

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Conseil d'État
5ème et 6ème chambres réunies
14 février 2018

M. Guillaume Leforestier, rapporteur
M. Nicolas Polge, rapporteur public
SCP ROCHETEAU, UZAN-SARANO, avocats

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le n° 412296, par un mémoire et un mémoire en réplique, enregistrés les 24 novembre 2017 et 24 janvier 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le Syndicat des radios indépendantes demande au Conseil d'Etat, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 et à l'appui de sa requête tendant à l'annulation de la communication du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 23 novembre 2016 sur la méthode de vérification du respect par les radios de leurs obligations de diffusion de chansons d'expression française, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du 2° bis de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ainsi que de ses articles 42 à 42-2.

2° Sous le n° 414760, par un mémoire, enregistré le 22 décembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Ouï FM demande au Conseil d'Etat, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 et à l'appui de sa requête tendant à l'annulation de la mise en demeure n° 2017-557 que le Conseil supérieur de l'audiovisuel lui a adressée le 26 juillet 2017 concernant le respect de ses obligations de diffusion de chansons d'expression française, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du 2° bis de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ainsi que de ses articles 42 à 42-2.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule et ses articles 34 et 61-1 ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;
- la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 ;
- le décret du 13 novembre 1987 portant approbation des cahiers des missions et des charges de la société Radio France et de l'Institut national de l'audiovisuel ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Guillaume Leforestier, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Nicolas Polge, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, avocat du Syndicat des radios indépendantes et de la société Ouï FM.

Vu la note en délibéré, enregistrée le 31 janvier 2018, présentée par le Syndicat des radios indépendantes ;

1. Considérant que les questions prioritaires de constitutionnalité présentées, d'une part, par le Syndicat des radios indépendantes à l'appui de sa requête tendant à l'annulation d'une communication du 23 novembre 2016 du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) relative à la méthode de vérification du respect par les radios de leurs obligations de diffusion de chansons d'expression française et, d'autre part, par la société Ouï FM à l'appui de sa requête tendant à l'annulation d'une mise en demeure de respecter ses obligations de diffusion de chansons d'expression française que le CSA lui a adressée le 26 juillet 2017 concernant les mêmes dispositions législatives ; qu'il y a lieu de statuer par une seule décision sur la transmission de ces questions au Conseil constitutionnel ;

2. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : " Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) " ; qu'il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux ;

3. Considérant que l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication subordonne la délivrance de l'autorisation d'usage de la ressource radioélectrique à tout service diffusé par voie hertzienne terrestre, autre que ceux exploités par les sociétés nationales de programme, à la conclusion d'une convention passée entre le CSA au nom de l'Etat et la personne qui demande l'autorisation ; qu'aux termes du 2° bis de cet article, cette convention porte notamment sur : " La proportion substantielle d'oeuvres musicales d'expression française ou interprétées dans une langue régionale en usage en France, qui doit atteindre un minimum de 40 % de chansons d'expression française, dont la moitié au moins provenant de nouveaux talents ou de nouvelles productions, diffusées aux heures d'écoute significative par chacun des services de radio autorisés par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, pour la part de ses programmes composée de musique de variétés./ Par dérogation, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut autoriser, pour des formats spécifiques, les proportions suivantes :/ - soit pour les radios spécialisées dans la mise en valeur du patrimoine musical : 60 % de titres francophones, dont un pourcentage de nouvelles productions pouvant aller jusqu'à 10 % du total, avec au minimum un titre par heure en moyenne ;/ - soit pour les radios spécialisées dans la promotion de jeunes talents : 35 % de titres francophones, dont 25 % au moins du total provenant de nouveaux talents ;/ - soit, pour les radios spécialisées dans la découverte musicale qui diffusent au moins mille titres

différents sur un mois donné dont la moitié au moins sont des nouvelles productions, chacun de ces titres n'étant pas diffusé plus de cent fois sur cette même période : 15 % de nouvelles productions francophones ou de nouveaux talents francophones./ Pour l'application des premier et quatrième alinéas du présent 2° bis, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut, pour les services dont les programmes musicaux constituent une proportion importante de la programmation, diminuer la proportion minimale de titres francophones, en tenant compte de l'originalité de la programmation et des engagements substantiels et quantifiés pris par la radio en matière de diversité musicale, sans que cette proportion puisse être inférieure respectivement à 35 % et 30 %. Ces engagements, applicables à l'ensemble de la programmation musicale du service aux heures d'écoute significative, portent sur le taux de nouvelles productions, qui ne peut être inférieur à 45 %, le nombre de rediffusions d'un même titre, qui ne peut être supérieur à cent cinquante par mois, ainsi que sur le nombre de titres et d'artistes diffusés et sur la diversité des producteurs de phonogrammes. Les modalités de ces engagements sont fixées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans une délibération prise après consultation publique./ Dans l'hypothèse où plus de la moitié du total des diffusions d'oeuvres musicales d'expression française ou interprétées dans une langue régionale en usage en France se concentre sur les dix oeuvres musicales d'expression française ou interprétées dans une langue régionale en usage en France les plus programmées par un service, les diffusions intervenant au-delà de ce seuil ou n'intervenant pas à des heures d'écoute significative ne sont pas prises en compte pour le respect des proportions fixées par la convention pour l'application du présent 2° bis " ; que ces dispositions sont applicables aux litiges et n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par les requérants doit être regardée comme étant dirigée uniquement contre ces dispositions, à l'exclusion de celles des articles 42 à 42-2 de la même loi relatives aux pouvoirs de sanction du CSA qui, si elles sont également mentionnées par le SIRTI et la société Ouï FM, ne font l'objet d'aucun moyen tiré de ce qu'elles porteraient atteinte par elles-mêmes aux droits et libertés garantis par la Constitution et qui ne forment pas avec les dispositions du 2° bis de l'article 28 un ensemble indivisible ;

Sur la méconnaissance du principe d'égalité :

4. Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;
5. Considérant que les éditeurs de services de radio par voie hertzienne terrestre sont titulaires d'autorisations d'usage de la ressource radioélectrique délivrées à l'issue de procédures d'appel à candidatures ; que le législateur a subordonné la délivrance de ces autorisations à la signature de conventions prévoyant le respect par leurs titulaires de certaines obligations, parmi lesquelles doit figurer la diffusion d'une proportion substantielle d'oeuvres musicales d'expression française ou interprétées dans une langue régionale en usage en France ; que cette obligation constitue un élément de politique culturelle défini par le législateur dans l'intérêt général et ayant pour but d'assurer à la fois la défense et la promotion de la langue française et des langues de France et le renouvellement du patrimoine musical francophone ;
6. Considérant que la société nationale de programme Radio France assume des missions de service public et est, à ce titre, soumise à un ensemble d'obligations, définies notamment par l'article 43-11 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, plus

large que celui qui doit figurer dans les conventions mentionnées au point précédent ; que cette société est ainsi placée dans une situation différente de celle des éditeurs de services de radio privés titulaires d'une autorisation d'émission ; qu'eu égard à cette différence de situation, en prévoyant, par les dispositions des articles 43-11 et 44 de la loi du 30 septembre 1986, que les obligations de Radio France en matière de promotion du patrimoine musical francophone, consistant en " la promotion de la langue française et, le cas échéant, des langues régionales " et en la mise en valeur de " la diversité du patrimoine culturel et linguistique de la France ", seraient précisées dans son cahier des charges au même titre que ses autres obligations de service public, sans lui rendre applicables les dispositions contestées du 2° bis de l'article 28 de la loi, le législateur a instauré une différence de traitement en rapport direct avec l'objet de la loi et n'a, ainsi, pas porté atteinte au principe d'égalité ;

7. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit au point 5, les éditeurs de services de radio par voie hertzienne terrestre sont titulaires d'autorisations d'usage de la ressource radioélectrique délivrées à titre gratuit ; qu'il ressort des pièces du dossier que l'usage de cette ressource rare leur assure une audience significativement plus importante que celle dont bénéficient les éditeurs de services de musique en flux (" streaming ") sur internet ; qu'il existe au demeurant, entre les services de musique en flux sur internet et les services de radio, définis à l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 comme " tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des sons ", une différence de nature tenant à l'absence de tout contrôle par l'auditeur d'un service de radio du contenu des programmes diffusés et de toute interactivité immédiate entre cet auditeur et ces programmes ; qu'eu égard à cette différence de situation, le législateur a, en imposant des quotas de diffusion de musique francophone aux seuls éditeurs de services de radio par voie hertzienne terrestre, établi entre ces derniers et les éditeurs de services de musique en flux une différence de traitement en rapport direct avec l'objet de la loi ; qu'il n'a, par suite, pas méconnu le principe d'égalité ;

8. Considérant que si le syndicat requérant allègue que le CSA fait une application " stigmatisante " et discriminatoire des dispositions contestées, cette circonstance, à la supposer établie, est sans incidence sur l'appréciation du caractère sérieux de la question posée ;

Sur l'incompétence négative du législateur et la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines :

9. Considérant que les obligations de diffusion de chansons francophones imposées par les dispositions contestées sont définies en proportion de la part des programmes de radio constituée de " musique de variétés " ; que le syndicat et la société requérants soutiennent que le législateur a méconnu sa compétence en s'abstenant de définir la notion de " musique de variétés " et que cette méconnaissance contrevient au principe de légalité des délits et des peines, en ce qu'elle conduit le CSA à exercer le pouvoir de mise en demeure et de sanction qu'il tient des articles 42, 42-1 et 42-2 de la loi du 30 septembre 1986 de manière arbitraire et à raison de manquements mal définis ;

10. Considérant, en premier lieu, qu'en employant les termes de " musique de variétés ", le législateur s'est référé à une notion commune et d'usage courant désignant l'ensemble de la chanson populaire et de divertissement accessible à un large public, par opposition, notamment, à l'art lyrique et au chant du répertoire savant ; que le législateur n'est ainsi pas resté en deçà de sa compétence en ne définissant pas davantage cette notion, dont il appartient

au CSA de préciser, le cas échéant, la portée, sous le contrôle du juge ;

11. Considérant, en second lieu, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soit notamment respecté le principe de légalité des délits et des peines ; que cette exigence ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend 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 judiciaire ; que, toutefois, appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements ; que, s'agissant spécifiquement des pouvoirs de sanction conférés par le législateur au CSA, le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 se prononçant sur la conformité à la Constitution du texte adopté par le Parlement et qui allait devenir la loi du 17 janvier 1989 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, a estimé que ces pouvoirs ne sont susceptibles de s'exercer, quant à eux, qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation de services de communication audiovisuelle de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires, et faute pour les intéressés de respecter ces obligations ou de se conformer aux mises en demeure qui leur ont été adressées ; que c'est sous réserve de cette interprétation que les articles en cause ont été déclarés conformes à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 août 1789 et à l'article 34 de la Constitution ; que cette réserve d'interprétation, portant sur les pouvoirs de sanction du CSA, assure notamment le respect du principe de légalité des délits et des peines, consacré par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ; que le CSA ne peut, ainsi, prononcer une sanction contre le titulaire d'une autorisation qu'en cas de réitération d'un comportement ayant fait auparavant l'objet d'une mise en demeure par laquelle il a été au besoin éclairé sur ses obligations et qu'il est en mesure de contester ; que, s'agissant des obligations de diffusion de chansons francophones imposées par les dispositions législatives contestées, une telle mise en demeure est de nature à éclairer les éditeurs de services de radio sur la portée que le CSA donne à la notion de musique de variétés ; qu'ainsi le législateur n'a pas méconnu le principe de légalité des délits et des peines en s'abstenant de définir plus avant cette notion ;

Sur l'atteinte disproportionnée à la liberté de communication, à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété :

12. Considérant que les éditeurs de services de radio par voie hertzienne terrestre n'exercent un droit de propriété ni sur la ressource radioélectrique qui leur est affectée, ni sur les autorisations d'usage de cette ressource qui leur sont délivrées par le CSA ; que, par suite, le syndicat requérant ne saurait utilement soutenir que les dispositions contestées portent à ce droit une atteinte disproportionnée ;

13. Considérant qu'il est également soutenu que les dispositions contestées porteraient une atteinte disproportionnée à la liberté de communication et à la liberté d'entreprendre, en ce qu'elles prévoient, lors de la vérification du respect des quotas, un plafond dans la prise en compte des dix oeuvres les plus diffusées par le service considéré, conduisant selon l'un des requérants à une majoration de fait des quotas prévus par la loi ; que ces dispositions visent toutefois à éviter la concentration de la programmation musicale sur un nombre restreint de titres et n'ont en elles-mêmes ni pour objet, ni pour effet de faire peser sur les éditeurs de services une obligation accrue de diffusion de chansons d'expression française ; que le 2° bis de l'article 28 institue au demeurant plusieurs régimes dérogatoires prévoyant un quota de

diffusion allégé en faveur des radios spécialisées dans la promotion de jeunes talents ou dans la découverte musicale et ouvre au CSA la faculté de diminuer la proportion minimale de titres francophones pour les services dont les programmes musicaux constituent une proportion importante de la programmation, en tenant compte de l'originalité de cette programmation et des engagements substantiels et quantifiés pris par la radio en matière de diversité musicale ; qu'il suit de là que les dispositions contestées ne portent pas à la liberté de communication et à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur ;

14. Considérant qu'il résulte de ce tout qui précède que les questions soulevées, qui ne sont pas nouvelles, ne présentent pas un caractère sérieux ; qu'il n'y a pas lieu, dès lors, de les renvoyer au Conseil constitutionnel ;

D E C I D E :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées par le Syndicat des radios indépendantes et la société Ouï FM.

Article 2 : La présente décision sera notifiée au Syndicat des radios indépendantes, à la société Ouï FM et au Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Copie en sera adressée au Conseil constitutionnel, au Premier ministre et à la ministre de la culture.