

Commentaire

Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013

Société Sud Radio Services et autre

(Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 7 octobre 2013 par le Conseil d'État (décisions n^{os} 353724/353725/353726 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par les sociétés Sud Radio Services et Sud Radio Plus et portant sur l'article 42 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Dans sa décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – La mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel

L'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 est relatif à la possibilité pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) de mettre en demeure les éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle et les opérateurs de réseaux satellitaires de respecter certaines obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par certains principes définis par le législateur. L'article 42 prévoit dans le même temps une publicité de ces mises en demeure, ainsi qu'une possibilité pour certaines personnes de saisir le CSA d'une demande d'engager la procédure de mise en demeure.

Dans sa rédaction faisant l'objet de la QPC, l'article 42 dispose :

« Les éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle et les opérateurs de réseaux satellitaires peuvent être mis en demeure de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis aux articles 1^{er} et 3-1.

« Le Conseil supérieur de l'audiovisuel rend publiques ces mises en demeure.

« Les organisations professionnelles et syndicales représentatives du secteur de la communication audiovisuelle, le Conseil national des langues et cultures régionales, les associations familiales et les associations de défense des droits

des femmes ainsi que les associations ayant dans leur objet social la défense des intérêts des téléspectateurs peuvent demander au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'engager la procédure de mise en demeure prévue au premier alinéa du présent article. »

Cette mise en demeure prévue par l'article 42 est un préalable au prononcé d'une sanction par le CSA en application de l'article 42-1 :

« 1° La suspension de l'édition, de la diffusion ou de la distribution du ou des services d'une catégorie de programme, d'une partie du programme, ou d'une ou plusieurs séquences publicitaires pour un mois au plus ;

« 2° La réduction de la durée de l'autorisation ou de la convention dans la limite d'une année ;

« 3° Une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension de l'édition ou de la distribution du ou des services ou d'une partie du programme ;

« 4° Le retrait de l'autorisation ou la résiliation unilatérale de la convention ».

L'article 48-2 prévoit de la même manière la faculté pour le CSA de prononcer à l'encontre d'une société nationale de programme qui ne se conforme pas aux mises en demeure qui lui ont été adressées la suspension d'une partie du programme pour un mois au plus ou une sanction pécuniaire dans les limites définies à l'article 42-2.

L'article 26 de la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public a inséré une nouvelle condition relative à la sanction du manquement tant dans l'article 42-1 que dans l'article 48-2 de la loi du 30 septembre 1986 : le manquement sanctionné doit *« repose[r] sur des faits distincts ou couvr[ir] une période distincte de ceux ayant déjà fait l'objet d'une mise en demeure »*.

Par ailleurs, l'article 42-3 prévoit qu'une autorisation peut être retirée *« sans mise en demeure préalable, en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée, notamment des changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement »*. De même, l'article 42-4 permet au CSA, sans mise en demeure préalable, d'ordonner l'insertion dans les programmes d'un communiqué dont il fixe les termes et les conditions de diffusion dans tous les cas de manquement aux obligations incombant aux éditeurs de services de communication audiovisuelle.

Les principes auxquels l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 fait référence sont désormais ceux énoncés, d'une part, à l'article 1^{er} et, d'autre part, à l'article 3-1 de cette même loi.

En vertu des deux premiers alinéas de l'article 1^{er} de cette loi :

« La communication au public par voie électronique est libre.

« L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle. »

En vertu de l'article 3-1 de la même loi (dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 novembre 2013 précitée) :

« Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique, dans les conditions définies par la présente loi.

« Il assure l'égalité de traitement ; il garantit l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la communication audiovisuelle ; il veille à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services, quel que soit le réseau de communications électroniques utilisé par ces derniers, conformément au principe de neutralité technologique ; il veille à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises. Il peut formuler des propositions sur l'amélioration de la qualité des programmes. Il veille au caractère équitable, transparent, homogène et non discriminatoire de la numérotation des services de télévision dans les offres de programmes des distributeurs de services.

« Le Conseil supérieur de l'audiovisuel contribue aux actions en faveur de la cohésion sociale et à la lutte contre les discriminations dans le domaine de la communication audiovisuelle. Il veille, notamment, auprès des éditeurs de services de communication audiovisuelle, compte tenu de la nature de leurs programmes, à ce que la programmation reflète la diversité de la société

française et contribue notamment au rayonnement de la France d'outre-mer. Il rend compte chaque année au Parlement des actions des éditeurs de services de télévision en matière de programmation reflétant la diversité de la société française et propose les mesures adaptées pour améliorer l'effectivité de cette diversité dans tous les genres de programmes.

« Le Conseil supérieur de l'audiovisuel veille à ce que le développement du secteur de la communication audiovisuelle s'accompagne d'un niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé de la population.

« Le conseil peut adresser aux éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle des recommandations relatives au respect des principes énoncés dans la présente loi. Ces recommandations sont publiées au Journal officiel de la République française. »

Le CSA prononce un nombre relativement élevé de mises en demeure chaque année (90 en 2012 ; 98 en 2011 ; 80 en 2010), à mettre en regard du faible nombre de sanctions prononcées (6 en 2012 ; 2 en 2011 ; 4 en 2010).

B. – Le litige à l'origine de la QPC et les griefs des sociétés requérantes

Les sociétés requérantes avaient fait l'objet, le 31 août 2011, d'une mise en demeure de respecter à l'avenir les obligations pesant sur elles en vertu de la convention conclue avec le CSA dans le cadre de l'autorisation d'exploiter une ressource radioélectrique pour diffuser un service de radio¹. Cette mise en demeure était la conséquence de certains propos tenus à l'antenne de la radio Sud Radio.

À l'occasion d'une requête en annulation de la mise en demeure devant le Conseil d'État, les sociétés requérantes ont posé la QPC, laquelle a été renvoyée au Conseil constitutionnel.

Les sociétés requérantes contestaient la conformité de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 aux principes garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789 à deux titres :

– elles faisaient valoir que les dispositions contestées, non plus qu'aucune autre disposition, ne prévoient pas que la personne dont le comportement est susceptible de conduire à une mise en demeure est mise à même de présenter des observations ou de s'expliquer, ce qui serait contraire au principe du respect des droits de la défense ;

¹ Mise en demeure publiée au *Journal officiel* du 14 septembre 2011.

– elles avançaient également que les dispositions contestées, qui donnent au CSA la possibilité de mettre en demeure sans opérer aucune séparation entre les fonctions de poursuite et d’instruction et la décision d’infliger la mise en demeure, portent atteinte au principe d’impartialité.

II – L’examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – La recevabilité de la QPC

Dans sa rédaction résultant de l’article 19 de la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989, l’article 42 était ainsi rédigé :

« Le Conseil supérieur de l’audiovisuel peut mettre en demeure les titulaires d’autorisation pour l’exploitation d’un service de communication audiovisuelle de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis à l’article 1^{er} de la présente loi.

« Le Conseil supérieur de l’audiovisuel rend publiques ces mises en demeure.

« Les organisations professionnelles et syndicales, représentatives du secteur de la communication audiovisuelle, peuvent saisir le Conseil supérieur de l’audiovisuel de demandes tendant à ce qu’il engage la procédure prévue à l’alinéa premier du présent article. »

Le Conseil constitutionnel, saisi de cette loi, avait expressément examiné son article 19, qui modifiait les dispositions de l’article 42 de la loi du 30 septembre 1986 et introduisait des dispositions nouvelles sous la forme des articles 42-1 à 42-11². Cette décision, intervenue à une époque où le dispositif des décisions du Conseil constitutionnel ne procédait pas à une validation explicite des dispositions examinées et considérées comme non contraires à la Constitution, a validé l’article 42 de la loi du 30 septembre 1986 en même temps que les autres dispositions modifiées et introduites par l’article 19 de la loi du 17 janvier 1989 sur lesquelles le Conseil formulait des réserves d’interprétation.

Depuis lors, l’article 42 avait été modifié à plusieurs reprises :

– au premier alinéa, l’application du dispositif de mise en demeure a été étendue aux éditeurs de services audiovisuels³ ainsi qu’aux opérateurs satellitaires⁴ ;

² Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 26 à 39.

³ Par la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

– au premier alinéa, le champ des principes législatifs dont l’absence de respect peut conduire à une mise en demeure prononcée par le CSA a évolué, en fonction des ajouts successifs opérés par le législateur aux articles 1^{er} et 3-1 de la loi du 30 septembre 1986⁵ ;

– au troisième alinéa, de nouvelles personnes se sont vu ouvrir la faculté de saisir le CSA d’une demande d’engager une procédure de mise en demeure. Alors qu’initialement seules les organisations professionnelles et syndicales représentatives du secteur de la communication audiovisuelle pouvaient saisir le CSA d’une demande d’engagement de la procédure de mise en demeure, cette faculté a été ouverte au Conseil national des langues et cultures régionales et aux associations familiales⁶, puis aux associations ayant dans leur objet social la défense des intérêts des téléspectateurs⁷ et enfin aux associations de défense des droits des femmes⁸.

Ces modifications interdisaient de considérer qu’au sens de l’article 23-2 de l’ordonnance du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel, les dispositions contestées par les sociétés requérantes avaient déjà été jugées conformes à la Constitution. La QPC était donc formellement recevable, car elle portait sur des dispositions législatives différentes de celles qui avaient fait l’objet de la déclaration de conformité à la Constitution du 17 janvier 1989 (cons. 4).

Les griefs soulevés par les requérants à l’encontre de ces dispositions étaient tous tirés de la méconnaissance des exigences de l’article 16 de la Déclaration de 1789 et, en particulier, de l’exigence d’impartialité qui s’impose aux autorités administratives lorsqu’elles prononcent des sanctions. Les requérants faisaient valoir que cette jurisprudence avait été dégagée par le Conseil constitutionnel postérieurement à la décision du 17 janvier 1989. Afin d’apprécier si cette

⁴ Par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

⁵ Les principes énoncés en 1989 ont été complétés successivement par « *la protection de l’enfance et de l’adolescence* », « *l’établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services* », « *quel que soit le réseau de communications électroniques utilisé par ces derniers, conformément au principe de neutralité technologique* », le « *caractère équitable, transparent, homogène et non discriminatoire de la numérotation des services de télévision dans les offres de programmes des distributeurs de services* », le fait « *que la programmation reflète la diversité de la société française* » et « *contribue notamment au rayonnement de la France d’outre-mer* » et « *que le développement du secteur de la communication audiovisuelle s’accompagne d’un niveau élevé de protection de l’environnement et de la santé de la population* ». L’un des principes a, lui, évolué : « *la nécessité de développer une industrie nationale de production audiovisuelle* » est devenue « *la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle* ».

⁶ Introduit par la loi n° 94-88 du 1^{er} février 1994 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

⁷ Introduit par la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 précitée.

⁸ Ce dernier ajout, qui correspond à la dernière modification de l’article 42 de la loi du 30 septembre 1986, résulte de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

argumentation était opérante, il incombait donc au Conseil constitutionnel d'examiner la nature répressive ou non de la mise en demeure prévue par l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986.

B. – L'inopérance des griefs tirés de l'atteinte aux exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 en matière de sanction prononcée par une autorité administrative indépendante (AAI)

1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les principes d'indépendance et d'impartialité

Le Conseil constitutionnel rattache à la garantie des droits, proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789, le droit à un recours effectif, les droits de la défense⁹, le droit à un procès équitable¹⁰ et, enfin, l'impartialité et l'indépendance des juridictions¹¹.

Le Conseil constitutionnel a une jurisprudence désormais établie sur l'application des principes tirés de cet article à des autorités administratives exerçant un pouvoir de sanction.

Dans sa décision du 2 décembre 2011 relative au pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire, le Conseil constitutionnel a expressément jugé que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes exerçant des fonctions que la loi qualifie de juridictionnelles :

« Considérant que les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution »¹².

Dans sa décision du 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a jugé que les principes découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du

⁹ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

¹⁰ 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. 11.

¹¹ Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 24.

¹² Décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur (Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire)*, cons. 8.

citoyen sont applicables à une AAI même lorsqu'elle n'exerce pas ses pouvoirs de sanction en tant que juridiction :

« Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »¹³.

Ce considérant de principe a été rappelé dans la décision du 5 juillet 2013 relative aux pouvoirs de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)¹⁴.

En conséquence, il revient au Conseil constitutionnel de s'assurer que les fonctions de poursuite et d'instruction sont effectivement séparées du pouvoir de sanction au sein d'une AAI exerçant un pouvoir de sanction, conformément au principe d'impartialité.

Cela ne présuppose pas pour autant que le législateur soit tenu d'organiser une séparation organique de ces différentes fonctions, une séparation fonctionnelle pouvant suffire à satisfaire aux exigences constitutionnelles, comme l'a admis le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 octobre 2012 à propos des services d'instruction et du collège de l'Autorité de la concurrence :

« Considérant, en premier lieu, d'une part, que les dispositions du paragraphe II de l'article L. 461-1 du code de commerce fixent la composition du collège de l'Autorité de la concurrence, dont les différentes formations sont compétentes pour exercer les pouvoirs de sanction confiés par le législateur à cette autorité administrative indépendante ; que l'article L. 461-2 du même code prévoit les obligations auxquelles sont tenus les membres de l'autorité ; que les troisième et quatrième alinéas de cet article prescrivent notamment : " Tout

¹³ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*, cons. 16.

¹⁴ Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autre (Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)*, cons. 10.

membre de l'autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. - Aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées " ; que l'article L. 461-3 du même code fixe les règles de délibération de l'autorité ;

« Considérant, d'autre part, qu'en vertu des trois premiers alinéas de l'article L. 461-4 du code de commerce : " L'Autorité de la concurrence dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collège.- Ces services procèdent aux investigations nécessaires à l'application des titres II et III du présent livre. - Les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents ou non permanents et les enquêteurs des services d'instruction sont nommés par le rapporteur général, par décision publiée au Journal officiel " ; qu'en vertu de l'avant-dernier alinéa du même article : " Le président est ordonnateur des recettes et des dépenses de l'autorité. Il délègue l'ordonnancement des dépenses des services d'instruction au rapporteur général " ; que ces dispositions ont pour objet de garantir l'indépendance du rapporteur général et de ses services à l'égard des formations de l'Autorité de la concurrence compétentes pour prononcer les sanctions ;

« Considérant qu'au regard de ces garanties légales, dont il appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, le paragraphe II de l'article L. 461-1 et l'article L. 461-3 du code de commerce ne méconnaissent pas les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante »¹⁵.

Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel s'est également prononcé sur l'atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité susceptible de résulter de la faculté pour l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office de manquements à des engagements pris en application des décisions de l'Autorité autorisant des opérations de concentration. Pour s'assurer que ces principes constitutionnels étaient respectés, le Conseil a à la fois pris en considération le fait que l'ouverture de cette procédure ne conduisait pas l'autorité « à préjuger la réalité des manquements à examiner » et le fait que l'instruction de l'affaire était assurée par les services faisant l'objet d'une séparation fonctionnelle du collège infligeant les sanctions :

« Considérant, en second lieu, que si les dispositions du paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce autorisent l'Autorité de la concurrence à se saisir " d'office " de certaines pratiques ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de

¹⁵ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 précitée, cons. 17 à 19.

concentration, c'est à la condition que cette saisine ait été proposée par le rapporteur général ; que ces dispositions, relatives à l'ouverture de la procédure de vérification de l'exécution des injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans une décision autorisant une opération de concentration, ne conduisent pas l'autorité à préjuger la réalité des manquements à examiner ; que l'instruction de l'affaire est ensuite assurée par le rapporteur général dans les conditions et selon les garanties prévues par les articles L. 463-1 et L. 463-2 dudit code ; que le collège de l'Autorité est, pour sa part, compétent pour se prononcer, selon les modalités prévues par l'article L. 463-7 du même code, sur les griefs notifiés par le rapporteur général et, le cas échéant, infliger des sanctions ; que les deux derniers alinéas de cet article disposent que, lors de la séance, le rapporteur général peut présenter des observations, tout en prévoyant que lorsque l'autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L. 462-5, le rapporteur général et le rapporteur n'assistent pas au délibéré ;

« Considérant qu'au regard de ces garanties légales, dont il appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, la saisine de l'Autorité de la concurrence n'opère pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction ; que, dans ces conditions, les dispositions du paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce ne portent aucune atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »¹⁶.

Enfin, dans sa décision du 5 juillet 2013, le Conseil constitutionnel a censuré un dispositif de sanction prévu pour l'ARCEP dans lequel la mise en demeure préalable au prononcé de la sanction par le collège de l'autorité était effectuée par le directeur général de l'autorité, lequel relevait de l'autorité hiérarchique du président :

« Considérant que les dispositions contestées confient à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes le soin de réprimer les manquements, par les exploitants de réseaux ou les fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre ; que cette compétence est exercée " soit d'office, soit à la demande du ministre chargé des communications électroniques, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernée " ; que la mise en demeure de l'exploitant ou du fournisseur, par laquelle s'ouvre la procédure de sanction prévue au 2° de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques sauf lorsque celle-ci est fondée sur l'absence de respect des délais fixés par une

¹⁶ Ibid., cons. 20 et 21.

décision prise en application de l'article L. 36-8, est confiée au directeur général de l'Autorité, lequel détermine le délai dans lequel l'exploitant ou le fournisseur doit se conformer à cette mise en demeure ; qu'ainsi ces dispositions confient au directeur général l'exercice des poursuites devant cette Autorité ;

« Considérant que, selon le premier alinéa de l'article L. 132 du code des postes et des communications électroniques, les services de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sont placés sous l'autorité du président de l'Autorité ; que, selon l'article D. 292 du même code, le directeur général est nommé par le président de l'Autorité, est placé sous son autorité et assiste aux délibérations de l'Autorité ; que, par suite et alors même que la décision de mise en demeure relève du directeur général, les dispositions des douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité ; que celles de ces dispositions qui sont de nature législative doivent être déclarées contraires à la Constitution »¹⁷.

2. – L'application à l'espèce

Le prononcé d'une mise en demeure par le CSA sur le fondement de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 est une condition nécessaire au prononcé des différentes sanctions prévues par l'article 42-1.

S'il ne faisait pas de doute que les sanctions de l'article 42-1 pouvaient entrer dans la catégorie des sanctions ayant le caractère d'une punition, la décision n° 2013-359 QPC commentée, portait sur les seules dispositions de l'article 42. Le Conseil constitutionnel devait, pour répondre aux griefs des requérants, tous fondés sur la méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration de 1789, dans un premier temps trancher la question de la nature de cette mise en demeure par le CSA.

Pour apprécier si une mesure peut être qualifiée de sanction ayant le caractère d'une punition, le Conseil constitutionnel ne s'attache pas à la qualification donnée par le législateur, mais à l'aspect répressif de la disposition.

Par exemple, le Conseil constitutionnel refuse de considérer comme une sanction ayant le caractère d'une punition :

¹⁷ Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 précitée, cons. 11 et 12.

– la suspension du conseil d’administration d’un organisme agréé pour la collecte du « 1 % logement » et l’habilitation du ministre à charger l’Agence nationale pour la participation des employeurs à l’effort de construction (ANPEEC) de prendre les mesures conservatoires qui s’imposent. Ces dispositions « *ont pour objet de permettre qu’il soit mis fin, dans le cadre d’un pouvoir de substitution, aux manquements, par un tel organisme, à ses obligations légales ou réglementaires* » et « *n’ont pas de finalité répressive* »¹⁸ ;

– la déchéance d’un juge de ses fonctions : « *l’article L. 724-7 [du code de commerce] prévoit que, lorsque les incapacités visées par l’article L. 723-2 surviennent ou sont découvertes postérieurement à l’installation d’un juge du tribunal de commerce, il est déchu de plein droit de ses fonctions ; [...] ces dispositions, sans caractère répressif, ont pour objet d’assurer que les professionnels appelés à exercer les fonctions de juge au tribunal de commerce ou à élire ces juges présentent les garanties d’intégrité et de moralité indispensables à l’exercice de fonctions juridictionnelles ; [...] elles n’instituent pas des sanctions ayant le caractère d’une punition* »¹⁹ ;

– une mesure d’interdiction professionnelle : « *parmi les conditions exigées pour l’exploitation d’un débit de boissons, les articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du code de la santé publique instituent une incapacité et une interdiction professionnelles ; [...] cette interdiction et cette incapacité sont applicables à toute personne condamnée pour un crime ou pour le délit de proxénétisme ou un délit assimilé, ainsi qu’à toute personne condamnée à une peine d’au moins un mois d’emprisonnement pour certains délits ; [...] ces dispositions ont pour objet d’empêcher que l’exploitation d’un débit de boissons soit confiée à des personnes qui ne présentent pas les garanties de moralité suffisantes requises pour exercer cette profession ; [...] elles n’instituent pas des sanctions ayant le caractère d’une punition* »²⁰ ;

– les dispositions qui prescrivent d’abroger une autorisation en cas de non-respect des conditions mises à son octroi²¹ ;

– la surveillance et la rétention de sûreté décidées en fonction de la dangerosité du condamné et appliquées après l’exécution de la peine²².

¹⁸ Décision n° 2013-332 QPC du 12 juillet 2013, *Mme Agnès B. (Sanction des irrégularités commises par un organisme collecteur de fonds au titre du « 1 % logement »)*, cons. 6.

¹⁹ Décision n° 2011-114 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Didier P. (Déchéance de plein droit des juges consulaires)*, cons. 5.

²⁰ Décision n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011, *M. Ion C. (Incapacité et interdiction d’exploiter un débit de boissons)*, cons. 6.

²¹ Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 41.

²² Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 9.

De la même manière que dans le premier de ces exemples, la mise en demeure par le CSA a pour objet de mettre fin à des manquements constatés.

Par ailleurs, l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit qu'une publicité est donnée à la mise en demeure prononcée par le CSA.

Le Conseil constitutionnel accepte de voir dans des dispositions prévoyant la publication d'une sanction une mesure destinée à renforcer la répression²³. Le Conseil constitutionnel a déjà considéré à deux reprises que l'article 42-4 de la loi du 30 septembre 1986, prévoyant l'insertion dans les programmes d'un communiqué en cas de manquement aux obligations incombant aux éditeurs de services de communication audiovisuelle, instaurait une sanction, alors même que la dernière phrase de cet article 42-4 prévoit une sanction pécuniaire en cas de refus de se conformer à l'obligation d'insérer ce communiqué dans les programmes²⁴.

Enfin, dans la décision du 5 juillet 2013 précitée, le Conseil constitutionnel a considéré que la mise en demeure que pouvait prononcer l'ARCEP pour réprimer les manquements des exploitants de réseaux ou fournisseurs de services de communications électroniques aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre était la mesure « *par laquelle s'ouvre la procédure de sanction prévue au 2° de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques* »²⁵.

La question se posait donc de savoir si la mise en demeure prononcée par le CSA différait ou non de celle prononcée par l'ARCEP.

Dans les deux cas, les sanctions prononcées par l'AAI doivent résulter, en vertu des dispositions législatives, d'une nouvelle violation des obligations que la mise en demeure demandait de respecter. Pour l'ARCEP, en vertu du 2° de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, la sanction peut être prononcée « *lorsqu'un exploitant de réseau ou un fournisseur de services ne se conforme pas dans les délais fixés (...) à la mise en demeure prévue au 1° du présent article ou aux obligations intermédiaires dont elle est assortie* ». Pour le CSA, en vertu de l'article 42-1 de la loi du 30 septembre

²³ Pour la publication d'une sanction administrative par une autorité administrative, voir la décision n° 2013-329 QPC du 28 juin 2013, *Société Garage Dupasquier (Publication et affichage d'une sanction administrative)*, cons. 5. Pour la publication de sanctions pénales par le juge pénal, voir les décisions n°s 2010-41 QPC du 29 septembre 2010, *Société CDiscount et autre (Publication du jugement de condamnation)*, 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres (Publication et affichage du jugement de condamnation)*.

²⁴ Décisions n°s 88-248 DC du 17 janvier 1989 précitée, cons. 32 et 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 52.

²⁵ Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 précitée, cons. 11.

1986 précitée, les sanctions peuvent être prononcées « *si la personne faisant l'objet de la mise en demeure ne se conforme pas à celle-ci* ».

On retrouve également pour d'autres AAI un mécanisme similaire en deux temps, avec une mise en demeure, puis, en l'absence de respect de cette mise en demeure, une sanction²⁶.

Toutefois, dans ces autres cas, comme dans celui de l'ARCEP, la mise en demeure initiale comporte, conformément à ce que prévoit le législateur, un délai dans lequel la personne faisant l'objet de la mise en demeure doit se mettre en conformité avec les exigences formulées. Tel n'était pas le cas pour la mise en demeure par le CSA.

Alors même que la lettre de l'ancienne rédaction de l'article 42-1, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 2013, combinée à celle des dispositions contestées ne faisait pas apparaître une distinction relative aux faits à l'origine de la mise en demeure, la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 1989 plaidait en faveur du caractère préalable et distinct de la mise en demeure, et donc de son antériorité à la procédure de sanction. Le Conseil constitutionnel y a considéré « *qu'il résulte du rapprochement de l'article 42 nouveau et de l'article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 que les pouvoirs de sanction dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel ne sont susceptibles de s'exercer, réserve faite du cas régi par les articles 42-3 et 42-9, qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle "de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis à l'article premier" de la loi précitée, et faute pour les intéressés de respecter lesdites obligations ou de se conformer aux mises en demeure qui leur ont été adressées* »²⁷. Cette réserve d'interprétation conduisait à ce qu'une sanction prévue par l'article 42-1 ne puisse être prononcée que pour un manquement correspondant à celui relevé dans une mise en demeure antérieure²⁸.

Ainsi, dans sa décision d'assemblée *Société La Cinq* du 11 mars 1994²⁹, le Conseil d'État a considéré qu'une lettre de mise en demeure de ne pas diffuser de films érotiques pendant des heures dites de grande écoute ne peut être

²⁶ Par exemple, à l'article L. 2135-7 du code des transports pour l'Autorité de régulation des activités ferroviaires ; aux articles L. 134-26 et L. 134-27 du code de l'énergie pour la Commission de régulation de l'énergie

²⁷ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, cons. 38.

²⁸ Cette réserve d'interprétation a ensuite été intégrée dans le texte même de l'article 42-1 par le législateur. La loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication a en effet introduit une nouvelle rédaction du premier alinéa de cet article 42-1 subordonnant le prononcé d'une sanction par le CSA au fait que l'éditeur ou le distributeur de services de radiodiffusion sonore ou de télévision « *ne se conforme pas aux mises en demeure qui lui ont été adressées* ».

²⁹ CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, n° 115052, *Lebon*, p. 117.

regardée comme mettant également en demeure de ne pas diffuser de tels films à d'autres moments. Par conséquent, le Conseil d'État juge que le CSA ne pouvait légalement infliger une sanction pécuniaire que pour un nouveau manquement à l'exigence formulée dans la mise en demeure : des deux films dont la diffusion avait conduit au prononcé d'une sanction pécuniaire par le CSA, seul celui diffusé à une heure de grande écoute constitue un manquement justifiant que soit prononcée une sanction pécuniaire.

Comme le résumait le commissaire du Gouvernement Patrick Frydman dans ses conclusions sur l'arrêt *Société La Cinq* : « *cette formalité préalable (la mise en demeure), s'intercalant entre les faits et leur sanction, est appelée à jouer, mutatis mutandis, en matière administrative, le rôle qui serait, en matière répressive, celui d'un article du code pénal – en tant du moins que celui-ci définit l'infraction et non la peine, qui demeure, même en matière administrative, directement définie par la loi. On comprend, dès lors, le rôle de garantie fondamentale reconnu à la mise en demeure par la décision ainsi analysée* »³⁰.

Analysée comme un moyen d'assurer le respect du principe de légalité des délits par l'article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986³¹, la mise en demeure prévue par l'article 42 de cette même loi ne peut pas être considérée comme une étape de la procédure de sanction, mais seulement comme son préalable.

Le CSA, en adressant une mise en demeure, complète la définition des obligations qu'il incombe à l'éditeur ou au distributeur de respecter, sous peine d'être sanctionné. La publicité donnée à cette mise en demeure ne serait pas la marque d'une volonté de réprimer, mais une garantie apportée en termes de définition des infractions pouvant être sanctionnées.

Le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé qu'il avait jugé le 17 janvier 1989 que « *les pouvoirs de sanction dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel ne sont susceptibles de s'exercer (...) qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation* », a considéré que la mise en demeure par le CSA « *ne peut être regardée, dans ces conditions, comme l'ouverture de la procédure de sanction prévue à l'article 42-1 mais comme son préalable ; que dès lors, la*

³⁰ RFDA, 10 (3), mai-juin 1994, p/ 429

³¹ Le cadre légal des sanctions administratives exigé pour respecter le principe de légalité des délits est encore aujourd'hui défini par le Conseil constitutionnel dans des termes similaires à ceux de la décision du 17 janvier 1989 : « *appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent, de l'institution dont ils relèvent ou de la qualité qu'ils revêtent* » (décisions n^{os} 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, *M. Georges R. (Perte de l'indemnité prévue en cas de décision administrative d'abattage d'animaux malades)*, cons. 6 et 2013-332 QPC du 12 juillet 2013 précitée, cons. 8).

mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition » (cons. 6).

En conséquence, le Conseil a écarté comme inopérants les griefs soulevés par les sociétés requérantes. En l'absence d'autre question de conformité à la Constitution, le Conseil a constaté que les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun droit ou liberté que la Constitution garantit, devaient être déclarées conformes à la Constitution.