

N° 438346

Sociétés Marie Claire Album et Revue du vin de France

2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 31 mars 2021

Lecture du 21 avril 2021

## CONCLUSIONS

**Mme Sophie Roussel, rapporteure publique**

Faut-il sauver la messagerie de presse Presstaliss, quoiqu'il en coûte ? C'est indirectement la question que vous invitez à trancher les deux éditeurs de presse magazine qui vous saisissent, qui cherchaient depuis plusieurs mois à changer de messagerie pour la distribution de leurs revues et qui s'en sont trouvés empêchés, par décision du régulateur de la distribution de la presse, au nom de la menace grave et immédiate que ferait peser la défaillance de Presstaliss sur la continuité de la distribution de la presse d'information politique et générale, que cette société assure – assurait – en totalité.

Vous connaissez le cadre fixé par la loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, dite « loi Bichet ». Celle-ci a été substantiellement modifiée par la loi n° 2019-1063 du 18 octobre 2019 relative à la distribution de la presse, autour de deux axes. D'une part, renforcer l'indépendance et les prérogatives de l'autorité chargée de réguler le secteur de la distribution de la presse au numéro, désormais l'ARCEP, en lieu et place du système bicéphale organisé autour du Conseil supérieur des messageries de presse (CSMP) et de l'Autorité de régulation de la distribution de la presse (ARDP). D'autre part, libéraliser l'activité de distribution de la presse au numéro, tout en prévoyant des mécanismes – peu libéraux – permettant de garantir la pérennité de la distribution de la presse quotidienne d'information politique et générale, jugée indispensable par le Conseil constitutionnel pour satisfaire l'objectif de valeur constitutionnelle de préservation du pluralisme et de l'indépendance de la presse, dans la mesure « où la libre communication des pensées et des opinions ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de tendance et de caractère différent », afin d'exercer « son libre choix » sans que « ni les intérêts privés, ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Décisions n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* et n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme juridique de la presse*

Il vous faut aussi avoir en tête, pour statuer sur la requête qui vient d'être appelée, deux données qui structurent le marché de distribution de la presse.

La première est que la distribution de la presse quotidienne d'information politique et générale a été, et est toujours à ce jour, assurée dans sa totalité par un unique opérateur : historiquement les Nouvelles messageries de la presse parisienne, devenues Presstalis en 2010 jusqu'à la liquidation judiciaire de la société le 1<sup>er</sup> juillet 2020 ; aujourd'hui par France Messagerie, société détenue par la CDQ (Coopérative des quotidiens), qui a repris une partie des actifs de Presstalis et bénéficie d'un agrément provisoire. La distribution de la presse non quotidienne – autrement dit des magazines – est quant à elle répartie entre deux opérateurs : pour environ trois quart des ventes en montant fort<sup>2</sup> (correspondant à un peu plus de la moitié des volumes), par Presstalis, aujourd'hui France Messagerie, et pour le reste, par les Messageries Lyonnaises de presse<sup>3</sup>.

La seconde caractéristique est que la messagerie assurant la distribution des quotidiens est structurellement et de plus en plus fragile, et ce en dépit de l'important soutien reçu de l'Etat et des éditeurs depuis plus de dix ans pour en garantir la pérennité, en raison de l'érosion régulière des volumes distribués (-10% par an environ depuis 2012<sup>4</sup>), provoquée par le développement du numérique et l'évolution des pratiques des lecteurs.

Venons-en, après ces rappels généraux, à la décision attaquée par Marie Claire Album et la Revue des vins de France.

Celle-ci a été prise par l'ARCEP le 17 décembre 2019. Elle est donc antérieure d'environ cinq mois au jugement du 15 mai 2020 du tribunal de commerce de Paris ouvrant, après que Presstalis s'est déclarée en cessation de paiement fin avril, une procédure de redressement judiciaire, laquelle s'est soldée par un jugement du 1<sup>er</sup> juillet 2020 décidant la cession de ses actifs à la Coopérative des quotidiens. Il vous faut cependant faire abstraction de cette issue funeste pour Presstalis, et vous replacer, puisque vous statuez dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, dans le contexte tel qu'il existait à la date à laquelle cette décision a été prise.

C'est en application de l'article 22 de la loi du 2 avril 1947, tel que modifié par la loi du 18 octobre 2019, et au vu du risque élevé de cessation de paiement de la messagerie au 31 décembre 2019, que la décision attaquée suspend, pour une durée de six mois à compter de sa publication, les délais de préavis des résiliations déjà intervenues ou à intervenir des contrats de distribution liant des éditeurs à la société Presstalis.

---

<sup>2</sup> Somme des ventes réalisées chez les marchands de journaux avant défalcation des commissions des agents de la vente et des messageries.

<sup>3</sup> Seules ces deux sociétés ont reçu un agrément provisoire de distributeur de presse, dans l'attente du décret fixant le cahier des charges à respecter pour obtenir l'agrément de distributeur de presse, sur le fondement du I de l'article 13 de la loi n° 2019-1063 du 18 octobre 2019.

<sup>4</sup> Données issues des publications du CSMP sur les mises en place et les ventes, citées dans la décision attaquée.

Cet article autorise l’Autorité de régulation « *en cas d’atteinte ou de menace d’atteinte grave et immédiate à la continuité de la distribution de la presse d’information politique et générale* » à prendre des mesures provisoires en vue d’assurer cette continuité, qui peuvent « *notamment comporter la suspension de résiliations de contrats des éditeurs avec les sociétés agréées de distribution de la presse* ». La durée de ces mesures ne peut excéder six mois, renouvelable une fois. La disposition précise en outre que ces mesures « *doivent rester strictement nécessaires et proportionnées à l’objectif poursuivi* », qu’elles « *sont motivées* » et que, lorsqu’elles se rattachent à l’exécution d’un contrat, « *elles sont prises après que les parties au contrat ont été mises en mesure de présenter leurs observations* ».

Les requérantes ont été directement concernées par cette décision, puisqu’elles avaient dénoncé les contrats de distribution qui les liaient à Presstalis le 6 juillet 2018, pour trois contrats et le 3 décembre 2018, pour le quatrième, et que l’échéance du préavis de ces dénonciations, au 31 décembre 2019, n’était pas intervenue à la date à laquelle l’ARCEP a pris sa décision. Elles justifient évidemment, en leur qualité d’éditeurs de titres de presse diffusés en France, d’un intérêt à en demander l’annulation. Notez que leur demande de suspension devant le juge des référés du Conseil d’Etat a été rejetée par une ordonnance du 18 mars 2020, au motif que la condition d’urgence n’était pas remplie<sup>5</sup>.

Les éditeurs contestent tant la procédure d’édiction de cette décision que son bien-fondé. Presque tous les moyens soulevés sont délicats.

1/ Le premier point de contestation a trait aux conditions d’édiction de la décision attaquée.

Il ne fait absolument aucun doute, et il n’est d’ailleurs pas contesté, que la mesure a été décidée sur le fondement de l’article 22 de la loi du 2 avril 1947, dont nous avons rappelé qu’il exige, lorsque les mesures provisoires se rattachent à l’exécution d’un contrat, qu’elles soient prises « *après que les parties au contrat ont été mises en mesure de présenter leurs observations* ». Ce n’est pas la méconnaissance de cette règle en matière de contradictoire, qui est invoquée, mais celle de la procédure générale de consultation énoncée à l’article 21, selon laquelle lorsque l’autorité « *envisage d’adopter des mesures ayant une incidence importante sur le marché de la distribution de la presse, elle rend publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueille les observations qui sont faites à leur sujet* », le débat contentieux se cristallisant sur l’appréciation du « *délai raisonnable* ».

En l’espèce, la société Presstalis a alerté l’ARCEP le 5 novembre 2019 sur le fait que les délais des préavis déposés par certains de ses clients éditeurs arrivaient à échéance fin 2019 / début 2020 et demandé, compte tenu des conséquences de ces résiliations pour la continuité de la distribution de la presse d’information politique et générale, la suspension des

---

<sup>5</sup> Vous tirez votre compétence, pour connaître de ce recours en premier et dernier ressort, soit du 4° de l’article R. 311-1 du code de justice administrative, quoique le nouvel intitulé de l’ARCEP, mentionnant la compétence en matière de distribution de la presse, n’ait pas été actualisé dans le code, soit du 2° de cet article, eu égard à la portée réglementaire de la décision en litige, prise par une autorité à compétence nationale (CE, 26 juillet 2011, *Syndicat SNUTEFI-FSU et autres (SNUTEFI)*, n° 346771, p. 421).

résiliations. Après instruction de cette demande, l'autorité a décidé d'ouvrir une consultation publique, sur son site internet public, du mardi 26 novembre 2019 au vendredi 6 décembre 2019, soit dix jours, portant sur l'éventuelle adoption d'une décision fin 2019, d'une durée de six mois, de suspension de l'ensemble des préavis de résiliation déposés auprès de Presstalis avant ou pendant cette période. 17 contributions ont été reçues, analysées et publiées sur le site. Onze jours se sont ensuite écoulés entre la fin de la consultation et la décision attaquée.

Avant de porter une appréciation sur le caractère raisonnable du délai écoulé, eu égard à l'objet de la mesure et au contexte dans laquelle elle est intervenue, vous pourrez prendre parti sur le point de savoir si cette consultation était ou non obligatoire – quoique vous n'y soyez pas tenus, dans la mesure où, même facultative, une consultation doit être régulière.

Deux éléments nous conduisent à écarter l'idée selon laquelle l'article 22 de la loi Bichet, dans le cadre duquel la décision a été prise, régirait entièrement les conditions d'édiction des mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde immédiate de la pérennité de la distribution de la presse d'information politique et générale – motivation, contradictoire, conditions de fond – et dérogerait pour cette raison à l'obligation générale de consultation énoncée à l'article 21. La première est un argument de texte ; la seconde est tirée des travaux préparatoires de la loi du 18 octobre 2019 réformant la loi Bichet.

En premier lieu, l'obligation de consultation publique n'est pas seulement énoncée à l'article 21. On la trouve également au V de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, dont le champ d'application a été étendu par la loi du 18 octobre 2019 à la distribution de la presse. Elle est à cet article formulée des termes très proches, à l'exception d'une précision importante quant à son champ d'application : une consultation doit être organisée lorsque l'autorité envisage, « *dans le cadre des dispositions du présent code* », d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché ou affectant les intérêts des utilisateurs finals. Cette rédaction peut être interprétée comme excluant toute dérogation.

En second lieu, les travaux préparatoires de l'article 21 tant devant le Sénat que devant l'Assemblée nationale<sup>6</sup> indiquent très explicitement que sont inclus dans le champ de la procédure de consultation publique l'ensemble des pouvoirs conférés par la loi à l'Autorité, comme l'étaient l'ensemble des pouvoirs du Conseil supérieur des messageries de presse sous l'empire de l'ancien article 18-7.

Nous estimons, compte tenu de ces deux indices, que l'obligation de consultation prévue au V de l'article L. 32-1 du CPCE et reprise à l'article 21 de la loi Bichet était bien applicable : le moyen est donc opérant, les éditeurs faisant en outre partie du public visé par cet article.

---

<sup>6</sup> Rapport n° 501 (2018-2019) de M. le sénateur Michel Laugier ; rapport n° 2142 de M. le député Laurent Garcia.

La notion de délai raisonnable, mobilisée par ces dispositions, se rapporte autant au délai laissé au public intéressé pour participer à la consultation, qui doit être suffisant, qu'au délai de prévenance des opérateurs, dans un souci de sécurité juridique, dans sa dimension prévisibilité de la norme. Ce délai raisonnable est en effet décompté par rapport à la date « d'adoption » des mesures envisagées, ce qui constitue une différence importante avec l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration encadrant les consultations du public suivies à titre facultatif, qui mobilise lui-aussi cette notion de « délai raisonnable », mais uniquement par rapport au délai utile pour participer effectivement à la consultation.

Compte tenu de son caractère indéterminé, la notion de « délai raisonnable » donne par définition lieu à une appréciation casuistique concrète, au vu de l'objet de la mesure envisagée, notamment son degré d'urgence, du périmètre du public susceptible d'être concerné ainsi que des modalités de la consultation.

Ici, dix jours ont été laissés au public intéressé pour émettre des observations et le début de la consultation est antérieur de quatre semaines à la date de la décision. Compte tenu de l'objet de la mesure en cause (prendre des mesures provisoires de nature à éviter une atteinte grave et immédiate à la continuité de la distribution de la presse d'information politique et générale), du public visé (uniquement les sociétés d'éditions qui, quoique nombreuses, représentent malgré tout un public professionnel restreint), et des modalités de la consultation (par voie dématérialisée), nous estimons qu'un délai raisonnable a été respecté. Le délai pris par l'autorité pour analyser les observations recueillies, équivalent à celui de la durée de la consultation, est quant à lui certainement suffisant. Nous en déduisons que la consultation, obligatoire, a été régulièrement menée (la méconnaissance de l'obligation de contradictoire posée par l'article 22 s'agissant des contrats en cours n'est pas invoquée).

2.- L'autre moyen de légalité externe concerne la motivation de la décision exigée, quoique l'acte attaqué soit de nature réglementaire, par l'article 22 de la loi du 2 avril 1947.

Le moyen se présente sous un jour particulier, en ce qu'il est soutenu que les occultations requises pour la protection du secret des affaires sont telles qu'elles empêchent de comprendre les motifs de la décision. Sont occultés dans la décision attaquée tous les chiffres détaillant la situation financière de Presstalis : montant des ventes en montant fort estimées et réalisées, EBIT<sup>7</sup> estimé et réalisé, solde de trésorerie, effets potentiels des départs d'éditeurs sur les ventes en montant fort, la trésorerie et le résultat d'exploitation. Les requérantes soutiennent que les motifs de la décision ne permettent pas d'apprécier la réalité de la menace ni son caractère immédiat.

Vous avez rappelé, par votre décision du 30 janvier 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, n° 374022, T. pp. 527-536-833-887, que l'occultation ponctuelles de certaines mentions d'un avis rendu par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) sur le

---

<sup>7</sup> Earnings before interest and taxes : bénéfices avant intérêts et impôts (c'est-à-dire le résultat d'exploitation).

point de savoir si une desserte intérieure réalisée dans le cadre d'un service international de voyageurs compromet l'équilibre économique d'un contrat de service public (art. L. 2121-12 du code des transports), pour des motifs tenant au respect du secret des affaires, n'entache pas nécessairement cet avis d'un défaut de motivation. Tout est affaire d'espèce.

Dans la mesure où la décision attaquée qualifie quelle est la nature de la menace grave et immédiate sur la continuité de la distribution de la presse d'information politique et générale (IGP), nous estimons que la motivation est suffisante. C'est en effet cette menace qui constitue le critère légal autorisant l'autorité à décider de mesures provisoires exceptionnelles.

A nos yeux, l'Autorité pouvait même se borner à mentionner le risque d'interruption de la distribution des quotidiens IGP en conséquence, d'une part, de la forte probabilité que Presstalis se déclare dans les prochains mois en cessation de paiement et, d'autre part, de l'absence d'alternative à court terme permettant de poursuivre sans interruption la distribution des quotidiens, sans en dire davantage, et sans notamment entrer dans le détail de la situation financière de Presstalis.

Rappelons que la motivation, y compris lorsque sont en cause des décisions prises par des autorités de régulation indépendantes, ne se confond pas avec la vérification du bien-fondé des motifs de la décision. Elle a « seulement » pour objet de faire connaître aux intéressés les conditions de droit et de fait qui servent de fondement à la décision prise et doit leur permettre d'apprécier la valeur de ces considérations et, le cas échéant, d'en discuter la légalité. C'est largement le cas de la décision attaquée.

3/ Sur le fond, les sociétés requérantes soutiennent que la décision qu'elles attaquent aurait un effet rétroactif illégal.

La critique n'est pas susceptible de prospérer, dans la mesure où l'atteinte aux contrats en cours est directement prévue par la loi, la suspension des résiliations en cours étant même au nombre des mesures provisoires expressément énumérées à l'article 22 de la loi du 2 avril 1947.

L'argumentation présentée au soutien de ce moyen s'apparente davantage à une discussion sur le terrain de la sécurité juridique, dans sa dimension prévisibilité de la règle de droit, fondée sur le fait que la prise d'effet de la décision – report de six mois de la date de résiliation à un mois de l'échéance du préavis – n'a pas permis, compte tenu de l'organisation de la chaîne d'édition pour une publication mensuelle, de respecter un délai raisonnable permettant aux éditeurs potentiellement concernés par cette décision d'anticiper cette décision et de s'organiser en conséquence. Elle rejoint en cela une partie de la critique formulée à l'encontre des modalités de la consultation publique.

Mais y compris sous cet angle, le moyen doit être écarté, compte tenu de l'objet même de la mesure provisoire décidée : répondre à une menace grave et surtout, immédiate, de défaillance

de l'unique opérateur chargé de la distribution de la presse d'information politique et générale.

4/ Reste le moyen de fond le plus substantiel, tiré du caractère non nécessaire, ou à tout le moins excessif, de la mesure, les requérantes estimant la mesure inefficace pour éviter la cessation de paiement de Presstalis et excessivement attentatoire à leur liberté contractuelle.

L'article 22 de la loi du 2 avril 1947 subordonne la légalité des mesures prises à leur caractère « *strictement nécessaire et proportionné à l'objectif poursuivi* ». Les travaux préparatoires insistent d'ailleurs sur la garantie que représente le contrôle juge sur ces mesures.

Force est toutefois de constater que le cadre tracé par le législateur – sur le type de mesure susceptible d'être décidée, sur leur durée – opère lui-même une conciliation assez précise entre deux exigences de rang constitutionnel, la préservation du pluralisme de la presse et la limitation des atteintes à la liberté d'entreprendre, à ce point d'ailleurs qu'il ne reste finalement que peu de place à l'autorité de régulation pour exprimer un pouvoir d'appréciation, sauf peut-être en ce qui concerne la condition d'entrée dans le dispositif, c'est-à-dire la réalité de l'atteinte ou de la menace d'atteinte grave et immédiate à la continuité de la presse d'information politique et générale.

La discussion entre les parties se cristallise autour de deux points : les éditeurs estiment, d'une part, que le risque de cessation de paiement de Presstalis était insusceptible d'être contré par le gel des résiliations en cours, qui concernaient environ 200 millions d'euros des ventes en montant fort, soit 10%. Ils insistent, d'autre part, sur le fait que la proportionnalité de la mesure doit être appréciée en tenant compte de la circonstance qu'ils ont déjà vu leur préavis de résiliation, d'une durée initiale de douze mois<sup>8</sup>, prolongé de six mois, par l'effet d'une mesure analogue à celle attaquée décidée par le précédent régulateur début 2018<sup>9</sup>, si bien que la durée totale de préavis a été portée, par la décision attaquée, à deux ans. C'est donc un débat sur le caractère adapté de la mesure (était-elle de nature à permettre d'atteindre l'objectif ?) et sur sa nécessité (l'atteinte portée à la liberté du commerce n'excédait-elle pas ce qui était nécessaire à l'objectif) qui vous est soumis<sup>10</sup>.

La discussion sur le caractère adapté de la mesure est rendue délicate par le fait que celle-ci s'insère dans un ensemble de décisions, dont les effets doivent être cumulés pour atteindre l'objectif poursuivi.

Sans doute les difficultés structurelles de Presstalis ne pouvaient-elles être résolues par une mesure dont l'unique effet était de différer de quelques mois une perte de chiffres d'affaires suffisamment importante pour conduire la société à se déclarer à brève échéance en cessation

---

<sup>8</sup> Par application de la décision du Conseil supérieur des messageries de presse n° 2012-01.

<sup>9</sup> Décision du Conseil supérieur des messageries de presse n° 2018-01 prolongeant exceptionnellement de six mois les délais de préavis de résiliation, rendue exécutoire par l'ARDP par délibération du 2 mars 2018.

<sup>10</sup> Sur la consécration du triple test de proportionnalité : CE Sect., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n°s 317827 317952 318013 318051, p. 505.

de paiement. Il ne faut toutefois pas se tromper d'objectif. Le but poursuivi par la mesure décidée par l'ARCEP n'est pas le redressement de Presstalis, mais le risque d'interruption, à brève échéance, de la distribution de la presse d'information générale et politique.

Or il est indéniable, au vu notamment des données chiffrées échangées dans le cadre du débat contradictoire devant vous, dans le cadre duquel le secret des affaires a été levé, que si la fin de plusieurs contrats de distribution ne mettait pas à elle-seul en péril Presstalis, cet élément s'ajoutait à des difficultés considérables – fonds propres négatifs à hauteur de plusieurs millions d'euros, résultat net négatif en constante augmentation depuis plusieurs années – si bien qu'il pouvait conduire à ce que le risque de défaillance de l'opérateur se réalise sans délai.

Pour ce qui concerne le contrôle de la durée de la mesure, qui se rapporte à sa nécessité, il nous semble que vous devez absolument prendre en compte, comme vous y invitent les requérants, le fait qu'une mesure analogue avaient déjà été décidée, sous l'empire des textes antérieurement en vigueur, qui n'était pas encore arrivée à son terme : la décision attaquée constitue matériellement, quoiqu'elle ait été décidée par une autorité différente sous l'empire de texte qui n'encadraient pas précisément ce type de mesure<sup>11</sup>, un renouvellement, pour une nouvelle durée de six mois, de la première suspension pour une durée de six mois des résiliations, décidée par le CSMP en mars 2018.

En intégrant cet élément dans votre contrôle de proportionnalité, vous constaterez que l'atteinte portée à la liberté contractuelle des éditeurs est certainement à la limite du « quoiqu'il en coûte » admissible pour éviter la défaillance de l'unique opérateur en charge de la distribution des quotidiens, mais que cette limite n'est pas franchie, du fait notamment de l'absence de solution alternative à brève échéance.

PCMNC : rejet de la requête.

---

<sup>11</sup> Les travaux préparatoires de la loi du 18 octobre 2019 font très clairement apparaître que l'article 22 a été conçu en écho aux décisions prises par le CSMP pour assurer la continuité de la distribution opérée par Presstalis lors de la crise qu'il a traversée fin 2017/début 2018.