

CONSEIL D'ETAT
4^{ème} et 5^{ème} sous sections
5 mars 2008

N° 310221

M. Daël, président

M. Jean de l'Hermite, rapporteur

M. Olson Terry, commissaire du gouvernement

SCP DELAPORTE, BRIARD, TRICHET ; SCP VIER, BARTHELEMY, MATUCHANSKY,
avocats

Vu, 1), sous le n° 286275, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 20 octobre 2005 et 20 février 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE NRJ GROUP et la SOCIETE NRJ 12, dont le siège est 22 rue Boileau à Paris Cedex 16 (75203) ; les SOCIETES NRJ GROUP et NRJ 12 demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel en date du 19 juillet 2005 autorisant la SOCIETE MCM à utiliser une ressource radioélectrique pour l'exploitation d'un service de télévision à caractère national diffusé en clair par voie hertzienne terrestre en mode numérique ;

2°) d'annuler la convention entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la SOCIETE MCM annexée à ladite décision ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, 2), sous le n° 286273, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 20 octobre 2005 et 20 février 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE TF1, dont le siège est 1, quai du Point du Jour à Boulogne Cedex (92656) et la SOCIETE TMC, dont le siège est 132, avenue du Président Wilson à La Plaine-Saint-Denis (93210) ; les SOCIETES TF1 et TMC demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision susvisée du Conseil supérieur de l'audiovisuel en date du 19 juillet 2005 ;

2°) d'annuler l'article 3-2-1 de la convention susvisée entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la SOCIETE MCM ;

Vu, 3), sous le n° 286281, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 20 octobre 2005 et 20 février 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE TMC, dont le siège est 132, avenue du Président Wilson à La Plaine-Saint-Denis (93210) ; la SOCIETE TMC demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision susvisée du Conseil supérieur de l'audiovisuel en date du 19 juillet 2005 ;

2°) d'annuler l'article 3-2-1 de la convention susvisée entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la société MCM ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, 4), sous le n° 286282, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 20 octobre 2005 et 20 février 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE NT1, dont le siège est 132, avenue du Président Wilson à La Plaine-Saint-Denis (93210) ; la SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE NT1 demande au Conseil d'Etat : 1°) d'annuler la décision susvisée du Conseil

supérieur de l'audiovisuel en date du 19 juillet 2005 ; 2°) d'annuler l'article 3-2-1 de la convention susvisée entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la SOCIETE MCM ; 3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, 5), sous le n° 286283, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 20 octobre 2005 et 20 février 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE RTL 9 SA et Cie SECS, dont le siège est 45 boulevard Frieden à Luxembourg (2850), Grand Duché du Luxembourg ; la SOCIETE RTL 9 SA et Cie SECS demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision susvisée du Conseil supérieur de l'audiovisuel en date du 19 juillet 2005 ;

2°) d'annuler l'article 3-2-1 de la convention susvisée entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la SOCIETE MCM ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces des dossiers ; Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; Vu le décret n° 90-66 du 17 janvier 1990 ; Vu le code de justice administrative ; Après avoir entendu en séance publique : - le rapport de M. Jean de L'Hermite, Maître des Requêtes, - les observations de la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la SOCIETE TF1, de la SOCIETE TMC, de la SOCIETE NT1, de la SOCIETE RTL 9 SA et de la SOCIETE AB, de la SCP Vier, Barthélemy, Matuchansky, avocat de la SOCIETE MCM et de la SCP Boutet, avocat de la SOCIETE NRJ TV, de la SOCIETE NRJ GROUP et de la SOCIETE NRJ12, - les conclusions de M. Terry Olson, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes susvisées sont dirigées contre la décision du 19 juillet 2005 par laquelle le Conseil supérieur de l'audiovisuel a autorisé la société MCM à utiliser une ressource radioélectrique pour l'exploitation d'un service de télévision à caractère national diffusé en clair par voie hertzienne terrestre en mode numérique dénommé « Europe 2 TV », et contre la convention annexée à cette décision ; qu'il y a lieu de les joindre pour y statuer par une seule décision ;

Sur le désistement de la société TF1 :

Considérant que la société TF1 a déclaré se désister des conclusions qu'elle avait présentées, conjointement avec la société TMC, sous le n°286273 ; que ce désistement est pur et simple ; qu'il y a lieu d'en donner acte ; Sur les fins de non recevoir opposées par la société MCM :

Considérant que la convention annexée à la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel autorisant, en application des dispositions de la loi susvisée du 30 septembre 1986, l'usage d'une ressource radioélectrique pour la diffusion d'un service de télévision n'est pas un contrat administratif distinct de cette autorisation, dont elle n'est que l'accessoire nécessaire ; que, par suite, la fin de non-recevoir tirée de ce que les requêtes susvisées seraient dirigées contre une clause non réglementaire d'un contrat ne peut, en tout état de cause, qu'être rejetée ;

Considérant que les sociétés TMC, NT1 et RTL 9 ont demandé, dans leur requête sommaire enregistrée le 20 octobre 2005, l'annulation de la décision du 19 juillet 2005 autorisant le

service Europe 2 TV ; que si, dans leur mémoire complémentaire enregistré le 20 février 2006, ces sociétés se sont bornées à solliciter l'annulation de l'article 3-2-1 de la convention fixant les obligations particulières du service, elles ont ultérieurement déclaré maintenir leurs conclusions dirigées contre l'autorisation ; que les conclusions des sociétés NRJ Group et NRJ 12 tendent à l'annulation de l'autorisation et de la convention annexées ; qu'ainsi, la société MCM n'est pas fondée à soutenir que les requêtes sont irrecevables comme tendant à l'annulation partielle d'un acte indivisible ;

Sur la légalité externe :

Considérant qu'il ressort des mentions du procès-verbal de la séance du 19 juillet 2005, au cours de laquelle a été adoptée la décision contestée, que tous les membres du conseil supérieur de l'audiovisuel ont participé à la délibération ; qu'ainsi la règle de quorum fixée par le septième alinéa de l'article 4 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée n'a pas été méconnue ;

Considérant que les délibérations par lesquelles le Conseil supérieur de l'audiovisuel se prononce sur l'octroi d'autorisations pour des services de communication audiovisuelle et sur l'approbation des conventions fixant les obligations particulières de ces services n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le moyen tiré d'une violation de la règle de publicité des audiences posée par cet article est par suite inopérant ; Considérant que le moyen tiré de ce que le dossier présenté par la société MCM à l'appui de sa candidature n'aurait pas été complet n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé ;

Sur la légalité interne :

Considérant que la décision attaquée du Conseil supérieur de l'audiovisuel autorise la société MCM à exploiter un service gratuit de télévision à dominante musicale, diffusé par voie hertzienne terrestre en mode numérique, dénommé « Europe 2 TV » ; que si les sociétés NRJ GROUP et NRJ 12 font valoir que le dossier de candidature présenté par la société MCM concernait un projet dénommé « iMCM », le changement de dénomination commerciale du projet pendant la procédure d'examen du dossier par le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'est pas de nature à entacher d'irrégularité cette procédure ni à créer un doute sur l'identité du bénéficiaire de l'autorisation litigieuse ;

Considérant qu'aux termes de l'article 28 de la loi susvisée du 30 septembre 1986 : « La délivrance des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique pour chaque nouveau service diffusé par voie hertzienne terrestre (...) 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 en demande l'autorisation. / Dans le respect de l'honnêteté et du pluralisme de l'information et des programmes et des règles générales fixées en application de la présente loi (...) cette convention fixe les règles générales applicables au service compte tenu (...) du respect de l'égalité de traitement entre les différents services et des conditions de concurrence propres à chacun d'eux (...). / La convention porte notamment sur un ou plusieurs des points suivants : 1° La durée et les caractéristiques du programme propre ... » ; qu'aux termes de l'article 3-1-1 de la convention approuvée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel et annexée à la décision attaquée, la société MCM doit s'engager à diffuser au moins 450 titres musicaux différents chaque semaine et au moins 3 000 titres musicaux différents chaque année ; que si les sociétés NRJ GROUP et NRJ 12 font valoir que le projet initial de la société MCM

prévoyait la diffusion de 700 titres différents chaque semaine, cette évolution du projet intervenue pendant la procédure d'examen du dossier devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, et qui a eu d'ailleurs pour effet de renforcer l'identité musicale du projet et la diversité des programmes concernés, ne présente pas un caractère substantiel de nature à entacher d'irrégularité la décision attaquée ;

Considérant que, contrairement à ce qui est soutenu par les requérantes, la convention relative au service Europe 2 TV définit suffisamment les caractéristiques du programme en prévoyant à l'article 1-1 que les trois quarts du temps d'antenne doivent être consacrés à des programmes musicaux et en fixant à l'article 3-1-1 des règles précises relatives au nombre de titres différents diffusés chaque semaine et chaque année et à la proportion d'oeuvres musicales d'expression originale française et émanant de nouveaux talents ; qu'ainsi, les dispositions précitées du 1° de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 n'ont pas été méconnues ; que les règles de programmation retenues n'impliquent par elles-mêmes aucune méconnaissance du principe d'égalité, non plus que des objectifs d'honnêteté et de pluralisme de l'information et des programmes mentionnés au deuxième alinéa de l'article 28 de la loi ; Mais considérant qu'aux termes de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 : « Compte tenu des missions d'intérêt général des organismes du secteur public et des différentes catégories de services de communication audiovisuelle diffusés par voie hertzienne terrestre, des décrets en Conseil d'Etat fixent les principes généraux définissant les obligations concernant : (...) 2° La diffusion, en particulier aux heures de grande écoute, de proportions au moins égales à 60% d'oeuvres cinématographiques et audiovisuelles européennes et de proportions au moins égales à 40% d'oeuvres cinématographiques et audiovisuelles d'expression originale française... » ; qu'aux termes du quatrième alinéa de l'article 14 du décret susvisé du 17 janvier 1990 pris pour l'application de ces dispositions : « (...) pour les éditeurs de services diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique (...) les conventions et cahiers des charges déterminent les heures de grande écoute en fonction de la nature de la programmation du service » ; que l'article 3-2-1 de la convention relative au service Europe 2 TV prévoit que les obligations de diffusion d'oeuvres audiovisuelles européennes et d'expression originale française « doivent également être respectées aux heures de grande écoute, soit entre 7 heures et 24 heures » ; que pour justifier l'étendue des heures de grande écoute ainsi retenues, le Conseil supérieur de l'audiovisuel fait valoir que la courbe d'audience des chaînes musicales ne subit que de faibles variations entre le début de la matinée et la fin de la soirée ; que, cependant, en se bornant à prévoir, par son article 1-1, que 75% au moins du temps d'antenne doit être consacré à des programmes musicaux, sans préciser la répartition de ces programmes dans la journée, la convention laisse à l'éditeur du service la faculté de ne programmer en soirée que des oeuvres audiovisuelles susceptibles de recueillir une plus large audience que les émissions musicales ; qu'il ressort d'ailleurs des pièces du dossier que l'éditeur fait usage de cette faculté et que l'audience de la chaîne connaît en conséquence une augmentation très marquée en fin de journée ; que, dans ces conditions, en prévoyant que les heures comprises entre 7 heures et minuit seront considérées comme des heures de grande écoute pour l'appréciation du respect des obligations de diffusion d'oeuvres audiovisuelles européennes et d'expression originale française, la convention retient une définition des heures de grande écoute manifestement inadaptée au regard des règles auxquelles elle soumet par ailleurs la programmation du service, et méconnaît par suite les dispositions précitées de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 et de l'article 14 du décret du 17 janvier 1990 ;

Considérant que, compte tenu de la nature de ses dispositions, qui ne sont pas divisibles de celles de l'ensemble de la convention, l'illégalité de l'article 3-2-1 justifie l'annulation intégrale de la convention et, par voie de conséquence, contrairement à ce que soutient le Conseil

supérieur de l'audiovisuel, celle de l'autorisation à laquelle elle est annexée ; que, toutefois, l'illégalité commise ayant seulement porté sur la définition des modalités selon lesquelles le service s'acquitterait des obligations légales de diffusion d'oeuvres audiovisuelles européennes et francophones et n'ayant pas été de nature à influencer sur le choix du projet de la société MCM, l'annulation de l'autorisation n'a pas pour conséquence nécessaire l'organisation d'une nouvelle mise en concurrence pour l'attribution de la fréquence allouée à cette société ; qu'elle permet au Conseil supérieur de l'audiovisuel, sans procéder à un nouvel appel aux candidatures, de délivrer à la société MCM, en respectant le cadre du projet de service sur lequel elle a été initialement sélectionnée, une nouvelle autorisation assortie d'une convention donnant aux heures de grande écoute une définition adéquate tenant compte de la thématique de la chaîne et des règles de programmation ; que, dans ces conditions, et compte tenu des effets excessifs d'une interruption de la diffusion du service au regard tant de l'intérêt général qui s'attache au développement de la télévision numérique terrestre que des intérêts de la société MCM, il y a lieu de différer l'effet de l'annulation jusqu'au 1er juillet 2008 ;

Considérant que la présente annulation n'implique pas nécessairement que le Conseil supérieur de l'audiovisuel prenne une décision dans un sens déterminé ; que, par suite, les conclusions des sociétés requérantes aux fins d'injonction sous astreinte doivent être rejetées ; Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat les sommes demandées par les sociétés requérantes au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ; que ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées par la société MCM relatives aux frais qu'elle a exposés pour produire des mémoires en défense ;

D E C I D E :

Article 1er :

Il est donné acte du désistement de la société TF1.

Article 2 : La décision du 19 juillet 2005 autorisant le service Europe 2 TV et la convention qui lui est annexée sont annulées. Cette annulation prendra effet le 1er juillet 2008. Une nouvelle autorisation pourra le cas échéant être délivrée à la société MCM dans les conditions indiquées par les motifs de la présente décision.

Article 3 : Le surplus des conclusions des requêtes n°s 286273, 286281, 286282 et 286283 est rejeté.

Article 4 : L'Etat versera 2 000 euros à la société TMC, 3 000 euros à la société NT1, 3 000 euros à la société RTL 9 et une somme globale de 4 500 euros aux sociétés NRJ Group et NRJ 12. Les conclusions de la société MCM tendant à l'application de l'article L. 761 - 1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE NRJ GROUP, à la SOCIETE NRJ 12, à la SOCIETE TMC, à la SOCIETE TF1, à la SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE NT1, à la SOCIETE RTL9 SA et Cie SECS, à la société MCM et au Conseil supérieur de l'audiovisuel. Copie pour information en sera adressée au ministre de la culture et de la communication et au Premier ministre.