

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

CONSEIL D'ETAT

4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> sous sections, 9 juillet 2010

Affaire n° 335336

M. Arrighi de Casanova, président

M. Philippe Ranquet, rapporteur

SCP COUTARD

Vu la requête, enregistrée le 6 janvier 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, dont le siège est 1 place du Spectacle à Issy Les Moulineaux (92863) ; la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les décisions du 17 décembre 2009 du Conseil supérieur de l'audiovisuel relatives à des différends l'opposant aux sociétés NRJ 12 et BFM TV ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, modifiée notamment par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 et par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Philippe Ranquet, Auditeur,

- les observations de la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société BFM TV et de la SCP Peignot, Garreau, avocat de la société NRJ 12 ;

- les conclusions de M. Jean-Philippe Thiellay, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société BFM TV et à la SCP Peignot, Garreau, avocat de la société NRJ 12 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, introduit par la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle : Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut être saisi par un éditeur ou par un distributeur de services, par une des personnes mentionnées à l'article 95 ou par un prestataire auquel ces personnes recourent, de tout différend relatif à la distribution d'un service de radio ou de télévision, y compris aux conditions techniques et financières de mise à disposition du public de ce service, lorsque ce différend est susceptible de porter atteinte au caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes, ou lorsque ce différend porte sur le caractère objectif, équitable et non discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes ou des relations contractuelles entre un éditeur et un distributeur de services. / (...) La décision du conseil précise les conditions permettant d'assurer le respect des obligations et des principes mentionnés au premier alinéa. Le cas échéant, le conseil modifie en conséquence les autorisations délivrées. (...) ; qu'en vertu de l'article 42-8 de la même loi, les éditeurs et les distributeurs de services de communication audiovisuelle peuvent former un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat contre les décisions prises en application de l'article 17-1 ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que les sociétés NRJ 12 et BFM TV, éditrices de services de télévision, ont saisi le Conseil supérieur de l'audiovisuel de demandes tendant au règlement de différends les opposant à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION et relatifs à la numérotation des chaînes sur le plan de services de l'offre Canalsat, que cette dernière distribue sur des réseaux n'utilisant pas de fréquences assignées par l'autorité de régulation ; que leurs demandes tendaient, à titre principal, à ce que les services du même nom qu'elles éditent, par ailleurs bénéficiaires d'une autorisation de diffusion en clair par la voie hertzienne terrestre en mode numérique, se voient attribuer sur le plan de services le numéro logique défini par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour leur diffusion par la voie hertzienne, soit respectivement le numéro 12 et le numéro 15 ; qu'à titre subsidiaire, la société NRJ 12 demandait que la chaîne du même nom soit rattachée dans le plan de services à la même thématique que les grandes chaînes généralistes et la société BFM TV que la chaîne du même nom se voie attribuer, au sein de la thématique information , un numéro immédiatement voisin de ceux attribués aux chaînes i-Télé et LCI ; que par les deux décisions du 17 décembre 2009 contre lesquelles la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION forme le recours de pleine juridiction prévu à l'article 42-8 de la loi du 30 septembre 1986, le Conseil supérieur de l'audiovisuel lui a enjoint d'attribuer, dans le plan de services de l'offre Canalsat, leur numéro logique aux deux chaînes en cause, sauf à justifier d'un critère de numérotation conforme aux dispositions législatives qui permettrait un autre positionnement, le plan ne devant en outre comporter aucune discrimination, pour les numéros 1 à 18, entre les chaînes nationales diffusées sur la télévision numérique terrestre selon qu'elles étaient ou non diffusées auparavant en mode analogique ; qu'il a en revanche estimé ne plus avoir à se prononcer sur la demande subsidiaire de la société NRJ 12 et rejeté la demande subsidiaire de la société BFM TV ;

Sur les interventions :

Considérant que si les SAS NBC Universal Global Networks France, Voyage, L'Equipe 24/24, Game One et Pink TV éditent des services de télévision distribués dans l'offre Canalsat, le règlement du différend opposant les sociétés NRJ 12 et BFM TV à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION n'est, eu égard aux numéros qu'occupent ces services dans le plan, pas de nature à les affecter directement dans des conditions leur donnant intérêt à intervenir dans le présent litige ; que ne justifient pas davantage d'un tel intérêt l'association des chaînes conventionnées éditrices de services et la société NC Numericable ; que, par suite, leurs interventions ne sont pas recevables ;

Sur la requête de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION :

Considérant que, selon les éditeurs de services qui ont saisi le Conseil supérieur de l'audiovisuel du différend, le plan de services de l'offre Canalsat n'est pas conforme aux obligations légales pesant sur les distributeurs dans la mesure où les chaînes de la télévision numérique terrestre dites historiques, c'est-à-dire les services nationaux également diffusés par la voie hertzienne terrestre en mode analogique, s'y voient attribuer les numéros logiques de 1 à 7 définis par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour leur diffusion par la voie hertzienne, tandis que pour les autres chaînes de la télévision numérique terrestre, dont celles qu'elles exploitent, il ne reprend pas la séquence des numéros logiques de 8 à 18 définie dans les mêmes conditions ;

Considérant qu'aux termes de l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 : Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (...) veille au caractère équitable, transparent, homogène et non discriminatoire de la numérotation des services de télévision dans les offres de programmes des distributeurs de services. / (...) Le conseil peut adresser aux éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle des recommandations relatives au respect des principes énoncés dans la présente loi. (...) ; 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 complété l'article 34-4 de la loi du 30 septembre 1986 par un second alinéa aux termes duquel : 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 que ces dernières dispositions prescrivent aux distributeurs concernés, soit d'attribuer à l'ensemble des chaînes nationales également diffusées en clair par la voie hertzienne terrestre en mode numérique le numéro logique défini par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour leur diffusion par cette voie, soit d'en assurer la reprise sur leur plan de services, dans l'ordre de la numérotation logique, en commençant à partir d'un nombre entier

suivant immédiatement un multiple de cent, tout en conservant la faculté de les reprendre à d'autres emplacements de leur plan de services, déterminés en fonction de l'ensemble thématique auquel chacune appartient, de l'ordre de ces ensembles dans le plan de services et de l'ordre des chaînes au sein de cet ensemble ; que dans l'hypothèse où un distributeur opérerait pour la seconde de ces possibilités, les mêmes dispositions ne font pas obstacle à ce que le numéro qu'il attribue à ces chaînes dans la partie de son plan de services organisée par thématiques se trouve être, pour certaines, identique à leur numéro logique et, pour d'autres, différent de ce numéro ; qu'il incombe alors seulement au distributeur, en vertu des dispositions précitées de l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986, de définir les thématiques de son plan de services, leur ordonnancement et celui des chaînes appartenant à une même thématique selon des critères équitables, transparents, homogènes et non discriminatoires, le cas échéant en se conformant aux recommandations du Conseil supérieur de l'audiovisuel relatives au respect de ces dispositions ;

Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction que le plan de services de l'offre Canalsat exploitée par la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, laquelle comprend l'ensemble des services nationaux diffusés en clair de la télévision numérique terrestre, comporte un bloc TNT où ces chaînes se voient attribuer chacune son numéro logique augmenté de trois centaines ; que, dès lors, la circonstance que les chaînes dites historiques soient également reprises dans ce même plan de services à l'emplacement correspondant à leur numéro logique n'impose pas par elle-même au distributeur d'attribuer aux chaînes NRJ 12 et BFM TV leur numéro logique ;

Considérant, d'autre part, que l'organisation par thématiques du plan de services, qu'il est loisible au distributeur de choisir sous les conditions mentionnées ci-dessus, implique que les services soient regroupés dans des ensembles homogènes correspondant à leur programmation ; qu'eu égard à la diversité du format de leurs programmes, il ne saurait être soutenu que toutes les chaînes de la télévision numérique terrestre se trouvent dans une même situation ; qu'ainsi, quelles que soient les similitudes existant entre ces chaînes quant à leur audience, aux obligations légales pesant sur elles et, pour les services privés diffusés en clair, quant à leur mode de financement qui les place en concurrence sur le marché publicitaire, la circonstance que par l'effet de l'organisation par thématiques, certaines seulement se voient attribuer un numéro identique à leur numéro logique ne caractérise pas davantage, par elle-même, une discrimination prohibée par les dispositions de l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en déduisant des dispositions législatives précitées que la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION devait soit attribuer leur numéro logique aux chaînes concernées par le différend, soit attribuer également aux chaînes dites historiques un numéro autre que leur numéro logique, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a commis une erreur de droit ; que la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION est, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, fondée à demander la réformation de ses décisions dans la mesure où elles font droit aux demandes principales des sociétés NRJ 12 et BFM TV ;

Sur les demandes présentées à titre subsidiaire par les sociétés NRJ 12 et BFM TV dans le cadre de la procédure de règlement de différend :

Considérant qu'il y a lieu pour le Conseil d'Etat, statuant sur un recours de pleine juridiction à l'encontre d'une décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel prise sur le fondement de l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986, de régler dans tous ses éléments le différend dont ce dernier était saisi et, dès lors que les demandes soumises à titre principal au Conseil supérieur de l'audiovisuel par les sociétés NRJ 12 et BFM TV ne sont pas satisfaites, d'examiner les demandes qu'elles lui ont soumises à titre subsidiaire ;

En ce qui concerne la chaîne NRJ 12 :

Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à la date de la présente décision, le plan de services de l'offre Canalsat distingue une thématique chaînes Canal Plus et grandes chaînes généralistes , placée en début de plan, et une thématique séries et divertissement , qui y occupe les numéros 20 à 39, à laquelle la chaîne NRJ 12 est rattachée ; que si la convention conclue entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la société NRJ 12, sur le fondement de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986, stipule à son article 3-1-1 que cet éditeur propose une offre de programmes diversifiée , le programme effectivement diffusé par cette chaîne est composé, pour une part prépondérante, de séries et de divertissements ; que son rattachement à la thématique correspondant à ce format procède, dès lors, de la mise en oeuvre d'un critère objectif et quantifiable au regard de sa programmation ; que la circonstance qu'au regard de leur programmation, les services regroupés dans la thématique chaînes Canal Plus et grandes chaînes généralistes ne seraient pas homogènes n'est, en tout état de cause, pas de nature à justifier que la chaîne NRJ 12, dont l'emplacement dans le plan de services est seul en cause dans le cadre du présent différend, soit rattachée à cette même thématique ; qu'il n'y a, par suite, pas lieu de faire droit à la demande de la société NRJ 12 tendant à cette fin ;

En ce qui concerne la chaîne BFM TV :

Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à la date de la présente décision, la chaîne BFM TV est rattachée dans le plan de services de l'offre Canalsat à la thématique information qui y occupe les numéros 50 à 59 ; qu'elle-même s'y voit attribuer le numéro 54 tandis que les chaînes i-Télé, LCI, Euronews et LCP portent respectivement les numéros 50, 51, 52 et 53 ; que la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION justifie cet ordonnancement par son choix de regrouper, au début de la séquence des numéros dans une même thématique, les chaînes dont la programmation présente le contenu le moins spécialisé ;

Considérant qu'il était loisible au distributeur, contrairement à ce que soutient la société BFM TV, de retenir ce critère parmi ceux qu'il applique pour l'ordonnancement des chaînes, sans qu'y fasse obstacle la circonstance qu'il ne figure pas dans la délibération du 24 juillet 2007 du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui propose une liste de critères à titre indicatif ; que, toutefois, et alors même que la convention conclue, sur le fondement de l'article 28 de la loi

du 30 septembre 1986, entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la société BFM TV prévoit que son programme est consacré notamment à l'information économique et financière, la nature de l'information effectivement diffusée par cette chaîne ne présente pas, avec celle diffusée par les chaînes i-Télé et LCI, une différence suffisante pour justifier objectivement, au regard du seul critère invoqué, l'emplacement qui lui est attribué ; qu'il y a dès lors lieu d'enjoindre à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, de lui attribuer un emplacement justifié par des critères objectifs, appliqués de manière homogène ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il n'y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, ni de mettre à la charge de la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION les sommes que les sociétés BFM TV et NRJ 12 demandent sur le fondement de ces dispositions, ni de mettre à la charge de l'Etat la somme demandée au même titre par la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION ;

#### **D E C I D E :**

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

Article 2 : Les demandes soumises par les sociétés NRJ 12 et BFM TV au titre du différend les opposant à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION et tendant à ce que les services qu'elles éditent se voient attribuer dans le plan de services de l'offre Canalsat, respectivement, les numéros 12 et 15, ainsi que la demande de la société NRJ 12 tendant au rattachement de la chaîne qu'elle édite à la même thématique que les grandes chaînes généralistes sont rejetées.

Article 3 : Il est enjoint à la SOCIETE CANAL + DISTRIBUTION, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, d'attribuer à la chaîne BFM TV, dans la thématique information du plan de services de l'offre Canalsat, un emplacement justifié par des critères objectifs, appliqués de manière homogène.

Article 4 : Les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 17 décembre 2009 sont réformées en ce qu'elles ont de contraire à la présente décision.

Article 5 : Les conclusions des sociétés CANAL + DISTRIBUTION, BFM TV et NRJ 12 tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision 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 SAS NBC Universal Global Networks France, à la SAS Voyage, à la SAS L'Equipe 24/24, à la SAS

Game One, à la SAS Pink TV, à l'association des chaînes conventionnées éditrices de services et à la société NC Numericable. Copie pour information en sera adressée au ministre de la culture et de la communication.