

Commentaire de la décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004

Loi relative aux communications électroniques
et aux services de communication audiovisuelle

La « *loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle* » est très ambitieuse puisqu'elle tire les conséquences en droit interne de cinq directives communautaires modifiant profondément les règles relatives au marché de télécommunications (désormais appelées « *communications électroniques* »). Cet ensemble de directives constitue le « paquet télécom » dont la date limite de transposition a été fixée au 25 juillet 2003.

A ce premier volet, la loi déferée en ajoute un second, portant sur la modernisation du droit de la communication audiovisuelle.

Au total, la loi déferée comprend 140 articles, de facture le plus souvent très technique.

A son encontre, le Conseil constitutionnel a été saisi le 8 juin 2004 de deux recours. Les griefs étaient formulés en termes identiques dans le recours des députés et dans celui des sénateurs. Ils mettaient en cause cinq dispositions ou groupes de dispositions.

D) Article 13

C'était le seul article du premier volet de la loi (« paquet télécom ») à être critiqué par les saisines.

L'article L. 35-2 du code des postes et communications électroniques est relatif au « *service universel* » (missions de service public, dont les finalités sont précisées à l'article L. 35-1 du code, et qui doivent être confiées à un ou plusieurs opérateurs à l'issue d'appels d'offres).

L'article 13 de la loi déferée complète le dernier alinéa de cet article L. 35-2 en prévoyant que le décret chargé d'en déterminer les modalités d'application « *précise, notamment, les cas dans lesquels les tarifs du service universel peuvent faire l'objet soit d'une mesure d'encadrement pluriannuel, soit d'une opposition ou d'un avis préalable de l'Autorité de régulation des télécommunications* ».

De son côté, l'article 15 de la loi déferée modifie le 5° de l'article L 36-7 du code pour prévoir que l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) « *le cas échéant, définit des mesures d'encadrement pluriannuel des tarifs et émet un avis public sur la mise en oeuvre d'un tarif ou s'y oppose, en application des articles L 35-2 et L 38-1* ».

Les requérants estimaient que le pouvoir ainsi attribué à l'ART méconnaissait les articles 21 et 34 de la Constitution.

A) L'argumentation relative à la violation de l'article 21 de la Constitution devait être rejetée, en partie parce qu'elle manquait en fait, en partie parce qu'elle était infondée.

La possibilité pour l'ART d'émettre un avis sur la mise en oeuvre des tarifs de du service universel ne la fait pas participer à l'exercice du pouvoir réglementaire. A cet égard, l'argumentation manquait en fait.

Il n'en est pas de même, certes, lorsque lui est confié le soin de définir des mesures d'encadrement pluriannuel de ces tarifs en application de l'article L. 36-7 modifié du code des postes et communications électroniques.

Toutefois, dans cette hypothèse, les compétences qui lui sont conférées ont, par leur champ d'application comme par leur contenu, une portée limitée. Elles ne contreviennent donc pas à l'article 21 de la Constitution.

Aux termes de l'article 21 de la Constitution : « *Le Premier ministre ... assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire ...* ».

Selon une jurisprudence bien établie, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi, dès lors que cette habilitation ne porte que sur des mesures de portée limitée par leur champ d'application et par leur contenu.

Il en a été jugé ainsi, par exemple, pour le pouvoir donné :

- au Conseil de la politique monétaire de fixer des normes destinées à contrôler l'évolution de la masse monétaire (n° 93-324 DC du 3 août 1993, cons. 12 à 15) ;

- au ministre de l'agriculture de fixer, à défaut de convention, les règles régissant les relations entre les gestionnaires du régime des accidents de travail et des maladies professionnelles des exploitants agricoles (n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 8 à 12) ;

- au conseil d'administration de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides d'établir une liste des « pays sûrs » (n°2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 33 à 35).

S'agissant précisément de l'ART, le Conseil constitutionnel a admis que la loi lui confie le soin de fixer les « *règles concernant les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services, en application des articles L. 33-1 et L. 34-1* ». Etaient ainsi visés, d'une part, l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public, d'autre part, la fourniture au public du service téléphonique.

En effet, juge la décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 (cons. 12), « *la compétence réglementaire ainsi reconnue à l'Autorité de régulation des télécommunications est limitée dans son champ d'application et doit s'exercer dans le respect des dispositions du code des postes et télécommunications et de ses règlements d'application* ».

Il est vrai que cette décision relève aussi que les règlements de l'ART feront l'objet d'une homologation par le ministre chargé des communications électroniques. Mais ce constat, qui a une simple valeur illustrative, ne constituait pas un élément nécessaire du raisonnement.

B) Les requérants estimaient par ailleurs que l'article 13 de la loi déferée était entaché d'incompétence négative en ce qu'il ne déterminait avec précision ni les modalités de contrôle prévues (« *mesures d'encadrement pluriannuel* », « *avis préalable* », « *opposition* »), ni les cas dans lesquels l'ART pourrait « *contredire* » le ministre chargé des communications électroniques.

Sur le second point, le moyen manquait en fait puisque le pouvoir d'opposition donné à l'ART par l'article 13 de la loi déferée s'exercera à l'encontre non d'une autorité gouvernementale mais des opérateurs.

Du point de vue de la clarté et de la précision de la loi, l'article 13 de la loi déferée n'encourt pas non plus la critique.

Par « *mesures d'encadrement pluriannuel* », le législateur a clairement visé la réglementation des tarifs du service universel sur une base pluriannuelle (s'agissant notamment de leur plafonnement ou surtout des objectifs à atteindre dans un certain délai).

Le sens des deux autres modalités de contrôle (opposition et avis préalable) se comprend aisément, ne serait-ce que par référence aux pouvoirs actuels de l'ART.

Le but de ce contrôle tarifaire est explicite tant dans la loi française (art. L. 35-1 du code des postes et communications électroniques) qu'en droit communautaire (art. 9 de la directive « *service universel* ») : veiller à ce que ces tarifs soient « *abordables* ».

En confiant au décret le soin de préciser les cas dans lesquels l'autorité de régulation pourra utiliser l'une ou l'autre des trois modalités de contrôle qu'il a lui-même fixées, le législateur n'a mis en cause aucun des principes fondamentaux ni aucune des règles que l'article 34 de la Constitution a placés dans le domaine de la loi.

II) Article 41

Aux termes de l'article 28 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication :

« la délivrance des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique pour chaque nouveau service diffusé par voie hertzienne terrestre autre que ceux exploités par les sociétés nationales de programme est subordonnée à la conclusion d'une convention passée entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel au nom de l'Etat et la personne qui demande l'autorisation (...)

La convention porte notamment sur un ou plusieurs des points suivants : (...)

12° Les conditions dans lesquelles les services de télévision bénéficiant d'une autorisation nationale en clair sont autorisés à effectuer des décrochages locaux sous leur responsabilité éditoriale, dans la limite cumulée de trois heures par jour, sauf dérogation du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Les décrochages locaux visés au présent alinéa ne sont pas considérés comme des services distincts bénéficiant d'autorisation locales et ne peuvent comporter de messages publicitaires ni d'émissions parrainées ;

(...) »

L'article 41 de la loi déferée ajoute à ce 12° que :

« Toutefois, les décrochages locaux exceptionnels autorisée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, dans des conditions prévues par décret, peuvent comporter des messages publicitaires diffusés sur l'ensemble du territoire national ».

La possibilité ainsi ouverte aux « décrochages locaux » des chaînes commerciales de comporter des messages publicitaires était dénoncée par les requérants comme contraire au pluralisme des courants d'expression.

Selon eux, en effet, *« l'ouverture des vannes publicitaires déstabiliserait le marché des annonceurs locaux et, en particulier, la presse locale et les radios locales seraient gravement affectées. Le développement de la télévision locale en pâtirait inévitablement et son essor serait contrarié sauf à passer sous le contrôle de certains groupes... ».*

Toutefois, la disposition critiquée n'avait pas la portée que lui prêtait la saisine.

En premier lieu, les messages publicitaires insérés dans les « décrochages » devront être *« diffusés sur l'ensemble du territoire national »*. La publicité contenue dans les séquences locales devra donc demeurer nationale tant par son contenu que par la simultanéité de sa diffusion à tout le territoire. La seule innovation consiste à permettre à la séquence locale (couverture d'un événement commercial ou culturel par exemple) de se « raccrocher » à un écran publicitaire national.

En second lieu, l'intervention du CSA pour autoriser les « décrochages locaux exceptionnels » qui pourront se « raccrocher » aux écrans publicitaires nationaux garantit que la faculté nouvelle donnée aux chaînes commerciales ne déstabilisera pas l'économie des médias départementaux et régionaux. La sauvegarde du pluralisme est en effet la responsabilité essentielle du CSA.

III) Article 58

En vertu de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, les services de radio diffusés par voie hertzienne terrestre sont autorisés à l'issue d'un appel aux candidatures portant sur une zone géographique déterminée.

Son article 32 prévoit que les refus d'autorisation sont motivés et notifiés aux candidats écartés.

a) Le processus de sélection des candidatures radiophoniques est l'une des tâches les plus complexes et les plus délicates incombant au CSA.

Il comporte une phase préalable de planification de la ressource radioélectrique (fréquences, puissances, localisation des émetteurs), puis un examen de la recevabilité des candidatures, enfin la sélection proprement dite.

En raison de la disproportion entre la ressource radioélectrique disponible et le nombre des candidatures, de la nécessité de sauvegarder le pluralisme (en favorisant la diversité des programmes et des « formats »), enfin, du souci de tenir compte des réalités économiques, la

sélection est à la fois globale (recherche d'un équilibre entre genres) et individuelle (recherche de la meilleure candidature pour un genre donné).

C'est une procédure prenant en compte de multiples critères et imposant une série d'allers et retours entre arbitrages globaux et examen des dossiers individuels.

Il en résulte que la motivation la plus sincère des choix finaux, celle qui reflète de la façon la plus transparente le cheminement suivi par le CSA, comporte un aspect global et positif (critères retenus) et un aspect individuel et éliminatoire (mérites de chaque candidature au regard de ces critères).

Afin de tirer les conséquences de ce double aspect de la motivation, l'article 58 de la loi déferée dispose que les refus de candidature pourront être motivés « *par référence à un rapport de synthèse explicitant les choix du Conseil supérieur de l'audiovisuel* ».

Il n'en résultera pas de dégradation de la qualité de la motivation, mais une motivation adaptée aux caractéristiques de la procédure, dès lors, comme le précise la décision, que chaque motivation individuelle de rejet se réfèrera à un ou plusieurs des critères de choix dégagés par le rapport de synthèse.

Dans ces conditions, manquait en fait l'argumentation des requérants, qui voyaient dans l'article critiqué une disparition de la garantie apportée par la motivation au regard de diverses exigences constitutionnelles (pluralisme, droits de la défense, droit au procès équitable).

b) En tout état de cause, la motivation de décisions administratives telles que les rejets de candidatures prononcés par le CSA en application de l'article 32 de la loi du 30 septembre 1986 ne résulte d'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle.

Au regard des exigences constitutionnelles relatives aux droits de la défense, seules les décisions administratives « *prononçant une sanction ayant le caractère d'une punition* » doivent être motivées et précédées d'une procédure contradictoire (n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 35, 40 et 41).

IV) Article 70

Cet article insère dans la loi du 30 septembre 1986 un article 34-4, en vertu duquel tout « *distributeur de services* » (c'est-à-dire toute entreprise distribuant des services audiovisuels sur un réseau câblé, satellitaire ou téléphonique) « *fait droit, dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, aux demandes des éditeurs de services de télévision ne faisant pas appel à rémunération de la part des usagers et dont la diffusion est autorisée conformément aux articles 30 [télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique] et 30-1 [télévision par voie hertzienne terrestre en mode numérique] tendant, d'une part, à permettre l'accès, pour la réception de leurs services, à tout terminal utilisé par le distributeur pour la réception de l'offre qu'il commercialise et, d'autre part, à assurer la présentation de leurs services dans les outils de référencement de cette offre.* »

Les requérants dénonçaient le traitement de faveur dont bénéficieraient ainsi les chaînes de télévision privées concernées. L'atteinte portée à la liberté d'entreprendre des distributeurs ne serait justifiée, selon eux, par aucun motif d'intérêt général.

S'agissant de l'accès des services de télévision numérique aux décodeurs, l'article 70 se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles du paragraphe 1 de l'article 6 et de l'annexe I de la directive « accès » (2002/19/CE du 7 mars 2002) du « paquet télécom ». Dans cette mesure, elles ne peuvent être utilement critiquées devant le Conseil constitutionnel (n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7 à 9).

En revanche, s'agissant de l'accès des services de télévision analogique aux décodeurs et de l'accès aux guides électroniques de programmes, que ce soit en mode analogique ou numérique, les dispositions critiquées ne sont pas une « conséquence nécessaire d'une disposition inconditionnelle et précise d'une directive ». En effet, la directive 2002/19/CE ne fait référence, dans l'annexe du premier alinéa de son article 6, qu'aux services de télévision numérique et l'article 5 de la directive, qui renvoie à la deuxième partie de l'annexe, laisse une marge de manoeuvre aux autorités réglementaires nationales en matière d'accès aux guides électroniques de programmes. Il convient donc d'apprécier, dans cette mesure, le bien-fondé des griefs.

Une lecture hâtive de l'article 70 donne à penser qu'il instaure à la charge du distributeur une véritable obligation de transport et de commercialisation du programme de l'éditeur.

Il n'impose en réalité (et seulement dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires) qu'une obligation d'« ouverture » technique des décodeurs et des « outils de référencement ». C'est ce qu'ont exposé le ministre chargé de la communication et le sénateur rapporteur (voir, en ce sens, les explications de MM. Sido et Donnedieu de Vabres au Sénat, le 15 avril 2004, JO débats p. 2490) et que confirmaient les observations du Gouvernement devant le Conseil constitutionnel.

L'argumentation tirée de l'atteinte à la liberté d'entreprendre des distributeurs méconnaît l'intérêt général s'attachant à ce que le « plan de services » offert par un distributeur comprenne la plus grande variété de programmes et, en particulier, ceux que recevait déjà, sur son antenne, le foyer qui envisage de s'abonner au câble ou au satellite.

Cet intérêt général comprend plusieurs facettes (commodité des abonnés ; « ouverture » des terminaux des distributeurs aux éditeurs; développement de la télévision numérique gratuite grâce à son accès aux décodeurs existants ; possibilités futures de démantèlement des réseaux de diffusion hertzienne), dont deux au moins se rattachent à des exigences constitutionnelles (égalité et pluralisme).

Sans doute le dispositif est-il dissymétrique puisqu'il oblige le distributeur et non l'éditeur. L'absence d'obligation pour l'éditeur est confirmée par les articles 66 et 67 de la loi déferée qui n'interdisent aux éditeurs de s'opposer à la reprise de leurs programmes que sur les anciennes « antennes collectives » et, pendant cinq ans encore, sur les réseaux câblés autorisés sous l'empire de la législation antérieure.

Mais, cette dissymétrie se justifie par les raisons suivantes :

- Par rapport à ce que seraient l'exercice normal de la liberté contractuelle et celui de la liberté du commerce et de l'industrie, le dispositif ne peut mécontenter l'une des parties que dans l'hypothèse où l'éditeur souhaiterait être repris et où le distributeur ne le voudrait pas.

- Une telle hypothèse est en l'état peu plausible, car un distributeur a tout intérêt à reprendre un service diffusé gratuitement dans la zone, ne serait-ce que pour ne pas rebuter ses futurs abonnés (ceux-ci ne doivent pas être obligés d' « empiler » antennes et décodeurs).

- Si elle se produisait, l'hypothèse pourrait traduire une position dominante du distributeur aux effets de laquelle l'obligation critiquée permet justement de parer.

V) Articles 72 à 76

Ces dispositions assouplissent les règles « anticoncentration » existantes dans le domaine de la communication audiovisuelle.

Loin de bouleverser cette législation, les dispositions critiquées lui apportent quelques correctifs à la lumière de l'expérience acquise et d'une évolution technologique (numérisation et compression du signal) qui permet de faire porter de plus en plus de programmes par les mêmes ressources radioélectriques.

Dans le cadre de ses décisions d'autorisation, le CSA dispose au demeurant des moyens de s'opposer, conformément aux principes dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (par exemple : n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, cons. 11), à l'émergence de situations de concentration excessives en l'état des techniques et du paysage audiovisuel.

Afin de favoriser le développement des services de télévision locaux et numériques, et de contribuer ainsi à la diversification de l'offre de programmes, il était loisible au législateur d'adapter aux nouvelles données techniques et économiques les règles qui tendent à limiter la concentration des opérateurs.

A cet effet, il s'est borné à modifier des seuils et à autoriser certaines formes de cumul d'autorisations ou de contrôle dont l'interdiction n'était plus justifiée compte tenu de la diversification des supports de diffusion.

Il a ainsi usé de son pouvoir d'appréciation sans priver de garanties légales l'objectif constitutionnel du pluralisme des courants d'expression socio culturels, auquel demeure subordonnée la délivrance des autorisations de diffusion par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (n° 86-217 DC précitée ; n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. 9).

Si elle n'emportait pas la conviction sur le fond, l'argumentation des requérants a donné l'occasion au Conseil constitutionnel de renouveler la terminologie qu'il a jusqu'ici employée en matière de pluralisme.

Les « *courants* » dont le pluralisme doit être sauvegardé en vertu de l'article 11 de la Déclaration de 1789 ne sauraient se réduire aux « *courants d'expression socio culturels* ».

Ce pluralisme est avant tout celui « *des pensées et des opinions* », lequel constitue le « *fondement de la démocratie* » (n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, cons. 12).