

Décision n° 2015-529 QPC du 23 mars 2016

Société Iliad et autre

(Obligation de distribution des services d'initiative publique locale)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 23 décembre 2015 par le Conseil d'État (décision du même jour n° 393909), d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par les sociétés Iliad et Free relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du paragraphe II de l'article 34-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Dans sa décision n° 2015-529 QPC du 23 mars 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution.

I. - Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

1. – L'obligation de distribution des services audiovisuels publics (« *must carry* »)

L'article 34-2 figure dans la section II « *Distribution de services de radio et de télévision par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel* » du chapitre II « *Dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel* » du titre II « *Des services de communication audiovisuelle* » de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Dans sa rédaction actuellement en vigueur, cet article met à la charge des câblo-opérateurs et des distributeurs d'accès à internet qui exploitent le réseau filaire plusieurs obligations à l'égard de leurs abonnés :

– son paragraphe I est relatif aux obligations de distribution des programmes de la société France Télévisions, des chaînes Arte et TV 5 ;

– son paragraphe II, objet de la QPC à l'origine de la décision commentée, est relatif à l'obligation de distribution des services télévisés publics locaux ;

– son paragraphe III est relatif à l’obligation de mise à disposition de services destinés aux personnes malvoyantes ou malentendantes.

Le principe du « *must carry* » est de garantir aux abonnés l’accès à d’autres programmes d’intérêt général que les seuls proposés par les distributeurs de services audiovisuels.

Au niveau communautaire, le « *must carry* » a été institué par l’article 31 de la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.

En France, le « *must carry* » a d’abord été introduit :

– à l’article 45-3 de la loi du 30 septembre 1986, par l’article 3 de la loi n° 99-1174 du 30 décembre 1999 portant création de La Chaîne parlementaire. L’obligation instituée pesait alors sur les distributeurs de services audiovisuels par satellite et s’appliquait au bénéfice de ladite chaîne ;

– à l’article 34-3 de la loi du 30 septembre 1986, par l’article 54 de 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. L’obligation instituée pesait alors sur les distributeurs de services audiovisuels par satellite et s’appliquait au bénéfice des chaînes publiques. Sur le territoire métropolitain, l’obligation concernait les programmes de France Télévision, de TV5 et d’Arte, tandis qu’outre-mer l’obligation concernait les programmes de RFO.

Les dispositions relatives à cette obligation ont été recodifiées au paragraphe I de l’article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986 par l’article 68 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, qui a réécrit cet article 34-2. L’objectif était d’harmoniser le « *must carry* » et de l’élargir à l’ensemble des distributeurs par voie satellitaire et par le réseau de communication électronique pour les chaînes nationales publiques diffusées en mode numérique et analogique, et dans le même temps de redynamiser le secteur des chaînes publiques locales.

2. – L’obligation de distribution des services d’initiative publique locale destinés aux informations sur la vie locale

La loi du 9 juillet 2004 a mis à la charge des câblo-opérateurs et fournisseurs d’accès à internet une obligation de distribution et de diffusion des services de télévision locaux destinés aux informations sur la vie locale.

* Parallèlement, l'article 116 de la loi du 9 juillet 2004 a inséré dans le code général des collectivités territoriales (CGCT) un nouvel article L. 1426-1 qui permet aux *« collectivités territoriales ou leurs groupements (...), dans les conditions prévues par la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, [d']éditer un service de télévision destiné aux informations sur la vie locale et diffusé par voie hertzienne terrestre ou par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.*

« La collectivité territoriale ou le groupement conclut avec la personne morale à laquelle est confié le service un contrat d'objectifs et de moyens définissant des missions de service public et leurs conditions de mise en œuvre, pour une durée comprise entre trois et cinq ans. Ce contrat est annexé à la convention conclue avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel ».

Auparavant, l'intervention directe des collectivités territoriales dans l'activité d'édition de services télévisés était reconnue par l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986, mais limitée aux réseaux câblés : *« l'autorisation [délivrée par la commune en faveur d'un distributeur de réseau câblé] peut prévoir (...) l'affectation d'un canal à temps complet ou partagé à la commune ou au groupement de communes intéressées, destiné aux informations sur la vie communale et, le cas échéant, intercommunale. L'exploitation du canal peut être confiée à une personne morale avec laquelle la commune ou le groupement de communes peuvent conclure un contrat d'objectifs et de moyens définissant des missions de service public et leurs conditions de mise en œuvre, pour une durée comprise entre trois et cinq années civiles. Ce contrat est annexé à la convention prévue à l'article 33-1 ».*

* L'obligation de distribution des programmes de ces services télévisés a été instituée par l'article 68 de la loi du 9 juillet 2004, qui a créé les dispositions contestées dans la QPC objet de la décision commentée.

L'obligation prévue par le paragraphe II de l'article 34-2 comporte deux aspects : d'une part, les câblo-opérateurs et fournisseurs d'accès à internet sont tenus de mettre à disposition de leurs abonnés les programmes télévisés des services de télévision des collectivités territoriales ; d'autre part, ils sont tenus de prendre en charge les coûts de transport et de distribution afférents à cette obligation.

Le premier alinéa du paragraphe II de l'article 34-2 est demeuré inchangé depuis la loi du 9 juillet 2004. En revanche, son second alinéa a été modifié par l'article 17 de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, qui est venu préciser

que la prise en charge des coûts de diffusion et de transport s'entend à partir du site d'édition.

a. – Les débiteurs de l'obligation : les distributeurs de services audiovisuels qui exploitent le réseau filaire ou câblé (câblo-opérateurs et fournisseurs d'accès à internet)

* L'obligation prévue par les dispositions contestées ne s'impose qu'aux distributeurs de services audiovisuels, à l'exclusion des éditeurs de ces services.

L'article 2-1 de la loi du 30 septembre 1986 qualifie de distributeur de services « *toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques au sens du 2° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques. Est également regardée comme distributeur de services toute personne qui constitue une telle offre en établissant des relations contractuelles avec d'autres distributeurs* ».

Les éditeurs de services ne sont pas définis par la loi, mais le conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en a donné la définition suivante : « *toute personne morale, constituée sous forme de société ou d'association, qui édite un service de télévision, composé des éléments de programmes qu'elle a produits, coproduits ou achetés, qu'elle met à la disposition du public à titre gratuit ou payant* »¹. Selon les travaux préparatoires relatifs à l'article 116 de la loi du 9 juillet 2004, l'éditeur de service est « *celui qui compose un programme, de télévision par exemple, pour le mettre à disposition du public et assume sa responsabilité éditoriale sur cette programmation. Elle suppose la désignation d'un responsable éditorial, la création et la mise à disposition du public de programmes et s'oppose à la fonction de distributeur de service (fonction assumée par exemple par les câblo-opérateurs ou TDF)* ».

Toute personne peut donc souscrire un abonnement auprès d'un distributeur de services audiovisuels et choisir parmi les différentes offres qu'il propose « *un bouquet* » de chaînes de télévision. Un même distributeur peut proposer dans son « *bouquet* » des chaînes gratuites et des chaînes payantes. Il peut également proposer différentes formules de « *bouquet* » variant en fonction du nombre de chaînes et de thématiques (cinéma, jeunesse, sport). Les distributeurs peuvent avoir passé des accords d'exclusivité avec certains éditeurs. En revanche, l'abonné est limité aux bouquets proposés et ne peut pas constituer son bouquet « *à la carte* ». Ce bouquet de chaînes pourra être transmis via différents supports de distribution (hertzien, satellite, câble, téléphonie mobile).

¹ CSA, décision n° 2001-387, 24 juillet 2001 point I-3. Les acteurs de la télévision numérique de terre.

Les principaux distributeurs proposant des services en France sont CanalSat, BIS télévisions, Bouygues Télécom, Fransat, Free, Orange, Numericable et SFR².

Certaines collectivités territoriales et leurs groupements ont créé leur propre structure de distribution. En 2013, le CSA en dénombrait 92, dont 21 en outre-mer.

L'architecture du transport et de la distribution de bouquets de chaînes par des distributeurs via le réseau filaire emprunte le schéma que l'on peut synthétiser de la manière suivante : les chaînes de télévision sont acheminées jusqu'à la tête de réseau du distributeur de services (Iliad/Free dans le cas à l'origine de la QPC objet de la décision commentée). À partir de cette tête de réseau, le bouquet est diffusé et transporté via le réseau filaire (ADSL sur cuivre, fibre optique) jusqu'à des relais ou multiplexeurs (appelés DSLAM) installés en nombre au niveau local (un DSLAM par exemple pour 500 abonnés). Il regroupe le trafic des différentes lignes qui lui sont raccordées pour le rediriger vers l'abonné. Le répartiteur (NRA) regroupera en son sein les divers DSLAM des opérateurs sur le secteur.

* L'obligation prévue par les dispositions contestées pèse uniquement sur les distributeurs de services audiovisuels qui exploitent le réseau filaire ou câblé.

Les programmes audiovisuels peuvent également être diffusés et transportés par des ondes hertziennes terrestres en mode analogique ou numérique ou des ondes hertziennes satellitaires.

Les réseaux filaires ou câblés et leurs enjeux :

D'un point de vue technique, le réseau de communication électronique filaire ou câblé est composé d'infrastructures passives et d'équipements actifs. Les infrastructures passives ou les infrastructures de génie civil sont les fourreaux, pylônes, lignes téléphoniques traditionnelles en cuivre, câbles et fibres non activées. Les équipements actifs sont ceux qui vont permettre l'émission ou le transport de l'information : routeurs, DSLAM, équipements au sein des têtes de réseau. Toutes ces installations constituent le support physique de certains modes de transmission des données : « asymmetric digital subscriber line » (ADSL³), flux lumineux pour la fibre optique.

À l'origine, le réseau filaire ne constituait pas le mode privilégié de diffusion de services de communications audiovisuelles. Il intervenait de manière subsidiaire, dans les « zones

² Source CSA

³ L'ADSL est une technique de communication permettant d'utiliser une ligne téléphonique traditionnelle pour transmettre et recevoir des signaux numériques à des débits élevés de manière indépendante du service téléphonique. Elle permet de ce fait la communication simultanée de la voix et des données sur une même ligne sans qu'il y ait d'interférence.

d'ombre » que le système hertzien ne parvenait pas à atteindre, telles que les zones où les interférences faisaient obstacle à la réception des ondes hertziennes. Les progrès techniques ainsi que la libéralisation des secteurs de la télécommunication et de l'audiovisuel se sont accompagnés d'un mouvement de convergence technique et d'harmonisation juridique. Il en résulte, aujourd'hui un réseau filaire très largement maillé sur l'ensemble du territoire national, rendant assez marginal le cas d'une zone non desservie par les réseaux de communication électroniques.

Le principe de la liberté d'établissement et d'exploitation des réseaux ouverts au public de même que la liberté de fourniture au public de services de communications électroniques a été consacré par le code des postes et des communications électroniques (CPCE)⁴. Il instaure un régime de droit commun reposant sur une procédure de déclaration préalable auprès de l'ARCEP.

Ainsi, le CPCE reconnaît un droit de passage sur le domaine public routier à tous les opérateurs exploitants des réseaux ouverts au public⁵. Ce droit de passage sur ou sous le domaine public routier se formalise par une permission de voirie délivrée par l'autorité compétente (préfet, sociétés concessionnaires, président du conseil général), donnant lieu à la perception d'une redevance d'occupation.

En revanche, ce droit de passage n'est pas accordé lorsqu'il s'agit pour l'opérateur de déployer ses câbles dans des réseaux appartenant déjà à une personne publique. Il doit au préalable obtenir une autorisation laquelle pourra être refusée si l'occupation est incompatible avec l'affectation desdits réseaux ou avec les capacités disponibles⁶. L'autorisation est accompagnée d'une convention.

S'agissant du domaine public non routier, les exploitants de réseaux de communications électroniques bénéficient d'une simple faculté d'occupation du domaine, laissée au pouvoir d'appréciation de ses gestionnaires. L'accord se formalise par une convention d'occupation du domaine publique soumis aux règles de droit commun de la domanialité publique⁷.

Pour les réseaux de télécommunications traversant les propriétés privées, le CPCE institue une servitude au bénéfice des opérateurs⁸.

Le partage des réseaux constitue également le fil conducteur de leur gestion.

Ces infrastructures passives représentent environ 80 % du coût des réseaux. Les prix du marché sont donc articulés autour des offres d'accès et structurés autour du partage des dites infrastructures⁹.

En outre, ont été instituées des mesures destinées à réduire les obstacles techniques ou économiques à l'accès à des réseaux de communication électronique existants. Ainsi, l'article L. 1425-1 du CGCT prévoit, dans l'hypothèse où l'accès à des conditions économiques ne permettent pas la rentabilité de l'établissement de réseaux de communications électroniques

⁴ Article L.33-1 de la loi du 30 septembre 1986

⁵ Article L. 45-9 du CPCE

⁶ Article L. 47-1 du CPCE

⁷ Article L. 46 du CPCE

⁸ Articles L. 45-9 et L. 48 du CPCE

⁹ En ce sens « *les collectivités territoriales et les réseaux de communications électroniques* ». Roselyne Allemand. Encyclopédie des collectivités locales. Chapitre 10 (folio n°4212). Dalloz

ouverts au public ou d'une activité d'opérateur de communications électroniques que « *les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent mettre leurs infrastructures ou réseaux de communications électroniques à disposition des opérateurs à un prix inférieur au coût de revient, selon des modalités transparentes et non discriminatoires, ou compenser des obligations de service public par des subventions accordées dans le cadre d'une délégation de service public ou d'un marché public* ».

Enfin, le partage des ressources va jusqu'à la possibilité pour les opérateurs de déployer leurs câbles dans les réseaux d'assainissement, d'eau ou de distribution d'électricité¹⁰ de même que de profiter des tranchées creusées lors de la réalisation par un maître d'ouvrage d'une opération de travaux d'installation ou de renforcement d'infrastructures de réseaux d'une longueur significative sur le domaine public pour installer des câbles de communications électroniques¹¹.

S'agissant plus spécifiquement de la fibre optique, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie impose le pré-câblage des immeubles neufs en fibre optique. En outre, l'opérateur qui a déployé un réseau de fibre optique dans un immeuble doit permettre l'accès à son réseau à tout opérateur qui en ferait la demande¹².

Le cadre juridique actuel applicable aux réseaux câblés favorise non seulement un meilleur maillage, permet une gestion des infrastructures tendant à une répartition plus équilibrée, voire à une réduction significative des coûts d'établissement et d'exploitation des réseaux de communications électroniques. La complexité du régime du réseau câblé en France fait qu'une multiplicité d'acteurs en qualité de propriétaires, opérateurs, fournisseurs, distributeurs, éditeurs ont vocation à intervenir. Il existe donc autant d'hypothèses différentes que de combinaisons possibles entre tous ces acteurs.

b. – Les bénéficiaires de l'obligation de mise à disposition : les services d'initiative publique locale destinés aux informations sur la vie locale

Les services d'initiative publique locale destinés aux informations sur la vie locale sont les bénéficiaires de l'obligation de mise à disposition.

Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, l'article L. 1426-1 du CGCT autorise les collectivités territoriales et leurs groupements à éditer, directement ou indirectement, un service de télévision dédié aux informations sur la vie locale quel que soit le mode de diffusion.

L'édition d'un tel service de télévision est qualifiée de service public local par le législateur, mais il s'agit d'un service public facultatif : il n'est imposé aucune obligation d'intervenir en la matière.

Le législateur n'impose pas davantage les modalités selon lesquelles les collectivités territoriales peuvent intervenir. À cet égard, il ne fait que préciser

¹⁰ Article L. 47-1 du CPCE

¹¹ Article L. 49 du CPCE

¹² Article L.34-8-3 du CPCE

que les services peuvent être édités directement ou indirectement par une collectivité territoriale.

Hormis la structure communale, le service public peut être créé par un établissement public de coopération intercommunale (EPCI). Il pourra ensuite être géré soit en régie directe soit par la constitution d'une régie personnalisée¹³.

La gestion et la prestation de service peuvent également être confiées à une personne privée dans le cadre d'une délégation de service public. Une limite est cependant apportée à cette deuxième hypothèse selon le mode de diffusion. Les articles 30 et 30-1 de la loi du 30 septembre 1986 précisent, s'agissant de l'assignation de fréquences hertziennes, que « *les déclarations de candidature [faisant suite à l'appel à une candidature lancé par le CSA pour l'attribution d'une fréquence] sont présentées par les éditeurs de services constitués sous forme de société commerciale, y compris de société d'économie mixte locale ou de société coopérative d'intérêt collectif, ou d'établissement public de coopération culturelle ou d'association* ». Les collectivités territoriales ne peuvent donc pas éditer un service de télévision en régie ou sous la forme d'une régie personnalisée pour les fréquences hertziennes.

En vertu de l'article L. 1426-1 du CGCT, le service d'édition confié à une personne privée est subordonné à la conclusion d'un contrat d'objectifs et de moyens définissant des missions de service public et leurs conditions de mise en œuvre, les moyens mis à sa disposition, les objectifs de programmation, le format des émissions, la durée d'antenne. Ces conventions sont conclues pour une durée de trois à cinq ans.

* On distingue quatre formats de télévision locale¹⁴ : les programmes régionaux de France 3 ; les décrochages de grandes chaînes généralistes privées ; les chaînes d'information locale du câble ; les chaînes locales, parmi lesquelles :

- les télévisions « *de ville* », présentes dans les grandes agglomérations en diffusion hertzienne et reprises sur le réseau câblé. Leur programmation est orientée vers l'information locale et la vie de la cité, comme « *Télé Azur* », « *Télé Toulouse* » ou « *Télé Lyon Métropole* » ;
- les télévisions « *de pays* », qui couvrent un territoire à dominante rurale. Elles ont vocation à diffuser de l'information locale, à mettre en valeur le patrimoine et à développer des thématiques relatives aux caractéristiques géographiques, économiques et touristiques de la région, comme « *TV8 Mont-*

¹³ Cette modalité de gestion dégage la personne publique de l'exécution matérielle du service. La régie est dotée d'une autonomie financière et d'une personnalité morale distincte, elle dispose d'organes de décision propre. La régie est une personne morale de droit public.

¹⁴ Cf avis n° 1412 de M. Emmanuel Hamelin et avis n°249 de M. Louis de Broissia lors de la première lecture devant l'Assemblée nationale du projet de loi du 9 juillet 2004

Blanc » ;

- les télévisions « *de proximité* », qui touchent une population plus restreinte. Ce sont des « télévisions miroirs » en ce qu'elles reflètent les préoccupations des habitants. Elles proposent des programmes d'information, retransmettent des rencontres sportives et laissent une place importante aux associations, comme « *Télé Luçon Sud Vendée* » ;
- les télévisions d'outre-mer.

* Le modèle économique des télévisions locales n'est pas équilibré. Toutefois, estimant qu'elles constituent des vecteurs de démocratie et de lien avec les citoyens, le législateur a entendu encourager leur développement. Ainsi, selon les travaux préparatoires de la loi du 9 juillet 2004, les chaînes locales contribuent à « *l'expression du pluralisme et à l'information des téléspectateurs* » et « *sont un élément de la vie des territoires* ». Dans le même sens, selon la direction du développement des médias, « *les collectivités locales, munies de compétences élargies et clarifiées, auront un besoin accru de communiquer avec les citoyens, qui doivent se sentir concernés par ce mouvement de décentralisation et en comprendre les enjeux. Pour impliquer dans la vie politique et sociale de la cité l'ensemble de la population, et en particulier les jeunes, qui lisent peu la presse locale et régionale, le rôle de la télévision apparaît incontournable* »¹⁵.

Le législateur est donc intervenu afin de favoriser l'implantation des chaînes locales.

c.- Les coûts mis à la charge du distributeur en vertu de l'obligation de mise à disposition

L'obligation de mise à disposition des services d'initiative publique locale consiste à récupérer le signal et à l'envoyer à l'ensemble des abonnés qui en font la demande. Il en résulte des coûts de diffusion et de transport, lesquels sont « *à la charge du distributeur* », ainsi que le mentionne le second alinéa du paragraphe II de l'article 34-2.

La seconde phrase du premier alinéa du paragraphe II de l'article 34-2 renvoie toutefois à un décret le soin de définir les limites et les conditions de l'obligation. Le décret n° 2005-1355 du 31 octobre 2005 relatif au régime déclaratif des distributeurs de services de communication audiovisuelle et à la mise à disposition du public des services d'initiative publique locale détermine les critères techniques et géographiques de même que les cas d'exonération de

¹⁵ Direction du développement des médias, « *Quelles perspectives de développement pour les télévisions locales* », mai 2003 p.7

l'obligation à la charge des distributeurs.

En premier lieu, il est précisé que le signal n'est acheminé qu'aux abonnés situés dans la zone géographique couverte par le service d'initiative publique locale. Il s'en déduit que le « *must carry* » ne saurait s'étendre à un abonné situé hors de cette zone.

En deuxième lieu, le décret énumère les cinq cas dans lesquels cette obligation ne s'impose pas au distributeur :

« 1° Les offres de services sur un réseau desservant moins de 100 foyers ainsi que les offres de services sur un réseau de distribution de télévision interne à un immeuble collectif, à une copropriété ou à un ensemble locatif, lorsque ces réseaux ne sont pas raccordés à un autre réseau de communications électroniques autre que satellitaire ;

« 2° Les offres de services internes à une entreprise ou à un service public et dont l'usage est destiné au public présent sur les lieux d'exploitation ;

« 3° Les offres de services destinés à être reçus sur un appareil de réception dont l'usage principal n'est pas la réception de services de radio et de télévision ; (le téléphone par exemple)

« 4° Les offres de services souscrites par moins de 3 % des foyers de la zone correspondant aux limites géographiques des collectivités territoriales à l'initiative des services d'initiative publique locale ;

« 5° Les offres de services complémentaires commercialisées par un distributeur tiers sur le réseau de communications électroniques d'un distributeur de services déjà soumis aux obligations mentionnées à l'article 14, ces offres étant mises à disposition du public selon des modalités contractuellement définies entre ces deux distributeurs ».

Le pouvoir réglementaire est également venu préciser que le distributeur ne saurait supporter les frais de numérisation des programmes.

Lors de la discussion du projet de loi du 5 mars 2009, il a été exposé que le dispositif mis en place en 2004 était resté inappliqué, les chaînes locales s'étant heurtées à de nombreux points de blocage et à des divergences d'interprétation. En effet, les distributeurs estimaient que l'obligation ne commençait qu'à partir de leur tête de réseau et non du site d'édition. Au surplus, ils considéraient ne

pas avoir à supporter le coût de numérisation¹⁶.

La problématique relative au coût du transport et de diffusion à compter du site d'édition n'a pas suscité beaucoup de débats en 2009. Les rédacteurs du texte estimaient que les « *distributeurs ont les moyens et réseaux qui leur permettent d'abaisser les coûts correspondants, au contraire des chaînes locales* »¹⁷.

Les discussions ont davantage porté sur l'opportunité d'imposer aux distributeurs le coût de la numérisation. Les partisans d'une telle obligation considéraient que « *les distributeurs peuvent assumer la prise en charge des coûts de diffusion et de transport depuis le site d'édition et la numérisation éventuelle : le coût est dérisoire, et ils pourraient s'entendre pour le répartir entre eux de façon forfaitaire, selon le modèle de la télévision, qui paie forfaitairement à un fonds pour les droits d'auteurs les images qu'elle diffuse, sans verser à tel ou tel artiste dont elle a photographié et diffusé les œuvres un droit spécifique* ». En outre, « *il a parfois été proposé des offres commerciales qui mettaient à la charge de la chaîne une partie des frais de la tête de réseau et des frais d'entretien annuels supérieurs au coût d'investissement du matériel. Certaines chaînes, qui n'avaient pas de diffusion hertzienne, ont accepté de souscrire à ces conditions, sous peine de disparaître des écrans. Chaque distributeur a aussi ses exigences propres quant au type de signal numérique et certains vont même jusqu'à tenter d'imposer un prestataire de services. Il convient de mettre fin à ces blocages* ».

Les parlementaires s'opposant à la prise en charge du coût de numérisation par les distributeurs estimaient pour leur part que « *la mise en œuvre pratique de cette mesure se heurterait à de grandes difficultés : sur une même zone sont souvent présents aujourd'hui plusieurs distributeurs, parfois cinq ou six distributeurs. Le canal local devrait-il leur envoyer à chacun une quote-part des frais de numérisation à payer ? Selon quels critères répartirait-il ce coût ? Il est à craindre que les contentieux ne se multiplient* ».

La commission mixte paritaire a finalement supprimé la mention explicite d'une prise en charge par les distributeurs du coût de numérisation des chaînes locales, validant ainsi l'exclusion de tels coûts de l'obligation de distribution prévue par le paragraphe II de l'article 34-2.

B. – Origine de la QPC et question posée

La commune de Nice a confié à la société Azur TV, société par action simplifiée, par un contrat d'objectifs et de moyens conclu en 2013, la

¹⁶ Cf présentation de l'amendement n° 344 du 7 janvier 2009

¹⁷ Ibidem

production, la coproduction, l'acquisition de droits et la diffusion de programmes destinés aux habitants de la commune. À cette fin, la société Azur TV a vainement sollicité des sociétés Iliad et Free la prise en charge du transport et de la diffusion de ses programmes.

Saisi par Azur TV, le CSA a, par une décision du 28 juillet 2015, enjoint à la société Free de formuler une offre de reprise et de supporter les coûts de diffusion et de transport du service depuis le site d'édition. Par une requête du 5 octobre 2015 déposée devant le Conseil d'État, les sociétés Iliad et Free en ont contesté la légalité.

À l'appui de cette requête, elles ont soulevé une QPC ainsi formulée : « *Les dispositions de l'article 34-2, II, de la loi du 30 septembre 1986, en ce qu'elles obligent, d'une part, tout distributeur de services par un réseau autre que satellitaire n'utilisant pas de fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel à mettre à disposition de leurs abonnés les services d'initiative publique locale destinés aux informations sur la vie locale et en ce qu'elles mettent, d'autre part, à la charge de ces distributeurs les coûts de diffusion et de transport depuis le site d'édition, sont-elles contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit et en particulier, d'abord, aux principes de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle, garantis par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ensuite, au principe d'égalité devant la loi et les charges publiques prévu par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, enfin, au droit de propriété tel que protégé par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?* ».

Par un arrêt du 23 décembre 2015, le Conseil d'État a décidé de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC après avoir relevé que « *le moyen tiré de ce que ces dispositions [du paragraphe II de l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986] portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment aux principes de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle et au principe d'égalité devant les charges publiques soulève une question présentant un caractère sérieux* ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Les sociétés requérantes soutenaient qu'en faisant peser sur les distributeurs de services audiovisuels par un réseau autre que satellitaire n'utilisant pas de fréquences assignées par le CSA une obligation de reprise du service de l'éditeur quels qu'en soient les coûts, sans aménager ni encadrer cette obligation afin notamment que soient déterminées les conditions d'un partage des frais, le paragraphe II de l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986 méconnaissait la

liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle, le droit de propriété et le principe d'égalité devant les charges publiques.

Par ailleurs, le Conseil a relevé d'office un grief d'incompétence négative du législateur tiré de ce que les dispositions contestées, en renvoyant au pouvoir réglementaire la définition des limites et conditions de l'obligation de mise à disposition des services d'initiative publique locale destinés aux informations sur la vie locale, méconnaîtraient l'étendue de la compétence du législateur dans des conditions qui affectent la liberté d'entreprendre.

A. – Les griefs tirés de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre, de la liberté contractuelle et de l'article 34 de la Constitution

1. – La jurisprudence constitutionnelle

* Le Conseil constitutionnel fonde la protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre sur l'article 4 de la Déclaration de 1789.

L'examen de la jurisprudence du Conseil montre que la liberté d'entreprendre s'entend sous les deux composantes traditionnelles de cette liberté : d'une part, la liberté d'accéder à une profession ou une activité économique¹⁸ et, d'autre part, la liberté dans l'exercice de cette profession et de cette activité. Le Conseil a rappelé expressément ce double objet dans sa décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 sur les corporations d'Alsace-Moselle¹⁹.

Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les atteintes à la liberté d'entreprendre ou les limitations de cette liberté a subi une lente évolution qui va dans le sens de son renforcement.

Dans sa première décision consacrant ce principe, la décision sur les nationalisations de janvier 1982, le Conseil a jugé qu'il ne pouvait y être apporté de « *restrictions arbitraires ou abusives* »²⁰. Par la suite, le Conseil a jugé que cette liberté n'est « *ni générale ni absolue* »²¹. Il a ensuite abandonné cette formulation en 1998 en jugeant « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences*

¹⁸ Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique (Conditions d'exercice de certaines activités artisanales)*.

¹⁹ Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S. (Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace Moselle)*, cons. 7.

²⁰ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 16.

²¹ Décision n° 82-141 DC préc., cons. 12 et 13.

constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée »²².

C'est dans sa décision du 16 janvier 2001 sur l'archéologie préventive que le Conseil constitutionnel a adopté le considérant de principe dont il fait toujours usage depuis : « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »²³.*

Il en résulte que, toute limitation de cette liberté doit être justifiée par une exigence constitutionnelle ou par un motif d'intérêt général. Dans le premier cas, le Conseil exerce uniquement un contrôle de la disproportion manifeste²⁴. Dans le second cas, lorsque la conciliation met en cause, non un principe constitutionnel, mais un motif d'intérêt général, le contrôle du Conseil constitutionnel tend à se renforcer.

Le Conseil procède fréquemment à un contrôle de la liberté d'entreprendre en lien avec d'autres libertés dont elle est proche, qu'il s'agisse de la liberté contractuelle²⁵ ou de l'exercice du droit de propriété²⁶.

* Après avoir longtemps dénié à la liberté contractuelle toute valeur constitutionnelle²⁷, le Conseil a progressivement infléchi sa jurisprudence. Il a reconnu, d'une part, la liberté de contracter ou de ne pas contracter qui se rattache à la liberté proclamée par l'article 4 de Déclaration de 1789 et, d'autre part, le droit au maintien des conventions légalement conclues qui se rattache aux exigences des articles 4 (liberté) et 16 (garantie des droits) de la Déclaration de 1789.

²² Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 26.

²³ Décisions n°s 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, cons. 13 ; 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 24 ; 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres (Prohibition des machines à sous)*, cons. 4 ; 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre (Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence)*, cons. 4 ; 2012-258 QPC du 22 juin 2012, *Établissements Bargibant S.A. (Nouvelle-Calédonie - Validation - Monopole d'importation des viandes)*, cons. 6, et 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*, cons. 8.

²⁴ Décisions n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 24 à 36 et n° 2001-455 DC précitée, cons. 43 à 50.

²⁵ Décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise)*, cons. 6 et 7.

²⁶ Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 19 et 20.

²⁷ Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, cons. 9.

Le Conseil a consacré le droit au maintien des conventions légalement conclues dans sa décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998²⁸ et lui a reconnu valeur constitutionnelle en le rattachant, dans sa décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, à l'article 4 de la Déclaration de 1789²⁹.

Dans son contrôle de l'atteinte à la liberté contractuelle des contrats à venir, le Conseil constitutionnel vérifie l'existence d'un motif d'intérêt général et d'un rapport de proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi. Le principe a été posé par la décision n° 2012-242 QPC, dans laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que : « *Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »³⁰.

* Pour être invocable en QPC, le Conseil constitutionnel exige que l'incompétence négative du législateur affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

Depuis sa décision FNEM-FO n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, le Conseil constitutionnel a précisé le considérant de principe de sa décision Kimberly Clark pour juger « *que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte **par elle-même** un droit ou une liberté que la Constitution garantit* ».

2. – L'application à l'espèce

Les sociétés requérantes soutenaient qu'en faisant peser sur les distributeurs de services audiovisuels une obligation de reprise des services d'initiative publique locale destinés aux informations sur la vie locale, sans aménager ni encadrer cette obligation, les dispositions contestées méconnaissent la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle.

Elles faisaient valoir que l'obligation de mise à disposition était inconditionnelle en ce que les dispositions se bornaient à en décrire le principe, sans prévoir ni contrôle des demandes présentées aux distributeurs ni encadrement de

²⁸ Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, cons. 29

²⁹ Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, cons. 37

³⁰ Décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise)*.

l'obligation mise à leur charge. Elles estimaient au surplus que l'intérêt général poursuivi par le dispositif était purement financier et se résumait à une simple réduction des coûts.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé ses considérants de principe en matière de liberté d'entreprendre et de liberté contractuelle (cons.4), et d'incompétence négative, laquelle se combinait en l'espèce avec le seizième alinéa de l'article 34 en vertu duquel la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales (cons.5).

Le Conseil a ensuite rappelé l'objet des dispositions contestées : « *qu'en vertu de l'article L. 1426-1 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent éditer un service de télévision destiné aux informations sur la vie locale et diffusé par voie hertzienne terrestre ou par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; que les dispositions contestées imposent aux distributeurs de services audiovisuels par un réseau autre que satellitaire n'utilisant pas de fréquences assignées par le conseil supérieur de l'audiovisuel de mettre ces services à disposition de leurs abonnés* » (cons. 7).

Puis, il relevé qu'en instituant cette obligation de mise à disposition, le législateur avait « *entendu garantir le maintien et favoriser le développement de ces services public locaux* » (cons. 7). Il n'a pas considéré, comme cela lui était proposé par le Premier ministre, que les mesures contestées poursuivaient l'objectif constitutionnel de pluralisme des courants de pensée et d'opinion, dégagé par le Conseil constitutionnel au début des années 1980, d'abord « *pour les quotidiens d'information politique et générale* »³¹, puis « *dans le secteur public de la communication audiovisuelle* »³². En effet, même s'il s'agissait bien de dispositions relatives au secteur de la communication audiovisuelle, leur périmètre était étroitement délimité et correspondait à des programmes qui ne concourent pas à l'information politique et générale.

Enfin, le Conseil a relevé que l'obligation mise à la charge des distributeurs est étroitement et précisément délimitée :

– premièrement, elle est circonscrite aux seuls abonnés situés dans une zone géographique déterminée, laquelle correspond au périmètre couvert par la collectivité ou le groupement qui édite le service ;

³¹ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 (cons. 38 et 39).

³² Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 (cons. 13 à 16).

– deuxièmement, elle est limitée au transport et à la diffusion des programmes, ce qui exclut la réalisation des travaux de raccordement ou des travaux de génie civil ;

– troisièmement, elle exclut la prise en charge de la numérisation des programmes (cons. 8). Le Conseil en a déduit que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle est limitée (cons. 8).

En définitive, il a jugé que « *le législateur, qui n'a pas méconnu l'étendue de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution, n'a pas porté à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle doivent être écartés* » (cons. 9).

B. - Les griefs tirés de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques et du droit de propriété

1. – La jurisprudence constitutionnelle

* Sur le fondement de l'article 13 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a dégagé le principe d'égalité devant l'impôt et plus largement devant les charges publiques, lequel dispose : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

La notion de charges publiques est plus large que celle d'impôt. Elle a été appliquée au titre des redevances pour service rendu³³, des cotisations sociales³⁴ ainsi que de dispositifs de péréquation³⁵.

Il admet cependant que législateur puisse faire supporter à certaines catégories de personne, pour un motif d'intérêt général, des charges particulières. Pour autant, cette charge ne doit pas générer une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques³⁶.

Ainsi « *si l'article 13 de la Déclaration de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes*

³³ Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*.

³⁴ Décision n° 2010-24 QPC du 6 août 2010, *Association nationale des Sociétés d'Exercice Libéral [ANSEL]*.

³⁵ Décision n° 2011-180 QPC du 13 octobre 2011, *M. Ourgaud*.

³⁶ Décision n°2010-624 DC du 20 janvier 2011, *loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*.

des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ; que le respect de ce principe ainsi que l'exigence de bon emploi des deniers publics ne seraient pas davantage assurés si était allouée à des personnes privées une indemnisation excédant le montant de leur préjudice ».

* En matière de droit de propriété, le Conseil constitutionnel juge que « *la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité"* ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »³⁷.

Il en résulte une distinction entre les mesures qui relèvent de l'article 17 de la Déclaration de 1789, lesquelles doivent être justifiées par une nécessité publique légalement constatée et doivent comporter une juste et préalable indemnité, et celles qui sont seulement soumises aux exigences résultant de l'article 2, qui imposent la démonstration d'un motif d'intérêt général ainsi que du caractère proportionné de l'atteinte au regard de l'objectif poursuivi.

Sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration de 1789, le Conseil procède à un contrôle de proportionnalité en appréciant, d'une part, si la privation de propriété ou l'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété est justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, si elle apparaît « *proportionnée(...) à l'objectif poursuivi* »³⁸.

La privation de propriété au sens de l'article 17 ne peut être justifiée que « *lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* »³⁹.

La protection constitutionnelle du droit de propriété a un champ d'application étendu : elle concerne naturellement la propriété corporelle, mobilière comme

³⁷ V. notamment les décisions n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012, *Consorts B. (Confiscation de marchandises saisies en douane)*, cons. 4 ; n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G. (Procédure de dessaisissement d'armes)*, cons. 4 ; n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012, *Mme Khadija A., épouse M. (Procédure collective : réunion à l'actif des biens du conjoint)*, cons. 3.

³⁸ Décisions n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cons. 3 et n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 3.

³⁹ Décisions n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 44 et 46 ; n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011, cons. 6, et n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011, cons. 3.

immobilière, mais également les droits de propriété intellectuelle envisagés dans leur globalité⁴⁰, ainsi que les créances⁴¹.

2. – L'application à l'espèce

Les sociétés requérantes soutenaient que les dispositions contestées méconnaissent le droit de propriété et le principe d'égalité devant les charges publiques dès lors que l'obligation qu'elles instituent ne fait pas l'objet d'une compensation financière.

Dans la décision du 23 mars 2016 commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord examiné le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques. Après avoir rappelé son considérant de principe (cons. 11), il a écarté le grief en relevant que « *l'obligation instituée par les dispositions contestées, qui pèse sur l'ensemble des distributeurs de services audiovisuels par un réseau autre que satellitaire n'utilisant pas de fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, poursuit un objectif d'intérêt général ; qu'il n'en résulte aucune rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* » (cons. 12).

S'agissant du grief tiré de l'atteinte au droit de propriété, il a considéré que « *les dispositions contestées, lesquelles instituent une obligation en faveur d'un service public dans le cadre de la relation contractuelle entre le distributeur de services audiovisuel et ses abonnés, ne portent aucune atteinte au droit de propriété* » (cons. 13).

Ce faisant, le Conseil constitutionnel a confirmé le caractère alternatif du contrôle qu'il opère au regard des exigences de l'article 13 de la Déclaration de 1789 et de celui qu'il opère au regard des exigences des articles 2 et 17 de cette même déclaration, y compris en dehors de la législation fiscale. Si le contrôle des servitudes administratives qui pèsent sur une propriété privée est un contrôle au regard des exigences constitutionnelles en matière de droit de propriété, les dispositions contestées dans la décision commentée instituaient une obligation dont la coloration n'était pas au premier chef celle d'une servitude. Il s'agissait bien plutôt d'une sujétion conduisant le distributeur de services audiovisuels à devoir utiliser d'une certaine manière le réseau câblé dont il dispose dans le cadre de sa relation contractuelle avec ses abonnés. Le Conseil a donc considéré que l'exigence constitutionnelle à laquelle les dispositions devaient être confrontées était l'égalité devant les charges publiques.

⁴⁰ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 13.

⁴¹ Décision n° 2010-607 DC du 10 juin 2010, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, cons. 9.

En définitive, le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution les dispositions du paragraphe II de l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit (cons. 14).