 en 2019 et 67 000 en régime de croisière, loin du chiffre de 230 000 euros brandi, même si cela reste élevé.

Ensuite parce que, même en laissant de côté votre précédent de 1999, la modification des tarifs était prévisible, dès lors qu'ils font l'objet d'accords périodiques conclus avec le secteur pour une durée de trois ans. Or les entreprises de presse ne sont juridiquement pas prisonnières du schéma de publication qui les place, du fait du recentrage des tarifs préférentiels, dans une situation économique plus défavorable que précédemment. Elles peuvent adapter le contenu de leurs suppléments pour qu'ils remplissent la condition de fond désormais explicitée à l'article D. 18 ; elles peuvent également, dans un délai un peu plus long, adapter leurs modalités de diffusion de façon à moins dépendre de l'acheminement postal ; elles peuvent enfin répercuter la hausse des tarifs postaux subis sur le prix de leurs abonnements. Or vous prenez les éléments de prévisibilité en compte (CE, 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, n° 310146 et a., p.).

Enfin, parce que le décret vise à mettre fin à une situation en délicatesse avec le principe d'égalité entre publications non informatives, si l'on prend à la lettre votre précédent de 1999. Vous n'avez certes jamais, à notre connaissance, exporté la jurisprudence qui interdit les mesures transitoires en cas de mise en conformité avec le droit de l'Union hors de ce périmètre. Pour autant, il nous semble à tout le moins possible de prendre en compte la circonstance qu'un décret va dans le sens d'une mise en conformité avec les exigences constitutionnelles pour abaisser le degré d'exigence sur le caractère suffisant des mesures transitoires.

A la faveur de ces considérations, nous vous proposons de juger que les mesures transitoires sont à tout le moins suffisantes et de rejeter les conclusions tendant à leur annulation en tant qu'elles seraient trop abruptes.

PCMNC – Rejet.