

CONSEIL D'ETAT

Section des référés

16 février 2010

M. Martin, président

M. Philippe Martin, rapporteur

SCP COUTARD, MAYER, MUNIER-APAIRE ; SCP PEIGNOT, GARREAU ; SCP

PIWNICA, MOLINIE, avocats

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu la requête, enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 6 janvier 2010, présentée pour la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, dont le siège est situé 1, place du Spectacle à Issy-les-Moulineaux (92863), représentée par son président ; elle demande au juge des référés du Conseil d'Etat :

1°) d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de la décision n° 09-835 du 17 décembre 2009 du Conseil supérieur de l'audiovisuel relative à un différend opposant la société BFM TV et la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION ;

2°) d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision n° 09-836 du 17 décembre 2009 du Conseil supérieur de l'audiovisuel relative à un différend opposant la société NRJ 12 et la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 10 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient qu'elle a intérêt à agir et que sa requête est recevable ; qu'en effet, il lui est possible d'attaquer deux décisions distinctes mais portant sur une situation juridique identique et ce, dans une même requête ; que l'urgence est caractérisée dès lors que les décisions contestées ont une incidence pratique importante sur la société requérante puisqu'un nouveau plan de services doit être défini avant le 1er mars 2010 et mis en application avant le 29 avril 2010 ; que les décisions contestées préjudicient de manière grave et immédiate aux intérêts des téléspectateurs, des chaînes du service public, des autres chaînes de la programmation CanalSat ainsi que des chaînes éditées par le Groupe Canal + ; qu'il existe un doute sérieux sur la légalité des décisions contestées dans la mesure où, en premier lieu, elles sont entachées d'une erreur de droit en ce que le CSA a recherché l'intention du législateur dans les travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2009, alors même que les dispositions de cette loi sont claires et n'imposent pas au distributeur l'obligation de respecter intégralement la numérotation retenue par le CSA, pour la totalité des 18 chaînes de la TNT, en début de programmation ; qu'en deuxième lieu, l'interprétation des travaux préparatoires retenue par le CSA est entachée d'une erreur de droit dès lors qu'il ne ressort pas des débats parlementaires que le législateur ait souhaité imposer une telle obligation au distributeur ; qu'en troisième lieu, le principe de non-discrimination tel qu'interprété par le CSA est contraire à la volonté du législateur ; qu'en quatrième lieu, il est possible d'instaurer une distinction entre les chaînes historiques et les

nouvelles chaînes de la TNT dès lors que cela se justifie par une différence objective de situation ; qu'en cinquième lieu, les nouvelles obligations imposées aux distributeurs contreviennent aux principes constitutionnels de liberté de communication et de liberté du commerce et de l'industrie ; qu'enfin, le CSA est incompétent pour prendre de telles décisions dès lors qu'elles contiennent des dispositions de nature réglementaire relatives à la structure des plans de services ;

Vu les décisions dont la suspension est demandée ;

Vu la copie de la requête en annulation présentée par la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION ;

Vu l'intervention, enregistrée le 19 janvier 2010, présentée par l'association des chaînes conventionnées éditrices de services, dont le siège est situé 17, rue de l'amiral Hamelin à Paris (75116), représentée par son président ; l'association des chaînes conventionnées éditrices de services demande que le Conseil d'Etat fasse droit aux conclusions de la requête de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, par les mêmes moyens ; elle soutient, en outre, que les décisions contestées vont à l'encontre des intérêts des téléspectateurs en ce qu'ils ont fait le choix d'une offre élargie et qu'ils ont l'habitude des chaînes thématiques ; qu'elles vont à l'encontre des intérêts économiques des chaînes thématiques puisque le classement logique diminuerait l'audience de ces chaînes, ce qui aboutirait à une baisse importante de leurs ressources publicitaires ;

Vu l'intervention, enregistrée le 28 janvier 2010, présentée par la SAS NBC Universal Global Networks France, dont le siège est situé 46, quai Alphonse Le Gallo à Boulogne Billancourt (92100), représentée par sa présidente ; la SAS NBC Universal Global Networks France demande que le Conseil d'Etat fasse droit aux conclusions de la requête de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, par les mêmes moyens ; elle soutient, en outre, que les décisions contestées vont à l'encontre des intérêts des abonnés à la chaîne 13ème Rue en ce qu'ils ont fait le choix d'une offre élargie et qu'ils ont l'habitude des chaînes thématiques ; qu'elles vont à l'encontre des intérêts économiques de la SAS NBC Universal Global Networks France puisque le classement logique diminuerait l'audience des chaînes thématiques et partant, de la chaîne 13ème Rue, ce qui aboutirait à une baisse importante de ses ressources publicitaires ;

Vu l'intervention, enregistrée le 29 janvier 2010, présentée par la SAS Pink TV, dont le siège est situé 20, rue de Turenne à Paris (75004), représentée par son président ; la SAS Pink TV demande que le Conseil d'Etat fasse droit aux conclusions de la requête de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, par les mêmes moyens ; elle soutient, en outre, que les décisions contestées vont à l'encontre des intérêts des abonnés à la chaîne Pink TV en ce qu'ils ont fait le choix d'une offre élargie et qu'ils ont l'habitude des chaînes thématiques ; qu'elles vont à l'encontre des intérêts économiques de la SAS Pink TV puisque le classement logique diminuerait l'audience des chaînes thématiques et partant, de la chaîne Pink TV, ce qui aboutirait à une baisse importante de ses ressources publicitaires ;

Vu l'intervention, enregistrée le 1er février 2010, présentée par la SAS Game One, dont le siège est situé 22, rue Jacques Dulud à Neuilly-sur-Seine (92521), représentée par son président ; la SAS Game One demande que le Conseil d'Etat fasse droit aux conclusions de la requête de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, par les mêmes moyens ; elle soutient, en outre, que les décisions contestées vont à l'encontre des intérêts des abonnés à la chaîne

Game One en ce qu'ils ont fait le choix d'une offre élargie et qu'ils ont l'habitude des chaînes thématiques ; qu'elles vont à l'encontre des intérêts économiques de la SAS Game One puisque le classement logique diminuerait l'audience des chaînes thématiques et partant, de la chaîne Game One, ce qui aboutirait à une baisse importante de ses ressources publicitaires ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 1er février 2010, présenté par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui conclut au rejet de la requête ; il soutient que l'urgence n'est pas constatée dès lors que la société requérante ne prouve pas l'existence d'un préjudice grave et immédiat à ses intérêts propres, à ceux des téléspectateurs, des chaînes du service public, des autres chaînes de Canalsat et des chaînes du groupe Canal +, dès lors notamment qu'elle modifie fréquemment et rapidement son plan de services, ce qui produit les mêmes effets que la mise en oeuvre des décisions contestées ; qu'en outre, il n'existe pas de doute sérieux sur la légalité des décisions contestées ; que la nécessité de rechercher l'intention du législateur découle du manque de clarté des dispositions de loi du 5 mars 2009 sur les conséquences d'un respect partiel de la numérotation logique ; qu'à la lecture des débats parlementaires, il ressort clairement que le législateur souhaitait interdire aux distributeurs de structurer leur offre de services dans le respect de la numérotation logique au profit des seules chaînes historiques ; que les libertés de communication et du commerce et de l'industrie peuvent subir des limitations lorsqu'elles doivent être conciliées avec le principe d'égalité ; que la constitutionnalité de la loi ne saurait, en l'état actuel du droit, être contestée ; que le moyen tiré de l'incompétence du CSA est mal fondé en ce que les injonctions formulées ne concernent que la société requérante ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 2 février 2010, présenté pour la société BFM TV, qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION la somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle soutient que, littéralement, la loi du 5 mars 2009 interdit un respect partiel de la numérotation logique ; que cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires ; qu'un traitement distinct entre les chaînes historiques et les autres chaînes de la TNT n'est pas justifiable puisqu'elles ont les mêmes droits et obligations ; qu'une telle différence de traitement méconnaît la volonté du législateur ; que la limitation apportée aux libertés de communication et du commerce et de l'industrie résulte de la volonté du législateur et est proportionnée aux objectifs d'intérêt général poursuivis ; que le moyen d'incompétence n'est pas fondé car l'injonction faite à la société requérante de modifier son plan de services a nécessairement pour conséquence la mise en conformité de ce plan avec la législation pour l'ensemble des chaînes de la TNT ; que l'urgence ne peut être constatée puisque la société requérante ne justifie pas d'un préjudice grave ; qu'il n'est pas justifié que les décisions contestées porteraient atteinte aux intérêts des téléspectateurs, des chaînes du service public ou des chaînes du groupe Canal + ; que l'intérêt des chaînes de la TNT à l'exécution des décisions contestées doit être pris en compte au titre de l'urgence ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 2 février 2010, présenté pour la société NRJ 12, qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION la somme de 7 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle soutient que les décisions contestées n'entraînent pas de préjudice grave et immédiat pour la société requérante, pour les abonnés de Canalsat, pour les chaînes du service public ou pour les chaînes payantes de l'offre Canalsat, y compris les chaînes du groupe Canal + ; que les intérêts de la société NRJ 12 ainsi que l'intérêt public tiré de la concurrence effective, du développement de la TNT et de l'offre proposée aux téléspectateurs justifient l'urgence de l'exécution des décisions contestées ; qu'en outre, il

n'existe pas de doute sérieux sur la légalité des décisions contestées ; que, littéralement, la loi du 5 mars 2009 implique que l'option pour les distributeurs de placer les chaînes de la TNT en début de centaine n'est ouverte que s'ils ne respectent pas la numérotation logique, c'est-à-dire lorsqu'aucune des chaînes de la TNT n'est placée sur son numéro logique ; que les travaux préparatoires confirment l'interprétation donnée par le CSA ; que le CSA, en appliquant exactement la loi, n'a pu faire une application erronée du principe de non-discrimination ; qu'il n'existe pas de différence pertinente entre les chaînes historiques et les autres chaînes de la TNT ; que les décisions contestées n'apportent pas de limitation manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre ou à la liberté de communication ; que la constitutionnalité de la loi ne peut, en l'état actuel du droit, être contestée ; que le CSA n'a pas outrepassé sa compétence car il était tenu de préciser les conditions d'une numérotation non discriminatoire pour régler le différend qui lui était soumis ;

Vu l'intervention, enregistrée le 2 février 2010, présentée par la SAS L'Equipe 24/24, dont le siège est situé 145, rue Jean-Jacques Rousseau à Issy-les-Moulineaux (92138), représentée par son président directeur général ; la SAS L'Equipe 24/24 demande que le Conseil d'Etat fasse droit aux conclusions de la requête de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, par les mêmes moyens ; elle soutient, en outre, que les décisions contestées vont à l'encontre des intérêts des abonnés à la chaîne L'Equipe TV en ce qu'ils ont fait le choix d'une offre élargie et qu'ils ont l'habitude des chaînes thématiques ; qu'elles vont à l'encontre des intérêts économiques de la SAS L'Equipe 24/24 puisque le classement logique diminuerait l'audience des chaînes thématiques et partant, de la chaîne L'Equipe TV, ce qui aboutirait à une baisse importante de ses ressources publicitaires ;

Vu l'intervention, enregistrée le 4 février 2010, présentée par la SAS Voyage, dont le siège est situé 241, boulevard Péreire à Paris (75017), représentée par son président ; la SAS Voyage demande que le Conseil d'Etat fasse droit aux conclusions de la requête de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, par les mêmes moyens ; elle soutient, en outre, que les décisions contestées vont à l'encontre des intérêts des abonnés à la chaîne Voyage en ce qu'ils ont fait le choix d'une offre élargie et qu'ils ont l'habitude des chaînes thématiques ; qu'elles vont à l'encontre des intérêts économiques de la SAS Voyage puisque le classement logique diminuerait l'audience des chaînes thématiques et partant, de la chaîne Voyage, ce qui aboutirait à une baisse importante de ses ressources publicitaires ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 5 février 2010, présenté pour la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, qui reprend les conclusions de sa requête et les mêmes moyens ; elle soutient en outre qu'il n'y a pas d'intérêt public à exécuter une décision gravement illégale ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée notamment par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION et, d'autre part, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la société BFM TV et la société NRJ 12 ;

Vu le procès-verbal de l'audience du 8 février 2010 à 10 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- Me Coutard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION ;
- les représentants de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION ;
- les représentants du Conseil supérieur de l'audiovisuel ;
- Me Molinié, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la société BFM TV ;
- les représentants de la société BFM TV ;
- Me Garreau, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la société NRJ 12 ;
- les représentants de la société NRJ 12 ;
- le représentant de la SAS L'Equipe 24/24 ;
- le représentant de la SAS Voyage ;

à l'issue de laquelle l'instruction a été close ;

Vu l'intervention, enregistrée le 11 février 2010, présentée par la société Numericable ;

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ;

Considérant que l'article 18 de la loi du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision a ajouté à l'article 34-4 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication un second alinéa ainsi rédigé : Les distributeurs de services dont l'offre de programmes comprend l'ensemble des services nationaux de télévision en clair diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique, s'ils ne respectent pas la numérotation logique définie par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour la télévision numérique terrestre, doivent assurer une reprise de ces services en respectant l'ordre de cette numérotation. Dans ce cas, la numérotation doit commencer à partir d'un nombre entier suivant immédiatement un multiple de cent, sans préjudice de la reprise de ces services dans l'ensemble thématique auquel ils appartiennent ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION exploite une offre commerciale de chaînes dénommée Canalsat, distribuée en mode numérique par satellite ou ADSL ; qu'elle intègre à son offre l'ensemble des 18 chaînes sélectionnées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour une diffusion en clair par voie hertzienne terrestre en mode numérique ; que ces chaînes de la télévision numérique terrestre

gratuite ont été classées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel selon une numérotation logique de 1 à 18 ; que l'offre Canalsat regroupe aux numéros 1 à 7 les sept chaînes historiques de la télévision numérique terrestre, c'est-à-dire celles qui étaient diffusées au niveau national par voie hertzienne terrestre en mode analogique ; que les autres chaînes de la télévision numérique terrestre sont présentées dans l'offre Canalsat, non pas aux numéros 8 à 18, mais d'une part dans divers ensembles thématiques et d'autre part dans un ensemble dédié à la TNT gratuite situé aux numéros 301 à 318 ;

Considérant que les sociétés NRJ 12 et BFM TV, qui occupent respectivement les numéros 12 et 15 dans la numérotation logique de la télévision numérique terrestre établie par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, ont saisi ce conseil, en application de l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986, d'un différend les opposant à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION à la suite du refus de cette dernière de leur attribuer ces numéros dans l'offre Canalsat ; que par les décisions n° 09-835 et n° 09-836 du 17 décembre 2009, rendues respectivement sur les demandes des sociétés BFM TV et NRJ 12, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a enjoint à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION d'établir un plan de services de l'offre Canalsat assurant une numérotation des services NRJ 12 et BFM TV conforme aux dispositions des articles 3-1 et 34-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et d'attribuer à ces sociétés, sauf à justifier d'un critère de numérotation conforme à ces dispositions qui permettrait un autre positionnement, les numéros 12 et 15 ; que la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION demande la suspension de ces décisions ;

Sur les interventions des sociétés NBC Universal Global Networks France, Voyage, L'Equipe 24/24, Game One, et Pink TV et de l'association des chaînes conventionnées éditrices de services :

Considérant que si ces sociétés exploitent des services dans l'offre Canalsat, respectivement sous les numéros 20, 67, 83, 139 et 228 et pourraient éventuellement être affectées par un nouveau plan de numérotation, elles ne justifient pas, le contentieux des règlements de différends par le Conseil supérieur de l'audiovisuel relevant de la pleine juridiction, d'un droit auquel la décision à rendre est susceptible de préjudicier ; que par suite leurs interventions ne sont pas recevables ; qu'il en est de même de l'intervention de l'association des chaînes conventionnées éditrices de services ;

Sur les conclusions à fin de suspension :

Considérant, d'une part, que les décisions contestées du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont fondées sur une interprétation de l'article 18 de la loi du 5 mars 2009, formulée par le conseil en ayant recours aux travaux préparatoires de cet article dans la mesure où, selon le conseil, le texte ne précise pas les conséquences d'un respect partiel de la numérotation logique de 1 à 18, et dont il résulterait que le législateur aurait entendu interdire aux distributeurs de structurer leur offre de services dans le respect partiel de la numérotation logique et au profit des seules chaînes historiques ; que la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION soutient que cette interprétation est entachée d'erreur de droit dès lors que le texte même de l'article 18 de la loi du 5 mars 2009 se borne à prévoir qu'à défaut d'un respect de la numérotation logique par les distributeurs, c'est-à-dire si ces derniers ne reprennent pas aux numéros 1 à 18 la séquence des chaînes de la télévision numérique terrestre, ils ont pour obligation de réserver à ces chaînes un ensemble homogène respectant cette séquence et placé juste après un multiple de 100 ; que ce moyen paraît, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité des décisions contestées ;

Considérant, d'autre part, que les décisions contestées en date du 17 décembre 2009 enjoignent à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION de communiquer le nouveau plan de services au Conseil supérieur de l'audiovisuel dans un délai de deux mois à compter de la notification de ces décisions et de le mettre en application effective au plus tard à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la même date ; qu'il est constant que la première échéance est le 1er mars 2010 ; que dans les circonstances particulières de l'espèce, le risque de perturbations successives dans le plan de services de l'offre Canalsat est susceptible de comporter des conséquences graves pour le distributeur de ces services et pour les téléspectateurs ; que les décisions contestées sont donc de nature à créer une situation d'urgence ; que n'y fait pas obstacle la circonstance que la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION a pu dans le passé procéder spontanément à des modifications ponctuelles de la numérotation des services de l'offre Canalsat ; que l'intérêt des bénéficiaires des décisions contestées, sur la légalité desquelles un doute sérieux existe, ne peut être pris en compte au titre de l'urgence ; qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'un intérêt public soit de nature à rendre urgente l'exécution des décisions contestées, dans la mesure notamment où il n'est pas démontré qu'une atteinte serait portée, par la numérotation actuelle Canalsat, à l'égalité de traitement entre éditeurs de services de télévision ou à la concurrence, les décisions contestées reposant sur l'interprétation de l'article 18 de la loi du 5 mars 2009 et non sur une analyse des situations respectives des différents éditeurs ;

Considérant que les conditions posées par l'article L. 521-1 du code de justice administrative étant remplies, il y a lieu de suspendre l'exécution des décisions contestées jusqu'au jugement de l'affaire au fond ;

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 faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'Etat une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION et non compris dans les dépens ; que ces dispositions font en revanche obstacle à ce que soient mises à la charge de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION les sommes demandées au même titre par les sociétés NRJ 12 et BFM TV ;

O R D O N N E :

Article 1er : Les interventions des sociétés NBC Universal Global Networks France, Voyage, L'Equipe 24/24, Game One, et Pink TV et de l'association des chaînes conventionnées éditrices de services ne sont pas admises.

Article 2 : L'exécution des décisions n° 09-835 et n° 09-836 du Conseil supérieur de l'audiovisuel en date du 17 décembre 2009 est suspendue.

Article 3 : L'Etat versera la somme de 3 000 euros à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions des sociétés NRJ 12 et BFM TV tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, au Conseil supérieur de l'audiovisuel, à la société NRJ 12, à la société BFM TV, à la société NBC Universal Global Networks France, à la société Voyage, à la société L'Equipe 24/24, à la société Game One, à la société Pink TV et à l'association des chaînes conventionnées éditrices de services.