

N° 464222
Fédération française aéronautique (FFA)

N° 464227
Groupement des industriels et professionnels de l'aviation générale (GIPAG)

N° 464397
Fédération des distributeurs alimentaires spécialisés (FEDALIS)

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 16 novembre 2022
Décision du 8 décembre 2022

CONCLUSIONS

M. Philippe RANQUET, Rapporteur public

Les trois requêtes qui viennent d'être appelées ont en commun de contester le décret n° 2022-423 du 25 mars 2022 relatif à l'aide exceptionnelle à l'acquisition de carburants, soit le dispositif plus couramment connu sous le nom de « *remise à la pompe* ». Elles ne le mettent pas en cause dans son ensemble mais sur deux points déterminés, d'une part le champ des carburants concernés par la mesure, d'autre part son articulation avec un autre mécanisme, dit de la « *clause gasoil* ».

1. Il n'en est pas moins utile de présenter d'abord l'économie générale du dispositif. Le décret a été adopté dans le cadre du « *plan de résilience économique et social* » mis en place pour faire face à la hausse du prix des produits pétroliers résultant du contexte international. Il prévoit le versement par l'Etat d'une aide versée aux entreprises qui mettent les carburants à la consommation, fonction des volumes vendus, mais l'objectif, énoncé à l'article 2 du décret, est de réduire le prix du carburant pour son consommateur final. Aussi l'aide est-elle accompagnée d'un engagement du secteur de la distribution de carburant de la répercuter intégralement sur le prix « à la pompe », celui que paie le consommateur. Cet engagement prend la forme d'une « *charte* » signée par les organisations représentatives et les principales entreprises du secteur et n'apparaît pas en tant que tel dans les dispositions du décret ; sa notice, en revanche, le mentionne. Et c'est là, nous semble-t-il, un élément qui ne peut être ignoré au stade du contrôle du décret, puisqu'il en révèle la véritable finalité.

Initialement, l'aide devait être versée jusqu'au 31 juillet 2022, pour un montant de 15 centimes par litre pour les carburants vendus à cette unité (montant répercuté sur le prix HT, de sorte que la remise sur le prix TTC « à la pompe » est plus élevée). Elle a toutefois été prolongée, d'abord jusqu'au 31 août (décret n° 2022-1042 du 23 juillet 2022) puis jusqu'au 31 décembre (décret n° 2022-1168 du 22 août 2022). A cette occasion, son montant a en outre

été augmenté à 25 centimes par litre pour la période du 1^{er} septembre au 30 octobre, puis un dernier décret (n° 2022-1355 du 25 octobre 2022) a encore prolongé jusqu'au 15 novembre le bénéfice de ce montant ; aujourd'hui même, le montant doit être ramené à 8,33 centimes par litre.

2.1. L'aide bénéficie à la vente de la plupart des types de carburants, mais pas de tous. Le champ est défini à l'article 3 du décret par référence aux catégories utilisées pour la perception des droits d'accise. Ainsi, parmi les cinq grandes « *catégories fiscales* » de carburants énumérées à l'article L. 312-22 du code des impositions sur les biens et services (CIBS), le décret en reprend quatre ; il exclut ainsi la cinquième, celle des « *carburéacteurs* » c'est-à-dire du kérosène utilisé par les aéronefs à réaction. Et au sein des catégories éligibles, certaines sous-catégories sont à leur tour expressément exclues. C'est le cas, dans la catégorie des essences, de l'« *essence d'aviation* » mentionnée à l'article L. 312-82 du CIBS, c'est-à-dire du carburant qu'utilisent les moteurs d'aéronefs à pistons. Ce que la notice du décret du 25 mars 2022 résume en indiquant que « *sont exclus les carburants aériens, y compris l'essence d'aviation* ».

C'est dans la mesure où l'essence d'aviation est exclue du champ de l'aide que les articles 2 et 3 du décret, fixant son champ d'application, sont contestés par la Fédération française aéronautique (FFA), qui regroupe l'essentiel des aéro-clubs, et le Groupement des industriels et professionnels de l'aviation générale (GIPAG), au moyen de deux requêtes (n° 464222 et 464227) largement similaires que vous pourrez joindre.

2.2. Au cours de l'instruction, les organisations requérantes ont complété leurs conclusions en demandant également l'annulation de deux des décrets ayant prolongé le dispositif ou le bénéfice du montant majoré, celui du 22 août et celui du 25 octobre 2022. Eu égard au lien existant entre ces textes et le décret initial, ces conclusions sont recevables selon votre jurisprudence sur les requêtes collectives dites « réelles ». En revanche, le mémoire où est contesté pour la première fois le décret du 22 août comporte une ambiguïté qui a conduit la ministre de la transition énergétique à soulever une FNR : il donne l'impression que le champ du litige porte désormais sur l'exclusion de tous les carburants aériens, cette fois-ci également du kérosène – comme cette exclusion remonte au décret initial mais n'a pas alors été contestée, il y aurait un problème de tardiveté. Mais dans le dernier état de leurs écritures, les organisations requérantes demandent à nouveau une annulation limitée à l'exclusion de l'essence d'aviation. Nous vous proposons donc de vous en tenir à ce périmètre qui ne soulève pas de question de recevabilité.

Du reste, les deux décrets portant prolongation ne sont, formellement, que des décrets modifiant celui du 25 mars, et s'ils y ont modifié aussi quelques règles de fond, ce n'est pas le cas de celle qui est au cœur du litige. La réponse que vous ferez aux moyens dirigés contre le décret initial vaudra en général aussi pour les moyens dirigés contre les deux autres, sous réserve de quelques variations et compléments que nous vous signalerons au cours de leur examen – auquel nous venons maintenant.

3. Un premier moyen reproche aux décrets de ne pas comporter les contreseings des ministres chargés de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, de la mer et de l'agriculture. Mais aucun n'a à prendre de mesure réglementaire ou individuelle qu'aurait nécessairement impliquée cet acte. Ils ne sont donc pas les ministres chargés de son exécution, au sens de l'article 22 de la Constitution, la circonstance que leur domaine d'attribution soit « *concerné* » par la mesure n'étant quant à elle pas suffisante (jurisprudence constante remontant à la décision d'assemblée du 27 avril 1962, *S... et autres*, n° 50032, A). A cela s'ajoute, pour les deux décrets modificatifs, qu'ils ont été pris après la formation du Gouvernement actuel, où il n'y a pas de ministre de plein exercice chargé de la mer et où ces attributions doivent être regardées comme exercées par la Première ministre : pour ces décrets et ces attributions tout du moins, le moyen manque donc en fait.

4. Le moyen suivant porte sur le cœur du litige : il est soutenu que l'exclusion de l'essence d'aviation entraîne une différence de traitement contraire au principe d'égalité.

Une différence de régime entre des carburants ne saurait bien sûr constituer, par elle-même, une rupture d'égalité : une telle rupture ne peut procéder que de ses effets sur des sujets de droit. C'est ce qui conduit l'administration, en défense, à d'abord rappeler le fait que l'aide est versée aux entreprises distribuant les carburants : le décret, poursuit-elle, ne distingue aucune catégorie parmi ces entreprises et leur accorde la remise à toutes dans les mêmes conditions pour chaque type de carburant concerné. Il nous semble toutefois, nous y revenons, qu'on ne peut ignorer que le destinataire réel de la mesure est le consommateur final des produits. Si certains carburants sont exclus du champ et sont utilisés par une catégorie d'utilisateurs déterminée, ce qui est le cas pour l'essence d'aviation, la question d'une éventuelle rupture d'égalité entre ces catégories et les autres peut être posée.

Tel qu'il est conçu, le mécanisme de la « *remise à la pompe* » bénéficie, si le carburant y est éligible, indifféremment à tout consommateur final des produits concernés, qu'il s'agisse d'un particulier ou qu'il utilise le carburant pour les besoins de son activité professionnelle. On peut comprendre, dans ces conditions, que le secteur des professionnels de l'aviation légère et des aéro-clubs trouve anormal que leur activité ne bénéficie pas de la même aide que d'autres.

Pour autant, les explications fournies par l'administration dans le cadre de l'instruction font apparaître que l'objectif général de soutien au pouvoir d'achat a conduit à retenir une mesure qui, malgré son apparence de subventionnement général, est autant que possible « *ciblée* » sur les carburants dont le choix est « *le plus approprié* » pour assurer ce soutien. Il s'agit d'apporter une aide aux déplacements « *du quotidien* » et, pour ce qui est du soutien dont bénéficient des activités professionnelles, de soutenir celles qui ont un lien avec la « *consommation courante* ». De ce point de vue, il ne nous paraît guère contestable que les activités représentées par les organisations requérantes ne peuvent entrer dans cette catégorie et présentent pour l'essentiel un caractère « *récréatif* ». Les requêtes font valoir une contribution à des missions d'intérêt général comme la sécurité aérienne ou la continuité territoriale ; il n'est pas question ici de discuter cette contribution, mais ce n'est pas le même sujet. Elles se plaignent aussi de ce qu'un secteur comme la navigation de plaisance n'est, quant à lui, pas exclu de l'aide, mais cela est inhérent à un dispositif où on ne peut pas

distinguer entre usages d'un même carburant, ici de celui qui est utilisé également par les navires de pêche.

4.2. Nous pensons ainsi possible d'admettre qu'au regard de la finalité de la mesure ainsi précisée, il existe une différence de situation entre le secteur de l'aéronautique et ceux qui bénéficient de l'aide, justifiant la différence de traitement. Les organisations requérantes reprochent aussi à cette différence de traitement d'être disproportionnée, mais se contentent, au soutien de cette contestation, de réitérer les raisons pour lesquelles elles estiment anormal que le secteur de l'aéronautique ne bénéficie pas de l'aide, de sorte que le moyen n'a pas de portée autonome. Il en va de même de celui tiré d'une atteinte à la libre concurrence au détriment du secteur aérien, qui se borne à déduire cette atteinte de la méconnaissance alléguée du principe d'égalité.

5. Les décrets successifs sont enfin critiqués sur le terrain de l'OVC d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme.

5.1. Pour le décret initial, cela tiendrait à une contradiction entre sa notice et les termes de ses dispositions : la notice parle d'exclusion de l'ensemble des « *carburants aériens, y compris l'essence d'aviation* », alors que selon les requêtes, l'article 3 ne prévoit d'exclusion que pour l'essence d'aviation. Voilà qui ramène à la question du sort fait au kérosène, sur laquelle les dispositions sont au contraire sans ambiguïté comme nous l'avons exposé à titre liminaire : la « *catégorie fiscale* » des « *carburéacteurs* » n'étant pas mentionnée comme entrant dans le champ de l'aide, il ne fait pas de doute qu'elle en est exclue. La critique est donc infondée, mais vous pourrez plus radicalement l'écarter comme inopérante dès lors qu'elle est tirée non d'une contradiction alléguée entre dispositions du décret, mais d'une contradiction de celles-ci avec la notice. Les inexactitudes dont serait affectée la notice accompagnant un texte réglementaire, laquelle n'a de fonction qu'informatrice, sont en effet sans incidence sur la régularité du texte (voir par exemple 12 juin 2013, *Fédération des entreprises du recyclage*, n° 360648, C).

5.2. Quant aux décrets ultérieurs, ils comportent en outre quelques compléments à la liste des carburants exclus du champ de l'aide, formulés en référence à des « *positions tarifaires* » c'est-à-dire à nouveau à des catégorisations en matière d'impositions indirectes, les carburants concernés étant des fuels lourds. Les organisations requérantes y voient une « *contradiction supplémentaire* » dès lors que ces exclusions ne correspondent pas aux « *exceptions initialement prévues* », mais cette seule circonstance ne saurait suffire à caractériser une illégalité : il était loisible au pouvoir réglementaire de faire évoluer le champ de l'aide pourvu qu'il ne méconnaisse ainsi aucune norme s'imposant à lui, or aucune méconnaissance de cet ordre n'est précisément invoquée. Ce dernier moyen des requêtes de la FFA et du GIPAG n'est pas assorti de davantage d'éléments, et ne pourra donc lui non pas être accueilli.

6.1. Nous en venons à la contestation portée par la Fédération des distributeurs alimentaires spécialisés (FEDALIS), qui porte sur le seul article 17 du décret du 25 mars 2022.

Pour comprendre la logique et l'enjeu de ses dispositions, il faut revenir à ce que nous disions des finalités poursuivies par l'aide exceptionnelle : un soutien au pouvoir d'achat par une limitation de la hausse du prix des carburants pour leur consommateur final, qu'il soit un particulier ou un professionnel. Pour ce qui des bénéficiaires professionnels, toutefois, la manière dont le soutien ainsi reçu profite au pouvoir d'achat global n'est pas contrainte. Il n'y a pas d'engagement comparable à celui pris par les metteurs sur le marché de carburants de répercuter l'aide sur leurs propres prix : on comprend que selon la situation et les choix de chaque entreprise, le soutien donnera lieu à une combinaison variable d'effets sur les prix, les rémunérations et le maintien de la profitabilité de l'entreprise donc au final de sa pérennité financière – somme toute également importante pour maintenir des conditions satisfaisantes de production et de distribution des biens et services de consommation courante.

Mais il y a un secteur d'activité où cette souplesse dans l'emploi de l'aide était rendue impossible par une règle préexistante, ce qui a conduit le Gouvernement à en neutraliser les effets : le secteur du transport routier de marchandises, où prévaut ce qu'on y appelle la « *clause gazole* ».

Créé par la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, ce dispositif vise à garantir au transporteur que le prix acquitté par son client couvre ses charges de carburant, et en particulier qu'en cas de variation entre la prévision de charges au moment où un contrat de prestation de transport est conclu et les charges effectivement supportées quand cette prestation est exécutée, cette variation se répercute sur le prix finalement acquitté. Les dispositions de la loi sont aujourd'hui reprises dans le code des transports. Ses articles L. 3221-1 et L. 3221-2 énoncent la règle de principe : le prix pratiqué par un prestataire de transport public routier de marchandises doit couvrir toute une série de charges dont celles de carburants, et symétriquement toute opération dans ce secteur est rémunérée sur une base incluant ces mêmes charges. Puis les articles L. 3222-1 et L. 3222-2 détaillent un mécanisme d'indexation du prix, qui peut se faire selon deux modalités au choix des co-contractants. Soit ils font figurer dans le contrat le montant des charges de carburant retenu pour son établissement, et dans ce cas le prix de la prestation sera révisé de plein droit pour tenir compte des charges effectivement supportées, que le transporteur fera apparaître dans la facture (article L. 3222-1). Soit le contrat ne fait rien apparaître, et la révision du prix se fera alors en fonction de la part des charges de carburant dans le coût moyen des prestations, telle qu'elle est déterminée par un indice synthétique établi par le Comité national routier (CNR), et de la variation d'un autre indice synthétique établi par ce comité, correspondant au prix du gazole (article L. 3222-2). La méconnaissance de l'une quelconque de ces dispositions est punie d'une amende délictuelle (articles L. 3242-2 et L. 3242-3).

6.2. Il ne vous aura pas échappé que si le mécanisme est appliqué en cet état, c'est le prix effectif du gazole pour le transporteur qui doit être pris en compte à toutes les étapes (détermination du prix de la prestation, des indices synthétiques et révision du prix de plein droit), donc le prix tenant compte de l'aide exceptionnelle. On se trouverait donc dans un cas où elle est nécessairement et intégralement répercutée sur le prix payé par le client du professionnel consommateur de carburant. Le Gouvernement, selon ses propres explications,

n'a pas estimé cela souhaitable, alors que les entreprises de transport routier rencontrent des difficultés économiques persistantes liées à la faiblesse de leurs marges, et a voulu leur assurer la même liberté dans la répercussion de l'aide que dans les autres secteurs. C'est pourquoi l'article 17 du décret du 25 mars 2022 dispose que « *pour l'application* » des articles L. 3222-1 et L. 3222-2 du code des transports, « *les charges et le coût du carburant* », ainsi que « *les prix et indices des carburants publiés par le Comité national routier sont déterminés sans intégrer le tarif de l'aide* ». La solution est évidemment défavorable au secteur des chargeurs, clients des entreprises de transport routier, dont la FEDALIS est l'un des représentants.

7. Mais ce qui ne vous aura pas non plus échappé, c'est que les dispositions relatives à la « *clause gazole* » sont législatives alors que la disposition critiquée est seulement réglementaire. Le terrain de la hiérarchie des normes est, logiquement, celui qu'invoque en premier la FEDALIS. La création d'une aide financière n'entre en elle-même dans aucune matière réservée au législateur et relève donc du champ où peut intervenir le pouvoir réglementaire autonome ; reste que celui-ci ne peut rien édicter qui empièterait sur une matière législative ou qui méconnaîtrait le sens ou la portée de dispositions législatives. Selon la requête, le décret est ici intervenu dans le champ des obligations civiles et commerciales et des relations contractuelles, de sorte qu'il est entaché d'incompétence, et méconnaît en tout état de cause les dispositions législatives existantes en ayant pour effet d'en paralyser l'application. En défense, la ministre de la transition énergétique soutient que le pouvoir réglementaire est au contraire resté dans la limite des précisions qu'il peut apporter cette fois-ci dans son rôle d'exécution de la loi, y compris en l'absence comme ici de renvoi exprès au décret.

7.1. Peut plaider, dans le sens de cette thèse, le fait que les dispositions critiquées ont bel et bien été prises pour assurer l'articulation entre la règle de niveau législatif, qui ne connaît que la notion générale de charge, et la donnée nouvelle que constitue l'aide. Celle-ci se répercute certes sur le prix des carburants, mais avec une finalité déterminée et de manière très temporaire (d'où son caractère « *exceptionnel* »). On aurait alors bien affaire, avec la notion de charge, à un élément qui peut faire l'objet d'une précision réglementaire, et avec les particularités de l'aide, à des considérations justifiant qu'elle fasse aussi l'objet d'un traitement particulier au stade de la prise en compte dans le calcul des charges au sens des articles L. 3221-1 et suivants du code des transports. Il n'y aurait dès lors aucune méconnaissance des dispositions de ces articles, ni, dès lors qu'il s'agit d'une simple précision, d'intervention dans le champ des « *principes fondamentaux des obligations civiles ou commerciales* » réservé au législateur par l'article 34 de la Constitution : le principe de la prise en compte des charges et de l'indexation, seul à affecter par lui-même la liberté contractuelle, reste quant à lui bien posé par la loi.

Si vous étiez convaincus par cette thèse, vous seriez conduits à écarter non seulement ces premiers moyens de la requête, mais aussi les autres qui soulèvent beaucoup moins de difficulté.

Ainsi, le fait que le décret se borne à préciser le contenu d'une obligation dont la méconnaissance est punie d'une peine délictuelle ne signifie pas qu'il empiète sur la création et la définition des crimes et délits réservée au législateur. Il ne saurait davantage être contraire au principe de liberté des prix énoncé à l'article L. 410-2 du code de commerce, dès lors qu'il fait ici application de dispositions législatives spéciales qui dérogent à ce principe. Et il ne donne prise à aucune des deux critiques qui lui sont adressées sur le terrain de la distorsion de concurrence. D'une part, nous ne voyons pas en quoi la disposition critiquée aurait des effets différents selon les indices pris en compte dans les contrats de prestation de transport : nous la lisons au contraire comme affectant de manière uniforme la définition des charges et celle de tous les indices que doit publier le CNR. D'autre part, il est vrai que la mesure n'aura pas les mêmes effets pour une entreprise qui confie ses transports de marchandise à un prestataire extérieur et pour une autre qui les aurait internalisés, mais il s'agit là d'une différence objective en termes de choix d'organisation, et c'est en réalité déjà le mécanisme de niveau législatif qui ne s'applique pas de la même manière dans l'un et l'autre cas.

Enfin, il est soutenu que l'article 17 du décret méconnaîtrait l'OVC d'intelligibilité de la norme, mais la requête n'explique pas même en quoi.

7.2. Pour notre part, cependant, nous ne parvenons pas à faire nôtre cette thèse de la simple précision apportée à la notion de « *charges de carburant* ». Toute l'économie du dispositif au niveau législatif, la finalité pour laquelle il a été institué, la référence qui y est faite à plusieurs reprises aux charges « *supportées* » qui doivent apparaître sur les factures vont en ce sens que la notion de charge renvoie au prix effectivement acquitté par le transporteur – prix dont nous avons vu que l'aide exceptionnelle se répercute sur lui. En retenant une autre définition, l'article 17 du décret nous semble donc aller au-delà de ce qui était loisible au pouvoir réglementaire.

Nous serions davantage prêt à admettre qu'il apporte des précisions sur ce que doit être le contenu des indices établis par le CNR : ceux-ci sont nécessairement le résultat d'une agrégation sur laquelle la loi n'entre pas dans le détail. Mais cette agrégation part d'un matériau constitué, une fois encore, des « *charges* ». Ici, la précision apportée revient en réalité à changer ce périmètre de référence et à déconnecter la construction des indices de l'objet pour lequel ils sont institués, à savoir la prise en compte des charges effectivement supportées.

Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions des articles L. 3221-1, L. 3222-1 et L. 3222-2 du code des transports et d'annuler sur ce motif l'article 17 du décret, clairement divisible du reste du texte.

8. Une telle annulation ne peut toutefois intervenir sans que vous vous posiez la question de la modulation de ses effets dans le temps : par construction, le mécanisme d'indexation a joué pour l'ensemble des contrats de prestation de transport avec des charges définies en ignorant l'aide exceptionnelle ; si l'annulation devait emporter son plein effet dès l'origine, tous les prix alors acquittés devraient être revus, faisant naître autant de dettes et de créances. Votre 2^e

chambre a recueilli les observations des parties sur ce point, et nous en retenons que l'effet de remise en cause des situations serait bel et bien considérable, affectant de très nombreux acteurs économiques pour des montants cumulés de l'ordre de plusieurs centaines de millions d'euros. Nous estimons être en présence d'effets manifestement excessifs, justifiant que vous fassiez usage des pouvoirs de modulation définis par la décision d'assemblée du 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n°255886 ea, A.

Il convient donc selon nous de ne faire intervenir l'annulation qu'à l'expiration du mois dans lequel on peut prévoir que votre décision sera rendue, soit au 1^{er} janvier 2023, date qui permettra une mise en œuvre plus facile par les acteurs intéressés, et de réputer définitifs les effets que les dispositions censurées auront produits jusque-là. Nous sommes conscients que si le dispositif de l'aide exceptionnelle prend fin à la même date, cela relativise la portée de l'annulation. Celle-ci n'en adresse pas moins au Gouvernement un message clair, dans l'hypothèse où il souhaiterait prolonger le dispositif ou s'en inspirer pour des mesures d'aide sectorielle : les difficultés d'articulation avec celui de la « clause gazole » ne peuvent se résoudre que par une disposition législative.

PCMNC :

- Sous les n° 464222 et 464227, au rejet des requêtes ;
- Sous le n° 464397, à l'annulation de l'article 17 du décret du 25 mars 2022, avec effet au 1^{er} janvier 2023 et en réputant définitifs les effets antérieurs à cette date ;
- Et à ce que la somme de 3 000 € soit mise à la charge de l'Etat, à verser à la FEDALIS, au titre de l'article L. 761-1 du CJA.