

Commentaire de la décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007

Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur

De caractère très technique, la loi relative « à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur » a été définitivement adoptée le 22 février 2007 et aussitôt déférée au Conseil constitutionnel.

Son but principal est de substituer définitivement le mode numérique au mode analogique pour la diffusion des programmes audiovisuels par voie hertzienne terrestre.

Lancée le 31 mars 2005, la télévision numérique terrestre (TNT) donne aujourd'hui accès à dix-huit chaînes de télévision gratuites et à onze chaînes payantes. Le taux d'équipement des Français en adaptateurs permettant la réception de la TNT témoigne du succès du lancement de ce mode de diffusion.

La loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur va accroître l'offre numérique d'une dizaine de chaînes en réception fixe.

L'article 6 de la loi déferée met fin à compter du 30 novembre 2011 à la diffusion des programmes de télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique.

Les requérants critiquaient exclusivement les nouveaux articles 99 (sixième alinéa) et 103 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication.

En vertu de l'article 96-2, inséré dans la loi du 30 septembre 1986 par l'article 6 de la loi déferée, les éditeurs de services nationaux de télévision en clair privés diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique (il s'agit de TF1 et de M6) devront assurer la diffusion de leurs services par voie hertzienne terrestre en mode numérique auprès de 95 % de la population française.

Cette obligation n'est pas sans contrepartie (second alinéa du nouvel article 96-2). À la date d'extinction de la diffusion par voie hertzienne terrestre en mode analogique, l'autorisation de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique (antérieurement accordée à ces éditeurs) sera en effet prorogée de cinq ans par dérogation aux règles de mise en concurrence énoncées au I de l'article 28-1 de la loi du 30 septembre 1986.

Le sixième alinéa du nouvel article 99, mis en cause par les requérants, ajoute que: « Par dérogation au I de l'article 28-1, les autorisations de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique des services nationaux de télévision préalablement diffusés sur l'ensemble du territoire métropolitain par voie hertzienne terrestre en mode analogique accordées aux éditeurs de ces services sont prorogées de cinq ans, à la condition que ces éditeurs soient membres du groupement d'intérêt public institué à l'article 100. Le bénéfice de cette prorogation est écarté par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 42-7 et aux articles 42-8 et 42-9, si l'éditeur de ces services qui diffuse ses programmes par voie hertzienne en mode analogique perd la qualité de membre du groupement avant la dissolution de celui-ci. »

Le GIP créé par le nouvel article 100 de la loi du 30 septembre 1986 a notamment pour objet de mettre en œuvre les mesures d'accompagnement de l'extinction de la diffusion analogique et d'assurer la continuité de la réception des programmes. Il gère un fonds destiné, en vertu du nouvel article 102, à équiper les foyers exonérés de redevance audiovisuelle et qui, jusqu'ici, ne recevaient les services de télévision en clair que par voie hertzienne en mode analogique. Cette aide est modulée en fonction des capacités contributives des bénéficiaires et des solutions techniques de réception disponibles sur la zone.

Par ailleurs, aux termes de l'article 103 inséré dans la loi du 30 septembre 1986 susvisée par l'article 5 de la loi déferée:

« À l'extinction complète de la diffusion par voie hertzienne en mode analogique d'un service national de télévision préalablement autorisé sur le fondement de l'article 30, le Conseil supérieur de l'audiovisuel accorde à l'éditeur de ce service qui lui en fait la demande, sous réserve du respect des dispositions des articles 1^{er}, 3-1, 26 et 39 à 41-4, un droit d'usage de la ressource radioélectrique pour la diffusion d'un autre service de télévision à vocation nationale, à condition que ce service ne soit lancé qu'à compter du 30 novembre 2011 et qu'il remplisse les conditions et critères énoncés aux deuxième et troisième alinéas du III de l'article 30-1, souscrive à des engagements particuliers en matière de diffusion et de production cinématographique et audiovisuelle d'expression originale française et européenne fixés par décret en Conseil d'État et soit édité par une personne morale distincte, contrôlée par cet éditeur au sens du 2^o de l'article 41-3. »

Selon les requérants:

- la prorogation de cinq ans de l'autorisation de diffusion en mode numérique bénéficiant à TF1, M6 et Canal Plus en vertu du nouvel article 99 était contraire au principe d'égalité, à la libre concurrence, à la liberté d'expression et au pluralisme des courants de pensées et d'opinions;
- il en allait de même de l'attribution d'une « chaîne compensatoire » ou « chaîne bonus », qui sera diffusée en mode numérique par voie hertzienne terrestre, à ces trois éditeurs.

Ils ajoutaient que la loi serait entachée d'incompétence négative.

Pour répondre à cette argumentation (C), il convient de rappeler au préalable les normes constitutionnelles en cause (A) et la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur leur respect par le législateur (B).

A. Les normes constitutionnelles en cause

1) Aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789: « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

Le Conseil constitutionnel a tiré depuis longtemps de cette disposition que la liberté de communication n'était pas seulement celle de l'émetteur, mais encore celle des récepteurs. Aussi le pluralisme des courants de pensées et d'opinions est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle et le respect de son expression une condition de la démocratie.

On se reportera notamment aux décisions n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 (cons. 11, 13 à 16, 35 et 36), n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 (cons. 25 à 27), n° 93-333 DC du 21 janvier 1994 (cons. 3, 7, 10 à 15, 23, 26 et 32), n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 (cons. 8 à 10), n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001 (cons. 13 à 21) et n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004 (cons. 11, 23 et 24).

2) Le principe d'égalité est également en jeu en la matière et sous trois formes:

a) Il s'applique d'abord sous sa forme la plus générale.

Le principe d'égalité, rappelle inlassablement le Conseil, ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Parmi de multiples exemples, on se reportera à la récente décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 12 et 13), qui fait une application de ce standard jurisprudentiel dans un domaine voisin de celui ici traité.

b) S'agissant de communication audiovisuelle, le Conseil constitutionnel appréhende le principe d'égalité entre opérateurs dans l'intérêt du public et compte tenu de la rareté des ressources hertziennes. On se reportera par exemple aux décisions n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 (cons. 9 et 19) et n° 93-333 DC du 21 janvier 1994 (cons. 17).

c) Enfin, s'agissant d'égalité de traitement entre entreprises, le principe d'égalité implique, sauf disposition constitutionnelle ou motif d'intérêt général contraires, le respect des règles de concurrence. C'est ce qu'illustre, dans un considérant remarqué par la doctrine, la décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001 (loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, cons. 10).

B. La portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel

Dans des matières aussi techniques que celle en cause, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient pas de rechercher si le but que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif.

En ce sens (et pour s'en tenir à des précédents récents), on se reportera aux décisions n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 (cons. 41), n° 2001-444 DC du 9 mai 2001 (cons. 3), n° 2005-529 DC du 15 décembre 2005 (cons. 5), n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 (cons. 20) et n° 2007-546 DC du 25 janvier 2007 (cons. 13).

Par ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle est sensible à ce que le législateur atténue les effets négatifs pour les entreprises de la modification qu'il apporte aux situations légalement acquises (voir encore récemment: n° 2006-544 DC du 14 déc. 2006, loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, cons. 29 à 34).

C. La réponse aux griefs

Il y avait lieu de distinguer, dans l'argumentation des requérants, la prorogation des autorisations en mode numérique et l'attribution d'une « chaîne compensatoire ».

1) La prorogation des autorisations en mode numérique

Les termes des autorisations numériques de Canal +, TF1 et M6 sont aujourd'hui fixés, respectivement, à décembre 2010, février et avril 2012.

Ce terme est reporté de cinq ans (ce qui n'était pas contesté) par application du nouvel article 96-2 pour TF1 et M6.

Par ailleurs, en vertu du nouvel article 97, la durée de l'autorisation délivrée est également prolongée de cinq ans pour les chaînes diffusées par voie hertzienne terrestre autres que TF1 et M6 (y compris Canal Plus), en fonction de leurs engagements de couverture du territoire en mode numérique.

S'agissant de la prorogation des autorisations en mode numérique, la rupture d'égalité dénoncée tenait à la prorogation supplémentaire de cinq ans prévue par le sixième alinéa du nouvel article 99.

Mais la différence de traitement instituée par le sixième alinéa du nouvel article 99 (liée à la condition que ces chaînes restent membres du groupement d'intérêt public prévu par le nouvel article 100) repose sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi: inciter les trois chaînes historiques privées à contribuer financièrement, dans le cadre des nouveaux articles 100 et 102 de la loi du 30 septembre 1986, à faciliter la transition entre la diffusion analogique et la diffusion numérique sans pénaliser les foyers les plus modestes.

2) La question de la « chaîne compensatoire »

En vertu de l'article 103 de la loi du 30 septembre 1986, dans sa rédaction issue de la loi déferée, chacune des trois entreprises auxquelles est imposée la cessation anticipée des autorisations antérieurement délivrées pour la diffusion hertzienne en mode analogique de leurs programmes sur le territoire national se verra attribuer sans mise en concurrence (mais à certaines conditions) une chaîne supplémentaire parmi les dix nouvelles chaînes pouvant diffuser en mode numérique par voie hertzienne terrestre sur tout ce territoire.

Cette mesure s'inspire de dispositions qui figuraient déjà dans la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000.

Le Conseil les avait estimées implicitement non contraires à la Constitution en relevant leur existence sans faire de remarque particulière, lorsqu'il a rejeté, dans sa décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, les griefs tirés d'une rupture d'égalité entre chaînes publiques et opérateurs privés en matière de télévision numérique terrestre ¹¹².

Il est vrai que, lorsque cette décision a été rendue, le contexte n'était pas le même qu'aujourd'hui. La TNT en était à ses commencements et des mesures aussi incitatives que l'octroi d'une chaîne supplémentaire hors mise en concurrence se justifiaient plus aisément.

En vertu des dispositions contestées en 2007, l'attribution de la chaîne supplémentaire n'intéresse que les trois éditeurs privés historiques dont les programmes sont diffusés au niveau national par voie hertzienne analogique (TF1, M6 et Canal Plus).

Il est impossible de nier la situation spécifique des trois opérateurs éligibles et la légitimité du principe d'une compensation.

L'autorisation de diffuser par voie hertzienne terrestre en mode analogique sur tout le territoire national courait jusqu'en décembre 2010 pour Canal Plus, février 2012 pour TF1 et avril 2012 pour M6, alors que la loi déferée prévoit que l'extinction de la diffusion analogique terrestre interviendra à partir de mars 2008 (ou même, ponctuellement, dès l'entrée en vigueur de la loi).

L'extinction anticipée de la diffusion analogique porte donc atteinte à une situation légalement acquise, qui plus est dans un domaine intéressant l'exercice de la liberté de communication, domaine dans lequel, dans un premier état de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel avait appliqué de façon intransigeante le principe dit de « l'effet cliquet » ¹¹³.

La question se circonscrivait donc autour de l'ampleur de cette compensation. La prolongation de l'autorisation en mode numérique prévue aux articles 96-2, 97 et 99 (sixième alinéa) ne suffisait-elle pas?

Les deux thèses pouvaient se soutenir en première analyse.

a) On pouvait admettre que l'attribution d'une « chaîne bonus » n'était pas disproportionnée par rapport à la finalité compensatrice poursuivie par la loi.

L'article contesté a pour objet d'atténuer la portée, pour les entreprises concernées, des autres dispositions de la loi déferée, qui remettent en cause pour elles seules une situation légalement acquise.

L'extinction anticipée de la diffusion analogique entraînera, pour les sociétés intéressées, à la fois des coûts supplémentaires (liés à l'accélération des investissements nécessaires à la couverture en mode numérique du territoire national) et une baisse de recettes (liées à la « montée en charge » de la diffusion numérique), alors que le nouvel article 104 de la loi du 30 septembre 1986 exclut toute réparation du préjudice résultant de l'extinction de la diffusion analogique.

L'extinction de la diffusion analogique des éditeurs privés historiques s'échelonne pendant plusieurs années, zone par zone, avant le terme prévu des autorisations qui leur ont été délivrées en mode analogique.

Or cette extinction anticipée conduira les foyers brusquement privés de programmes gratuits de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique (vecteur unique de réception de la télévision pour environ les deux tiers des foyers français) à s'équiper d'un moyen de réception alternatif de la télévision, lequel leur donnera accès *a minima* à l'ensemble de l'offre gratuite de la télévision numérique terrestre (TNT), soit 18 chaînes. Il en résultera une baisse de la part d'audience des chaînes historiques qui se traduira mécaniquement par une perte de recettes publicitaires.

Par ailleurs, les dispositions contestées assortissent de contreparties et de restrictions l'attribution de cette chaîne compensatoire.

Ainsi:

- l'entreprise devra souscrire des obligations spécifiques en matière de diffusion et de production cinématographique et audiovisuelle d'expression originale française et européenne (étant noté que les chaînes historiques, tant par leur poids spécifique qu'en raison de leurs obligations réglementaires et conventionnelles, sont engagées de manière incomparablement plus intense que les « nouveaux entrants » de la télévision numérique terrestre dans la production de ces œuvres);
- l'entrée en service de cette chaîne est fixée au 30 novembre 2011 afin de préserver jusqu'à cette date l'économie des nouveaux éditeurs de la télévision numérique terrestre;
- en dehors de l'appel aux candidatures (dont elle est par définition dispensée), la « chaîne compensatoire » sera régie par les dispositions de droit commun de la loi du 30 septembre 1986. En particulier, l'autorisation délivrée s'ajoutera aux autorisations prises en compte dans le cadre des dispositions de cette loi tendant à limiter la concentration dans le secteur de la communication. Il en résulte notamment (s'agissant d'opérateurs préalablement titulaires d'autorisations nationales de télévision par voie hertzienne terrestre) que la délivrance de ces nouvelles autorisations est soumise au respect de la règle selon laquelle un opérateur ne peut, en télévision numérique de terre, détenir plus de sept autorisations nationales (quatrième alinéa de l'article 41) ou de la règle interdisant le cumul d'une autorisation nationale de télévision réalisant plus de 2,5 % de l'audience totale des services de télévisions avec une autorisation pour un service à vocation locale (troisième alinéa de l'article 41);

– enfin, l'édition de la « chaîne compensatoire » devra être le fait d'une personne morale distincte de l'« éditeur historique », mais contrôlée par lui au sens du 2° de l'article 41-3 de la loi du 30 septembre 1986.

S'agissant des effets de l'attribution des « chaînes bonus » sur le pluralisme, le Gouvernement soutenait dans ses observations que « le basculement complet vers le numérique aboutit mécaniquement à réduire la part relative des éditeurs historiques dans l'offre audiovisuelle, et leur part correspondante de recettes publicitaires ou d'abonnements, même en tenant compte de l'attribution, lors de l'extinction de la diffusion par voie analogique, de chaînes compensatoires ».

Le Gouvernement soulignait en outre que, l'attribution des chaînes compensatoires s'effectuant « sous réserve du respect des articles 1^{er}, 3-1, 26 et 39 à 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 », le CSA s'assurera que ces autorisations ne portent atteinte ni aux principes fondamentaux régissant l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle (art. 1^{er} et 3-1), au nombre desquels figure le caractère pluraliste des courants de pensée et d'opinion, ni à l'exercice des missions de service public par les sociétés nationales de programme (art. 26), ni au dispositif anti-concentration destiné à garantir le caractère effectif du pluralisme (art. 39 à 41-4).

Il résultait de tout ce qui précède que le législateur n'a pas retenu, aux fins de dédommager les sociétés concernées des effets résultant pour elles de la modification anticipée du régime juridique de la diffusion des programmes de télévision par voie hertzienne terrestre, une solution que le Conseil constitutionnel, eu égard à la portée de son contrôle, pourrait juger manifestement trop favorable à leurs intérêts.

b) En sens inverse, on pouvait estimer que l'attribution à TF1, M6 et Canal Plus, sans mise en concurrence, de trois des dix nouvelles chaînes numériques constituait un avantage exorbitant, alors que le dommage éventuellement subi par les trois éditeurs privés historiques pouvait être réparé de façon plus équitable, plus simple et moins préjudiciable au pluralisme.

La nouvelle avancée de la TNT permet d'offrir au public dix nouveaux canaux en réception fixe. C'est donc près du tiers de cette ressource qui serait en quelque sorte préemptée au profit de groupes de communication audiovisuelle déjà en position dominante.

Le pluralisme des moyens de communication, objectif de valeur constitutionnelle, en souffrirait, alors que, dans le silence de la loi, rien n'empêcherait les chaînes historiques de concourir, en présentant les formats de leur choix, aux futurs appels à candidatures organisés par le CSA pour affecter les nouvelles chaînes numériques.

Certes, la résiliation anticipée des autorisations analogiques en vigueur appelle une indemnisation sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques. Le législateur affecte en effet les droits de trois entreprises pour un motif d'intérêt général.

Mais ce préjudice pourrait être plus sûrement et plus justement réparé, le moment venu, par l'indemnisation du dommage spécial causé aux éditeurs privés concernés par la remise en cause de leurs droits par le législateur.

À défaut de mécanisme d'indemnisation explicite, il suffirait de faire jouer en la matière la responsabilité du fait des lois.

Aussi la censure de l'article 103 aurait-elle entraîné, par voie de conséquence, celle de l'article 104, aux termes duquel: « La mise en œuvre du présent titre n'est pas susceptible d'ouvrir droit à réparation. »

c) L'alternative devant laquelle se trouvait placé le Conseil constitutionnel était donc la suivante:

- soit considérer l'attribution d'une « chaîne bonus » comme un mode de réparation « forfaitaire » non manifestement déséquilibré et non attentatoire au pluralisme compte tenu des ressources hertziennes encore disponibles après attribution des trois chaînes compensatoires;
- soit estimer que l'article 103 accorde aux trois éditeurs privés historiques un avantage manifestement excessif, mais en censurant simultanément l'article 104 pour ne pas interdire tout dédommagement de la remise en cause d'une situation légalement acquise (passant ainsi d'un extrême à l'autre).

Il s'est déterminé pour la première solution, estimant plus convaincants les arguments pesant en sa faveur.

Il a cependant émis la réserve d'interprétation suivante: à l'extinction de la diffusion analogique, il appartiendra aux autorités compétentes, à l'occasion de l'autorisation de nouveaux services de télévision numérique et de l'attribution des trois services compensatoires, de veiller au respect du pluralisme des courants de pensées et d'opinions compte tenu des ressources radioélectriques alors disponibles.

3) Quant à l'ultime grief, on ne voit pas en quoi le législateur serait demeuré en l'espèce en deçà de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution pour fixer les « règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ou « les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ».

Il apparaît bien au contraire qu'il a déterminé les modalités du passage au « tout numérique » en entrant souvent dans des détails relevant du pouvoir réglementaire ou de l'activité naturelle de régulation du CSA.

112. Déc. n° 2000-433 DC du 27 juill. 2000, cons. 27.

113. Déc. n° 84-181 DC des 10 et 11 oct. 1984, cons. 38.