

N° 473404

Société MLP et coopérative Messageries lyonnaises de presse

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 20 novembre 2023

Décision du 11 décembre 2023

CONCLUSIONS

Mme Dorothée PRADINES, Rapporteure publique

1. Par un avis n° 2023-0354 du 16 février 2023, l'ARCEP a estimé que les conditions techniques, tarifaires et contractuelles des prestations des Messageries Lyonnaises de Presse « n'appel[aient] pas de remarques particulières ». Pourtant, la société par actions simplifiée MLP, ainsi que la société coopérative Messageries lyonnaises de presse, qui en est l'actionnaire, vous demandent d'annuler, du moins partiellement, cet avis.

Une fois de plus, vous allez devoir vous prononcer sur la justiciabilité d'un acte, à la densité juridique incertaine, émanant d'une autorité de régulation. Cette question a été régulièrement abordée devant vous ou d'autres formations collégiales, ce qui témoigne que les critères fixés par votre jurisprudence n'ont pas encore été pleinement intégrés par les requérants. Cette nouvelle affaire permettra de souligner le parti que vous avez pris dans votre décision de section *GISTI* de 2020¹, celui de vous attacher avant tout à l'effet notable de l'acte, sans qu'elle ne justifie pour autant que vous théorisiez une approche rigide de cette grille d'analyse, alors que les actes concernés sont si divers². La variété des autorités de régulation, du type et de l'étendue de leurs pouvoirs, vous conduit à examiner, au cas par cas, l'effet qui s'attache en principe ou en l'espèce à leurs actes de droit souple.

2.1. Antérieurement partagée entre le Conseil supérieur des messageries de presse et l'Autorité de régulation de la distribution de la presse, la régulation de la distribution de la presse a été confiée à l'ARCEP par la loi n° 2019-1063 du 18 octobre 2019 relative à la modernisation de la distribution de la presse, qui a modifié le cadre historique posé au

¹ CE, Section, 12 juin 2020, *Groupe d'Information et de Soutien des Immigré.e.s (GISTI)*, n° 418142, p. 192.

² Voir notamment CE, 10 février 2023, *Association Shri Ram Chandra Mission France et autre*, n°456954, 461330, A ; CE, 27 septembre 2023, *Société Autoroutes du Sud de la France*, n° 470331, B.

lendemain de la Deuxième Guerre mondiale par la loi n° 47-585 dite « Bichet », du 2 avril 1947, relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques. Son objet était, et demeure, d'organiser la pluralité de l'information et l'égalité entre les éditeurs indépendamment de leur taille ou des opinions qu'ils véhiculent. Ainsi, l'article 3 de cette loi dispose que lorsqu'un éditeur de presse n'assure pas lui-même la distribution de ses titres aux diffuseurs de presse, il doit la mutualiser avec celle des titres d'autres éditeurs en adhérant à une société coopérative de groupage de presse.

Aux termes de l'article 16 de la loi, l'ARCEP est « *chargée de faire respecter les principes énoncés par [cette] loi. Elle veille à la continuité territoriale et temporelle, à la neutralité et à l'efficacité économique de la distribution groupée de la presse ainsi qu'à une couverture large et équilibrée du réseau des points de vente. / Elle concourt à la modernisation de la distribution de la presse et au respect du pluralisme de la presse.* »

La mission et les pouvoirs de l'Arcep sont encadrés par les articles 16 à 25 de la loi Bichet. En particulier, l'article 18 dispose notamment que l'Autorité « *1° Agrée les sociétés assurant la distribution de la presse* » et « *2° Est informée par chaque société agréée, deux mois avant leur entrée en vigueur, des conditions techniques, tarifaires et contractuelles de ses prestations. Dans un délai de deux mois à compter de cette transmission, elle émet un avis public sur ces conditions ou fait connaître ses observations à la société. Elle peut demander à la société de présenter une nouvelle proposition et, si nécessaire, modifier les conditions tarifaires ou suspendre leur application si elles ne respectent pas les principes de non-discrimination, d'orientation vers les coûts d'un opérateur efficace et de concurrence loyale. Elle peut également décider, pour assurer le respect de ces principes, d'un encadrement pluriannuel des tarifs de ces prestations. Elle rend publics les barèmes établis par les sociétés agréées au bénéfice de l'ensemble des clients* ».

2.2. C'est au titre de ces dispositions que l'avis litigieux est intervenu.

La société coopérative a en effet informé l'Arcep, le 28 octobre 2022, de la stabilité des barèmes pour 2023. Une plaquette mettant à jour les tarifs des prestations complémentaires logistiques est annexée au courrier et fait état de hausses tarifaires limitées à des prestations logistiques, s'expliquant par l'augmentation des tarifs des sous-traitants. Un mois plus tard, la société coopérative produit ses prévisions budgétaires : un compte de résultat et ses chiffres clefs ; y figure une mention de la décision de suppression de la journée de livraison du lundi du niveau 1 (distributeurs de presse agréés, à qui les éditeurs confient les exemplaires imprimés) vers le niveau 2 (dépositaires régionaux), sans que cela entraîne une modification des jours de livraison du niveau 2 vers le niveau 3 (marchands de presse ou diffuseurs tels que, par exemple, les rayons presse de super ou hypermarchés, les kiosques à journaux,...).

Si MLP estime que cette mention ne relève pas de l'information qu'elle devait, et avait, adressée à l'Arcep au titre du 2° de l'article 18 relative aux conditions techniques, tarifaires et contractuelles de ses prestations, l'Arcep s'est inquiétée auprès de MLP de cette modification des jours de livraison, qu'elle analyse comme une modification des « conditions techniques,

tarifaires et contractuelles » des prestations de MLP. Bien que MLP ait contesté cette appréciation, l'Arcep a intégré la modification des jours de livraison dans l'avis qu'elle a rendu le 16 février 2023. Elle estime cependant que ces évolutions n'appellent pas de remarques particulières de sa part.

C'est en tant que l'Arcep se prononce aussi sur les jours de livraison, et donc estime devoir les examiner comme des éléments des conditions techniques, tarifaires et contractuelles des prestations des distributeurs de presse en général, et de MLP en particulier, que les sociétés requérantes contestent l'avis, comme ils l'ont déjà fait auprès de l'Autorité par un courrier du 21 février 2023 demandant que soient retirées de l'avis les mentions examinant l'évolution des jours de livraison.

3.1. La question de savoir jusqu'où le contrôle d'un régulateur sur les tarifs appliqués par un acteur du secteur n'est pas sans faire écho à l'affaire *ASF* (CE, 27 septembre 2023, *Société Autoroutes du Sud de la France*, n° 470331, B), dont nous vous avons entretenus récemment.

Vous avez toutefois rejeté comme irrecevable le recours dirigé contre un avis « sauvage » que l'Autorité de régulation des transports (ART) avait rendu d'initiative sur l'avenant à une concession autoroutière, lequel incluait une prise de position sur l'étendue de sa compétence consultative et l'expression de doutes quant à la légalité de l'avenant, faute pour cet avis d'être susceptible de produire des effets notables. Vous aviez alors examiné d'une part les effets notables que l'avis était susceptible de produire par lui-même, eu égard à sa teneur et au cadre juridique dans lequel il était intervenu. Alors même que l'ART avait expressément développé sa position sur l'étendue de sa compétence, qui ne résultait pas seulement implicitement de la prise de position sur l'avenant particulier sur lequel elle se prononçait, vous n'y avez pas vu d'effets notables avérés ou potentiels. Vous aviez, d'autre part, examiné les éléments produits par la société ASF pour établir les effets notables de l'avis sur sa situation ou même celle d'autres sociétés concessionnaires d'autoroutes, estimant en l'occurrence que la requérante ne fournissait notamment aucun élément sur la dégradation actuelle ou probable de sa situation financière. Vous avez ainsi retenu que l'avis n'était pas susceptible de produire des effets notables.

Ce critère découle de la décision de section *Gisti*, à laquelle le fichage de la décision renvoie, et qui l'avait repris des décisions d'Assemblée *Fairvesta-Numericable*, de 2016³, qui traitaient plus particulièrement des actes de droit souple des autorités de régulation économique. Si *Fairvesta* concernait aussi les prescriptions individuelles dont la méconnaissance pourrait être ultérieurement sanctionnée⁴, le critère des effets notables reste valable : l'éventualité de la sanction d'une méconnaissance des prescriptions figurant dans l'acte permettant de présumer que celui-ci est « susceptible d'avoir des effets notables sur les

³ CE, Assemblée, 21 mars 2016, *Fairvesta International GMHB*, n° 368082, au recueil et CE, Assemblée, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023, au Recueil.

⁴ Par exemple CE, 10 novembre 2016, *Mme M... et autres*, n°s 384691, Rec. p. 509 ; 31 décembre 2019, *Société BFM TV*, n°s 431164 432634, T.

droits ou la situation » de l'intéressé. Le cas des prescriptions individuelles justifie certes quelques précautions car il n'a jamais été question de remettre en cause le régime de justiciabilité des actes et mesures préparatoires. Mais en l'espèce, l'avis publié, prévu par le 2° de l'article 18 de la loi Bichet, n'est manifestement pas un avis préparatoire.

Nous vous proposons donc d'examiner la recevabilité du présent recours à l'aune du critère de la susceptibilité d'effets notables, qui est finalement la substantifique moelle de la veine jurisprudentielle sur la justiciabilité des documents de droit plus ou moins souple.

3.2. Encore n'est-il pas certain que l'on puisse qualifier d'acte de droit souple l'avis en cause. S'il n'est manifestement pas un acte de droit dur, l'Arcep va jusqu'à mettre en doute, dans ses écritures, sa qualification d'acte de droit souple.

Il est vrai qu'une telle qualification reposerait sur une conception assez extensive du premier critère de la définition proposée dans l'étude annuelle du Conseil d'État de 2013 consacrée à cette notion. Dans son chapitre intitulé « Définir le droit souple : un droit qui n'emporte pas d'obligations par lui-même », l'étude propose d'inclure dans le droit souple « l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives : / [avoir] pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; / [ne pas créer] par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; / [présenter], par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »⁵.

Certes, le fait pour l'Arcep d'émettre un avis s'inscrit dans la palette de ses pouvoirs de régulation, avec pour objet d'inciter les distributeurs à respecter certains principes (notamment les principes de non-discrimination, d'orientation vers les coûts d'un opérateur efficace et de concurrence loyale), et donc le caractère public de l'avis qu'elle rend sur les conditions techniques, tarifaires et contractuelles des distributeurs pourrait « [avoir] pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ». Cependant, ce n'est pas cet avis lui-même qui pourrait avoir un tel objet, puisque l'autorité précisément ne fait « pas de remarques », ce qui est une façon détournée de considérer que les conditions qu'elle a examinées sont conformes aux principes dont elle doit assurer le respect. En revanche, si elle avait des remarques, elle pourrait adopter, pour faire respecter les principes qu'elle a pour mission de protéger, des mesures juridiques plus dures, comme la modification des conditions tarifaires ou la suspension de leur application, possibilités qui lui sont ouvertes par le 2° de l'article 18 de la loi Bichet.

Reste que s'agissant d'une prise de position d'une autorité de régulation, adoptée dans le cadre d'une procédure prévue par la loi, il nous paraît difficile de refuser d'y voir un acte juridique.

⁵ Etude annuelle 2013 du Conseil d'État, *Le droit souple*, p. 61.

3.3. Cela ne signifie pas qu'il soit justiciable. Ainsi que l'indique l'Arcep, « à supposer que l'avis en cause puisse être qualifié d'acte de droit souple, il convient de rappeler que tout acte de droit souple n'est pas susceptible d'être contesté dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir ». En effet, au-delà de l'objet d'un tel acte, ce sont les effets qu'il est susceptible d'avoir qui déterminent sa justiciabilité, et ces effets, qui peuvent n'être que potentiels, doivent en revanche être notables, selon la jurisprudence que nous avons déjà rappelée.

3.3.1. En l'espèce, en premier lieu, l'avis ne fixe pas une prescription individuelle dont la méconnaissance ultérieure pourrait être sanctionnée, ce qui le rendrait susceptible de produire cet effet notable. Cela n'est d'ailleurs pas soutenu par les requérantes.

3.3.2. En deuxième lieu, l'avis ne nous semble pas avoir de portée générale, sauf à admettre une portée générale implicite découlant de ce que, s'étant prononcée sur la modification des jours de livraison aux dépositaires, l'Arcep aurait ainsi interprété la notion de « conditions techniques, tarifaires et contractuelles » des prestations des distributeurs de presse figurant dans la loi. C'est précisément cette portée de l'avis qui pose problème aux requérantes, qui estiment que l'avis leur fait grief dans cette mesure.

Elles confondent ce critère avec celui de la possibilité d'effets notables, mais vous pourrez surmonter cette méprise pour examiner leur argumentation. Comme l'indiquait Guillaume Odinet dans ses conclusions sous *Gisti*, « la frontière entre les actes contestables et ceux qui ne le sont pas n'est, de manière générale, rien d'autre qu'un seuil d'effets de l'acte sur la situation ou les droits des personnes intéressées », et cette approche permet « de faire le lien entre la condition de recevabilité objective liée à l'acte attaqué et la condition de recevabilité subjective liée à l'intérêt pour agir du requérant », ce lien étant « à la racine de votre jurisprudence sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, dans la notion d'acte faisant grief ».

L'avis est-il susceptible d'emporter des effets notables pour les requérantes ou pour des tiers ? Les parties contestées de l'avis indique que, « [é]tant donné que les conditions de ce passage de cinq à quatre jours de livraison ne déséquilibrent pas la chaîne de distribution, et notamment l'effet de mutualisation qui permet à chaque distributeur de bénéficier d'un accès mutualisé au réseau des points de vente de presse à des conditions efficaces, cette évolution n'appelle pas de remarques de la part de l'Arcep », ajoutant, en conclusion que « [l]es évolutions tarifaires envisagées des prestations complémentaires logistiques ainsi que l'évolution des jours de livraison par la société MLP, en ce qu'elle ne déséquilibre pas les conditions économiques de la filière, n'appellent pas de remarques particulières ».

Les requérantes soutiennent que la circonstance que l'ARCEP s'estime compétente pour se prononcer sur l'évolution des jours de livraison des dépositaires emporte de lourdes conséquences pour les requérantes. Les MLP se verraient ainsi contraintes à soumettre toute future évolution des jours de livraison des dépositaires à l'avis de l'ARCEP au titre de l'information prévue par le 2° de l'article 18 de la loi Bichet.

Il nous semble que ces éléments ne sont susceptibles de produire aucun effet notable, ni dans l'absolu, ni à l'égard des sociétés requérantes. Ce ne sont que les décisions qui pourraient être prises si l'Arcep avait des remarques à faire sur ces tarifs qui emporteraient des effets notables. Et il serait toujours possible, à l'encontre de ces décisions, de soutenir que l'Arcep n'a pas à contrôler les jours de livraison au titre de son contrôle sur les « conditions techniques, tarifaires et contractuelles » des prestations des distributeurs. Sur ce point, nous peinons à voir comment les jours de livraison pourraient être sans incidence sur ces conditions, soit dans leur volet technique ou contractuel, soit dans leur volet tarifaire, car un tarif s'entend non seulement du montant nominal mais encore des prestations délivrées en contrepartie.

Mais tel n'est pas le point que vous aurez à trancher aujourd'hui si vous nous suivez pour considérer que l'avis en litige n'est susceptible de produire aucun effet notable sur les requérantes ou des tiers, et n'est donc pas susceptible de recours.

3.4. En outre, si les requérantes indiquent que l'avis, plus traditionnellement, leur ferait grief en tant qu'il aurait rejeté leur demande tendant à ce que l'Arcep ne se prononce pas sur la modification des jours de livraison, l'échange de courriers intervenu entre l'information adressée par MLP à l'Arcep et l'édition de l'avis litigieux ne fait pas de celui-ci la réponse à une demande. Par ailleurs, le refus implicite d'accéder au recours gracieux formé contre l'avis, tendant à faire retirer les passages en cause, est soumis au même régime contentieux que l'avis lui-même.

3.5. Enfin, par acquit de conscience, nous ne vous cacherons pas que nous avons hésité à voir dans cet avis public indiquant que l'Arcep n'a pas de remarques particulières une décision de ne pas faire usage des autres pouvoirs que détient l'Arcep sur le fondement des mêmes dispositions (2° de l'article 18 de la loi Bichet). En l'espèce, ce serait une décision favorable pour les requérantes, et l'irrecevabilité leur serait également opposée, faute pour une telle décision de leur faire grief. Mais cela pourrait changer quelque chose dans d'autres circonstances, par exemple dans l'hypothèse d'une modification substantielle des tarifs sur laquelle l'Arcep émettrait l'avis que cette modification n'appelle pas de remarques particulières : un tel avis, qui signifie *de facto* que l'Arcep ne va pas faire usage des pouvoirs plus coercitifs dont elle dispose pour faire respecter les principes qui guident sa mission de régulation, pourrait être regardé comme faisant grief à des tiers (un autre distributeur, ou un client des MLP), ou, si l'on restait dans le champ du droit souple, comme susceptible d'effets notables sur ceux-ci. Mais ce n'est manifestement pas la configuration contentieuse du présent litige.

PMNC au rejet de la requête.