

N° 384826
Société en commandite simple
La Chaîne Info (LCI)

N° 385474
Société Métropole Télévision (M6)
et société Paris Première

Assemblée
Séance du 29 mai 2015
Lecture du 17 juin 2015

CONCLUSIONS

Mme Fabienne LAMBOLEZ, rapporteur public

1. Les conditions de diffusion de la télévision ont considérablement évolué depuis une quinzaine d'années grâce au développement de réseaux de communications électroniques complémentaires au réseau hertzien terrestre, qui seul existait lors de l'adoption de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. La télévision est désormais diffusée également par le câble, le satellite, la fibre optique, dans une moindre mesure l'ADSL et la téléphonie mobile.

Pour ce qui est du réseau hertzien terrestre qui seul nous intéresse aujourd'hui, les techniques de diffusion ont également évolué, avec la substitution progressive de la technologie numérique au mode analogique à partir du début des années 2000. La TNT (télévision numérique terrestre) présente notamment l'avantage d'être moins consommatrice de ressource radioélectrique et d'offrir une meilleure qualité d'image et de son.

Les premières d'autorisations d'émettre en TNT ont été délivrées en 2002 par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour 15 chaînes payantes - financées principalement par les usagers - et 8 chaînes gratuites - financées essentiellement par des recettes publicitaires, auxquelles s'ajoutent les chaînes du service public, dans l'optique souhaitée d'un développement équilibré de chaînes payantes et de chaînes gratuites. Mais en tant que modèle économique, la TNT payante a rapidement montré des signes de faiblesse et plusieurs chaînes payantes ont successivement rendu leur fréquence, tandis qu'à l'inverse de nouvelles chaînes gratuites ont été autorisées en 2012. En parallèle, le secteur audiovisuel a connu d'importants mouvements de concentration, dont votre assemblée et votre section du contentieux ont eu à connaître, avec plusieurs rachats de chaînes par les « poids lourds » du secteur, le groupe TF1, le groupe Canal + et la société Métropole Télévision (M6). C'est dans ce contexte général que Paris Première, chaîne payante, a demandé en 2012 au CSA l'autorisation de passer à une diffusion gratuite. Le CSA lui a opposé un refus, une telle modification

substantielle de l'autorisation initiale ne pouvant en application de votre jurisprudence constante, intervenir sans nouvel appel à candidatures¹.

Le législateur, convaincu de la nécessité de faciliter la transition de la TNT payante vers la TNT gratuite, s'est saisi de la question au cours de la discussion du projet de loi relatif à l'indépendance de l'audiovisuel public, devenu la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013. Ont ainsi été introduites à l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 des dispositions ayant pour objet de permettre au CSA d'autoriser des chaînes à passer du payant au gratuit (ou vice versa, mais le cas de figure est purement théorique) sans remettre en cause les autorisations initiales dans le cadre d'un appel à candidatures, qui est le mode normal d'attribution des fréquences radioélectriques. Ces dispositions d'origine parlementaire, qui ont donné lieu à des débats nourris et dont la rédaction a évolué au fil de la discussion, sont ainsi rédigées : « *Sous réserve du respect des articles 1er et 3-1, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut, par décision motivée, donner son agrément à une modification des modalités de financement lorsqu'elle porte sur le recours ou non à une rémunération de la part des usagers. Préalablement à sa décision, il procède à une étude d'impact, notamment économique, rendue publique dans le respect du secret des affaires. Il procède aussi à l'audition publique du titulaire et entend les tiers qui le demandent. Cette modification de l'autorisation peut être agréée si les équilibres du marché publicitaire des services de télévision hertzienne terrestre sont pris en compte.* ».

Lors du vote de la loi les chaînes payantes étaient encore au nombre de cinq (plus exactement huit si l'on individualise les chaînes du « bouquet » Canal +) : LCI, Eurosport, Paris Première, TF6, et les quatre chaînes diffusées par le groupe Canal + dans le cadre d'un « bouquet ».

Le CSA a été saisi de trois demandes d'agrément sur le fondement des nouvelles dispositions de l'article 42-3 : par le groupe TF1 pour la chaîne d'information en continu LCI (La Chaîne Info), par le groupe Métropole Télévision (M6) pour la chaîne Paris Première, et par le groupe Canal + pour la chaîne Planète +. Il a réalisé pour chaque chaîne l'étude d'impact prévue par la loi. Il a saisi pour avis, sans y être tenu par l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986, l'Autorité de la concurrence qui a rendu le 18 juin 2014 un avis commun aux trois demandes. Il a également procédé à l'audition publique des représentants de chaque demandeur et entendu, en séance non publique, les tiers l'ayant demandé. Par trois décisions distinctes du 29 juillet 2014, le CSA a rejeté ces demandes, et procédé simultanément à la publication des études d'impact.

La société LCI vous a saisis sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative d'une demande de suspension de l'exécution du refus la concernant. Elle a été rejetée le 23 octobre dernier par le juge des référés, qui a estimé la condition d'urgence non remplie (n° 384825, *La Chaîne Info (LCI)*).

¹ Cf. 15 janvier 1997 *Association radio Sud-Vendée Pictons* n°s 177989 180694 au Rec. p., 30 juillet 1997 *Société d'exploitation radio-Chic (Serc)* n° 153402 aux T. p. 1054, 28 novembre 2014 *Société NRJ Réseau* n° 363146 à paraître au Rec.

Vous examinez aujourd'hui les recours pour excès de pouvoir formés respectivement, sous le n° 384826 par la société LCI, et sous le n° 385474 par les sociétés Paris Première et Métropole Télévision (M6), contre les refus leur ayant été opposés – le groupe Canal + n'ayant, pour sa part, pas introduit de recours.

Dans les deux instances ont été présentées plusieurs interventions qui sont toutes recevables :

- dans le n° 384826 par l'Union des syndicats nationaux de l'audiovisuel-CFTC qui a intérêt à l'annulation du refus opposé à la société LCI, ainsi que par la société NextRadioTV qui diffuse la chaîne gratuite BFM TV et a intérêt au maintien de ce refus ;

- dans le n° 385474 par la société NRJ Group, qui diffuse la chaîne gratuite NRJ 12 et a intérêt au maintien du refus opposé à M6 pour Paris Première.

2. Les parties et intervenants ont été prolixes ; les nombreux moyens qu'ils soulèvent vous conduiront à vous pencher sur quatre séries de questions ayant trait, respectivement, à la conventionalité du dispositif adopté par le législateur, aux conditions de sa mise en œuvre par le CSA, au plan procédural et sur le fond, et, enfin, au bien-fondé des appréciations portées en l'espèce.

Nous avons pris le parti de ne pas vous exposer l'ensemble de ces moyens qui sont d'intérêt et de difficulté inégaux et de nous en tenir à la présentation, que nous nous sommes efforcée de rendre la plus synthétique possible, des éléments déterminants pour la réponse à apporter aux moyens les plus substantiels.

Avant d'entamer cet examen, il nous faut vous donner quelques indications d'ordre général sur la teneur des deux décisions attaquées – lesquelles empruntent à bien des égards au mode de rédaction des décisions juridictionnelles, et comportent respectivement pas moins de 34 et 25 « considérants ».

Le CSA s'est d'abord attaché à définir, sur le principe, la méthode et les critères d'appréciation qu'il estime devoir suivre dans l'examen des demandes de passage d'une diffusion payante à une diffusion gratuite. Il a ensuite exposé les motifs de chaque demande, très longuement analysé les différents impacts potentiels des modifications demandées (sur la qualité et la diversité des programmes de la TNT gratuite, sur les équilibres de ce secteur en ce qui concerne les audiences, le marché publicitaire, et l'assise économique et financière des actuelles chaînes de la TNT gratuite). Il a mis en évidence des risques économiques pour les chaînes qui seraient directement concurrencées par l'arrivée sur la TNT gratuite de LCI et Paris Première, et l'impossibilité d'y remédier par des mesures compensatrices de nature éditoriale ou concurrentielle. Et il a au total estimé que le passage du payant au gratuit entraînerait, dans chaque cas, une atteinte à l'impératif fondamental de pluralisme. Nous reviendrons bien sûr plus précisément sur les raisonnements mis en œuvre et les diverses appréciations qui ont conduit à cette conclusion lors de la présentation des questions de légalité interne.

3. Nous commencerons toutefois par l'examen d'un moyen soulevé en termes analogues dans chaque requête par un intervenant en défense (la société NextRadioTV dans la requête n° 384826, et la société NRJ Group dans la requête n° 385474). Ce moyen est tiré de ce que les dispositions du quatrième alinéa de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 seraient contraires à deux dispositions précises de deux des directives de qu'il est convenu d'appeler le « paquet télécoms ». S'il était fondé, ce moyen rendrait inopérants l'ensemble des moyens des requêtes : dès lors qu'il appartient aux autorités nationales d'écarter l'application des dispositions même législatives qui méconnaissent le droit communautaire (Sect. 3 décembre 1999 *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et autres* n°s 1966622 200124 au Rec. p. 380), le CSA aurait par hypothèse été tenu, en tout état de cause, de refuser d'accorder les agréments sollicités. La ministre de la culture et de la communication a produit des observations sur ce moyen.

Les intervenants en défense sont bien recevables à invoquer un tel moyen alors même que le CSA, défendeur aux instances, ne l'avait pas lui-même soulevé et ne se l'est d'ailleurs pas approprié depuis (cf. notamment, pour un récent cas de figure analogue, 1^{er} août 2013 *Association générale des producteurs de maïs et autres* n°s 358103 358615 359078 aux T. du Rec. p. 519 sur un autre point).

Selon les intervenantes, la faculté conférée par la loi au CSA d'agréer une modification des conditions de financement sans appel à candidatures méconnaîtrait tant l'article 5, paragraphe 2 de la directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation ») que l'article 4 de la directive 2002/77 du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (directive « concurrence»). Sachez qu'elles ont d'ailleurs déposé au printemps 2014 une plainte auprès de la Commission européenne.

* Il n'est en premier lieu pas douteux que le dispositif prévu par la loi relève bien du champ matériel d'application des directives du « paquet télécoms » et en particulier de la directive « autorisation », et non de la directive 2010/13 du 10 mars 2010 dite « services de médias audiovisuels »², comme le soutient l'une des requérantes.

Les directives du paquet télécoms concernent l'octroi du titre juridique qui permet d'utiliser les radiofréquences ainsi que l'accès à ces fréquences, sans aucune considération du contenu des services qu'ils diffusent au moyen de cette utilisation. La directive « autorisation » 2002/20 s'applique ainsi (art. 1^{er}) aux « *autorisation portant sur la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques* », au sens donné à ces notions par la directive cadre 2002/21 du même jour et notamment son article 2 c)³. La directive 2002/77 retient pour sa part, sans renvoyer à la directive cadre,

² Directive visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels

³ qui définit le « service de communication électronique » comme « *le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les service*

une définition presque identique des services de communications électroniques (art. 1^{er}, 3).

La directive 2010/13 en revanche ne s'intéresse qu'au contenu de l'activité des services diffusés par les opérateurs autorisés à utiliser les fréquences, et s'applique aux « services de médias audiovisuels » ou de radiodiffusion audiovisuelle définis comme les émissions télévisées relevant de la responsabilité éditoriale d'un « fournisseur de service de médias audiovisuels (art. 1^{er}, 1.a). Pour simplifier, le « paquet télécoms » régit l'« amont », le « contenant », alors que la directive 2010/13 régit l'« aval », les « contenus ».

Or l'agrément en débat n'a aucune existence autonome par rapport aux autorisations d'émettre délivrées par le CSA en application de la loi du 30 septembre 1986, sur lesquelles il vient se greffer et dont il constitue un simple accessoire. Il ne peut à ce titre qu'entrer dans le champ matériel d'application des directives du paquet télécoms (cf. sur les critères généraux d'inclusion dans ce champ matériel, CJUE 7 novembre 2013 *UPC Nederland BV c. Gemeente Hilversum*, aff. C-518/11, points 44 à 47).

* La branche du moyen tirée de ce que la loi aurait pour effet d'attribuer aux bénéficiaires potentiels des droits exclusifs ou spéciaux, en méconnaissance de l'article 4 de la directive 2002/77, ne vous retiendra pas : par ses caractéristiques le dispositif ne répond pas aux définitions de ces droits figurant à l'article 1er.

* Plus délicates en revanche sont les questions de savoir si et dans quelle mesure l'agrément relève des dispositions précises de la directive 2002/20 invoquées par les intervenants en défense.

Aux termes du deuxième alinéa de l'article 5, paragraphe 2 de cette directive tel que modifié par la directive 2009/140 du 25 novembre 2009 : « *Sans préjudice des critères et procédures particuliers adoptés par les États membres pour octroyer le droit d'utilisation des radiofréquences à des fournisseurs de services de contenus de radio ou de télédiffusion en vue de poursuivre des objectifs d'intérêt général conformément à la législation communautaire, les droits d'utilisation de radiofréquences et de numéros sont octroyés par le biais de procédures ouvertes, objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées (...). Les procédures peuvent, exceptionnellement, ne pas être ouvertes lorsque l'octroi de droits individuels d'utilisation de radiofréquences aux fournisseurs de services de contenus de radio ou de télédiffusion est nécessaire à la réalisation d'un objectif d'intérêt général défini par les États membres conformément à la législation communautaire.* ».

Les considérations invoquées par les intervenants tiennent d'une part à l'effet direct, ou - pour dire les choses autrement - à l'objet même de l'agrément de la

de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radio diffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus »

modification des conditions de financement, d'autre part à l'effet indirect qu'il est susceptible d'avoir en termes d'utilisation de la ressource radioélectrique.

S'agissant du premier point, les intervenantes opèrent un parallélisme entre le droit interne et le droit communautaire : dès lors qu'en droit interne une modification des conditions de financement du service aurait constitué une « modification substantielle » - laquelle en l'absence des dispositions adoptées par le législateur en 2013 n'aurait légalement pu intervenir dans le cadre de l'autorisation initiale - elle ne pourrait de même qu'être regardée comme l'octroi d'un nouveau droit d'utilisation des radiofréquences au sens de l'article 5 paragraphe 2.

Précisons que la directive ne contient aucune disposition envisageant de manière expresse l'hypothèse d'une modification des droits individuels d'utilisation à la demande même du titulaire de ces droits. Elle comporte certes un article 14, intitulé « *Modifications des droits et obligations* ». Mais il nous paraît résulter clairement de la lettre de cet article que son seul objet est d'encadrer la possibilité pour les Etats membres de modifier unilatéralement les droits d'utilisation accordés, par l'instauration de garanties de procédure et de fond. Cette interprétation est confortée par un récent arrêt de la CJUE ayant précisé les conditions dans lesquelles une nouvelle redevance d'utilisation des fréquences peut être imposée aux opérateurs de téléphonie mobile (CJUE 21 mars 2013 *Belgacom SA, Mobistar SA, KPN Group Belgium SA c. Etat belge*, affaire C-375/11).

Dans le silence de la directive sur d'éventuelles modifications intervenant à la demande des opérateurs, ce ne peut donc être qu'au regard de l'article 5 paragraphe 2 qu'il convient d'apprécier si l'agrément prévu par le quatrième alinéa de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 doit ou non être regardé comme permettant l'« octroi » de nouveaux droits d'utilisation. La directive n'a pas défini cette notion d'« octroi », sur laquelle la CJUE n'a à ce jour, à notre connaissance, jamais été amenée à se prononcer.

Un raisonnement consistant à transposer de façon purement mécanique pour l'application de la directive la notion de « modification substantielle » au sens de la loi du 30 septembre 1986 reviendrait à dénier au droit interne toute autonomie résiduelle par rapport au droit communautaire, et serait sans aucun doute erroné en ce qu'il aurait de systématique.

L'article 5 paragraphe 2 réserve en effet le droit pour les Etats membres de fixer des « *critères et procédures particuliers* » dans l'octroi des droits d'utilisation des radiofréquences à des fournisseurs de services de contenus de radio ou de télévision en vue de poursuivre des objectifs d'intérêt général. Et nombre des « *impératifs prioritaires* » et autres « *critères* » prévus par la loi (à l'article 29 et aux articles qui s'y réfèrent) sont de fait sans aucun rapport avec la directive 2002/20 ; seul le droit interne est, au regard de ces impératifs et critères, le fondement de l'interdiction jurisprudentielle d'apporter aucune modification substantielle aux autorisations après leur délivrance.

Le critère des conditions de financement pèse, il est vrai, d'un poids particulier au regard des questions économiques et de concurrence qui de manière générale sont au

centre des préoccupations du législateur communautaire, et que met en œuvre l'article 5 paragraphe 2 pour l'attribution des droits d'utilisation des radiofréquences avec l'exigence de procédures ouvertes, objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées. Et des enjeux économiques et concurrentiels très lourds s'attachent incontestablement au passage d'une diffusion payante à une diffusion gratuite ; l'Autorité de la concurrence les a mis en évidence, ils ont été étudiés dans les études d'impact et sont au cœur des échanges des parties et intervenants.

Pour autant, l'unique effet direct de l'agrément est d'autoriser le titulaire de droits initialement obtenus dans le cadre d'un appel à candidatures à en poursuivre l'exploitation dans des conditions économiques différentes. C'est cette idée que traduit du reste le passage de l'avis de l'Autorité de la concurrence dans lequel celle-ci a relevé que « *d'un point de vue économique le passage du payant au gratuit, même s'il nécessite une autorisation administrative, peut s'analyser comme un simple changement de modèle économique d'une entreprise existante* »⁴. Qu'une telle modification des conditions d'exploitation soit de nature à produire des effets économiques et concurrentiels sur d'autres opérateurs déjà titulaires de droits d'utilisation nous paraît en elle-même étrangère à la notion d'affectation, d'octroi de droits d'utilisation, strictement entendue.

Il est vrai toutefois que le passage d'une diffusion payante à une diffusion gratuite est susceptible de rendre nécessaire l'octroi par le CSA de fréquences supplémentaires aux bénéficiaires de l'agrément. Il n'est pas douteux qu'en pareil cas, il y aurait là octroi de nouveaux « *droits d'utilisation* » au sens de l'article 5 paragraphe 2 de la directive.

Nous n'entrerons pas dans les détails techniques relatifs à cette question, sur lesquels les parties et intervenants vous ont très précisément éclairés dans le cadre de l'instruction contradictoire. Sachez simplement que pour la gestion du spectre radioélectrique, les « multiplexes » – ou regroupements de services sur une même fréquence – sont divisés en millièmes attribués à chaque opérateur par le CSA, que la chaîne LCI dispose actuellement de 95 millièmes de l'un des huit multiplexes métropolitains de la TNT et que son passage à une diffusion gratuite nécessiterait l'attribution de 65 millièmes complémentaires. C'est à cela que l'Autorité de la concurrence a fait allusion en relevant qu'« .. *il y a bien, économiquement, attribution, par la voie d'un agrément administratif, d'un actif rare (la fréquence sur un multiplex gratuit) ...* ». En revanche le passage de Paris Première à une diffusion gratuite ne nécessiterait aucune attribution supplémentaire de millièmes. Cette différence de situation tient à ce que Paris Première, bien que payante, comporte déjà une plage obligatoire de diffusion en clair – à la différence de LCI. Sachez encore que les besoins en millièmes sont contingents et évolutifs : ils dépendent à la fois de données techniques propres à chaque service (le format des programmes), et des normes techniques de compression et de diffusion, qui sont fixées par un arrêté interministériel du 24 décembre 2001. Ces normes ont vocation à évoluer en 2016, selon les indications concordantes fournies par le CSA et la ministre de la culture et de la communication.

⁴ Csdtd 79.

Cette deuxième branche du moyen d'inconventionnalité nous paraît inopérante dans les contentieux qui vous sont soumis aujourd'hui.

En effet c'est en vertu d'un acte subséquent, ou à tout le moins distinct de l'agrément du principe même d'un passage de la diffusion payante à la diffusion gratuite, que seront attribués les millièmes éventuellement nécessaires. Telle est, en substance, l'analyse du CSA, rejoint sur ce point par la ministre de la culture et de la communication. De fait, nous venons de le dire, Paris Première n'avait pas besoin de millièmes supplémentaires : l'agrément, c'est-à-dire l'autorisation de principe, lui aurait suffi. Quant à la demande de LCI au CSA, elle ne tendait pas, formellement, à l'octroi des 65/1000èmes qui en l'état de la réglementation seraient nécessaires à son passage à une diffusion gratuite. Le CSA aurait ainsi pu dissocier l'octroi d'un agrément, s'il avait estimé que les conditions de délivrance étaient remplies, et l'octroi de ressource radioélectrique supplémentaire.

C'est pourquoi nous pensons que c'est uniquement dans le cadre d'un éventuel contentieux futur que vous auriez, le cas échéant, à vous prononcer sur cette branche du moyen d'inconventionnalité. Nous dirons simplement aujourd'hui que le législateur n'a pas précisé selon quelle procédure devrait être attribué cet éventuel supplément de ressource radioélectrique - hypothèse qu'il a omis d'envisager. Le moment venu, vous aurez peut-être ainsi à déterminer si et dans quelle mesure l'article 5 paragraphe 2 de la directive 2002/20 a une incidence sur la jurisprudence issue de l'un de vos arrêts d'assemblée du 21 octobre 1988 *Société TFI* (le n° 91611, au Rec. p. 365), qui permet au CSA de procéder hors appel à candidatures à des attributions limitées de fréquences pour des raisons techniques.

* Si vous reteniez, pour ce qui est seul en cause aujourd'hui, une conception extensive de la notion d'octroi de « *droits d'utilisation* » au sens de la directive, incluant la modification des conditions de financement du service, il vous faudrait alors déterminer si le caractère non ouvert de la procédure - l'absence d'appel à candidatures - peut être regardé comme « *nécessaire à la réalisation d'un objectif d'intérêt général* », auquel cas seulement il entrerait dans le cadre des dérogations prévues par l'article 5 paragraphe 2. Il vous faudrait également apprécier si la procédure de l'agrément répond par ailleurs aux exigences auxquelles il ne peut en tout état de cause être dérogé - objectivité, transparence, caractère non discriminatoire et proportionnalité.

Dans l'unique arrêt par lequel elle a été amenée, sur renvoi préjudiciel, à se prononcer sur la mise en œuvre de ces dérogations (31 janvier 2008, *Centro Europa 7 SRL* aff. C-380/05), la CJUE n'a pas donné d'indications sur ce que peut être en la matière un « *objectif d'intérêt général* » - non plus que les conclusions de l'avocat général, qui n'a pas abordé ce point. Dans cette affaire, des opérateurs de télévision titulaires d'une concession d'exploitation en mode analogique ne s'étaient jamais vus attribuer les fréquences nécessaires, faute de ressource disponible par l'effet d'une législation ayant prolongé les droits d'utilisation des opérateurs en place. Le gouvernement italien invoquait un objectif d'intérêt général tenant à la nécessité d'assurer une mutation rapide vers la diffusion en mode numérique. La Cour ne s'est pas prononcée et s'est bornée à relever que « *le respect de critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés constitue une condition nécessaire*

à la mise en œuvre de la dérogation prévue aux articles 5 paragraphe 2 de la directive autorisation et 4 de la directive « concurrence » (pt 125).

Dans des domaines voisins, la CJUE a cependant admis que le maintien du pluralisme de la presse est susceptible de constituer une exigence impérative justifiant une restriction à la libre circulation des marchandises, sous réserve de proportionnalité à l'objectif poursuivi (26 juin 1997, *Vereignite Familiapress Zeitungsverlags – und vertriebs GmbH*, aff. C-368/95), ou encore que le maintien du caractère pluraliste de l'offre de télévision est un but d'intérêt général de nature à justifier des restrictions à la libre prestation de services (13 décembre 2007 *United Pan-Europe Communications Belgium SA e.a. c. Etat belge*, aff. C-250/06). En l'espèce il ne nous paraît guère douteux que l'objectif poursuivi par le législateur national – faciliter la transition des rares chaînes encore présentes sur la TNT payante vers un mode de diffusion économiquement viable – répond à un intérêt général de politique audiovisuelle, et pourrait être regardé comme répondant à un objectif d'intérêt général, à supposer que l'agrément entre dans les prévisions de l'article 5 paragraphe 2 de la directive 2002/20.

En revanche la question de savoir si sa procédure répond aux autres exigences de l'article 5, paragraphe 2 n'est pas dissociable de l'examen des questions de légalité externe et interne. Nous reviendrons donc à la toute fin de ces conclusions sur ce moyen de défense.

4. Pour ce qui est de la légalité externe, seuls deux moyens, communs aux deux requêtes, méritent de retenir votre attention.

Rappelons la procédure suivie : les sociétés ont été auditionnées publiquement par le CSA, et elles ont complété leur demande après ces auditions. Le CSA a également procédé à l'audition des tiers intéressés, mais ces auditions n'ont pas été rendues publiques. Les études d'impact ont été rendues publiques simultanément aux décisions.

* Le moyen le plus substantiel est tiré de ce que le CSA aurait méconnu la loi en ne rendant pas publiques les études d'impact préalablement à ses décisions.

Citons à nouveau l'intégralité des dispositions de l'article 42-3 qui organisent la procédure devant être suivie par le CSA. Elles tiennent en deux phrases : « *Préalablement à sa décision, il procède à une étude d'impact, notamment économique, rendue publique dans le respect du secret des affaires. Il procède aussi à l'audition publique du titulaire et entend les tiers qui le demandent.* ».

La thèse selon laquelle ces dispositions devraient être interprétées comme exigeant une publication préalable de l'étude d'impact s'appuie d'une part sur l'objectif prêté au législateur à travers la réalisation de cette étude, d'autre part sur la lettre du texte. Conformément aux principes éprouvés devant guider le juge dans l'interprétation de la loi⁵, il convient de partir de la lettre du texte. De prime abord il paraît clair, et aller plutôt dans le sens des requêtes. Mais en réalité la portée de l'incise prévoyant la

⁵ B. Genevois, *Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi*, RFDA 2002 p. 877

publication de l'étude est ambiguë, n'étant pas sur le même plan que ce qui la précède et la suit, et il est légitime en pareil cas de se référer aux travaux parlementaires.

Ceux-ci sont très clairs quant à la finalité même assignée par le législateur à la réalisation d'une étude d'impact : il s'est agi d'encadrer le pouvoir nouveau conféré au CSA, compte tenu des bouleversements du secteur audiovisuel susceptibles de résulter du passage de plusieurs acteurs majeurs de la TNT payante à la TNT gratuite.

En revanche les travaux préparatoires ne donnent pas la moindre indication sur la portée que le législateur a entendu donner à la publication de l'étude : répond-elle simplement à un objectif de transparence sur un élément clé du processus d'appréciation et de décision ? Ou bien a-t-elle vocation à faire partie intégrante de la procédure contradictoire préalable à la décision – comme c'est le cas dans de nombreuses procédures en matière d'urbanisme et d'environnement ? Le législateur ne s'est pas interrogé sur ce point, qui apparaît comme la reprise mécanique d'une rédaction figurant également, sans davantage de précisions, à d'autres articles de la loi. Loin de nous l'idée de nier l'intérêt qui se serait attaché à ce que les éléments de l'étude d'impact fussent débattus avant que le CSA prenne ses décisions – et force est de constater à cet égard que les parties et intervenants ont transporté devant votre prétoire le débat qui n'a pas eu lieu pendant la phase d'instruction des demandes. Il nous semble toutefois que si le législateur avait voulu que l'étude d'impact nourrisse la procédure contradictoire préalable, il aurait prévu expressément que sa publication doit intervenir dans un délai suffisant pour permettre cette discussion avant l'audition du demandeur de l'agrément et celle des tiers. Dans son silence la lettre du texte ne permet pas de prêter au législateur une intention qu'elle n'implique pas nécessairement, et qui ne ressort pas davantage, même implicitement, des travaux parlementaires. L'interprétation constructive des requérantes nous paraît ainsi infondée.

* Le reproche est repris, sous une forme plus large, par l'invocation d'une méconnaissance du respect des droits de la défense. Les requérantes soutiennent que ce principe général du droit imposait au CSA de les faire bénéficier de garanties procédurales complémentaires à celles prévues par la loi, en communiquant préalablement à chacune d'elle non seulement l'étude d'impact la concernant mais également de l'avis de l'Autorité de la concurrence et le contenu de l'audition des tiers, et en leur réservant la possibilité de faire valoir préalablement à la décision des observations sur ces divers éléments et leurs propres engagements complémentaires de nature éditoriale ou concurrentielle.

Toutefois, selon les critères dégagés par votre jurisprudence constante, le respect des droits de la défense ne saurait recevoir application en l'espèce, eu égard tant aux effets qu'aux motifs des refus d'agrément contestés.

En eux-mêmes ces refus sont sans incidence sur la situation des sociétés LCI et Métropole Télévision, qui continuent à bénéficier des autorisations dont elles sont titulaires, et ne sont pas privées de la possibilité de poursuivre leur activité dans ce cadre. Par ailleurs les motifs qui les fondent – nous y reviendrons – sont purement objectifs, même s'ils impliquent naturellement des appréciations individualisées, et ne peuvent en aucun cas être regardés comme des griefs retenus à l'encontre de la société LCI ou de la société M6. Les requérantes se prévalent d'une décision du 30 avril 2004

Association « Radio télédiffusion Triomphe » (n° 249693, au recueil p. 182) ayant, il est vrai, jugé que le CSA ne peut légalement refuser d'accorder au titulaire d'une autorisation d'émettre le renouvellement prévu par l'article 28-1 de la loi sans lui avoir communiqué préalablement les motifs sur lesquels il entend se fonder, « eu égard à la nature » d'un tel refus. Ce précédent, qui est regardé comme s'écartant de l'orientation générale de la jurisprudence⁶, n'est pas transposable tel quel.

Quant à l'avis de l'Autorité de la concurrence, aucun texte ni aucun principe n'en imposait la communication préalablement à la décision.

Pour conclure sur ces aspects procéduraux, l'on peut comprendre la frustration des requérantes, qui estiment avoir été privées d'une chance de convaincre le CSA du bien-fondé de leur demande. Mais cela résulte des choix opérés par le législateur.

5. Nous en venons aux questions de légalité interne. Plusieurs moyens d'erreur de droit posent la question des conditions de fond de l'octroi de l'agrément demandé.

Vous devez préciser la portée de la loi sur plusieurs points, à la lumière de l'objectif général poursuivi par le législateur : favoriser, dans l'intérêt du pluralisme, le passage au gratuit de chaînes économiquement menacées en cas de maintien sur la TNT payante – le cas de LCI a été explicitement évoqué à plusieurs reprises lors des débats, et dans une moindre mesure celui de Paris Première.

* Plusieurs questions vous sont ainsi posées. Quel est le sens à donner à la réserve, très large, « *du respect des articles 1^{er} et 3-1* » de la loi, ainsi qu'à la condition, également assez vague, de « *prise en compte* » des équilibres du marché publicitaire de la TNT ? Et comment articuler ces conditions de nature très différente ? Le CSA s'est livré à un nécessaire effort d'explicitation, en indiquant, au considérant 5 de ses décisions, qu' il lui « *incombe d'apprécier si cette modification est de nature à porter atteinte à l'impératif fondamental de pluralisme ; qu'il lui revient de vérifier si la modification des modalités de financement sollicitée ne porte pas atteinte, d'une part, à la qualité et à la diversité des programmes et, d'autre part, aux équilibres du secteur audiovisuel ; qu'à ce titre il doit s'assurer d'une concurrence et d'une diversité suffisante des opérateurs, en prenant notamment en compte les équilibres du marché publicitaire des services de télévision hertziennne terrestre.* »

Les articles 1^{er} et 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 n'ont pas de valeur prescriptive particulière, en ce sens qu'ils fixent les principes cardinaux applicables à la communication audiovisuelle (art.1^{er}) et ceux que le CSA doit mettre en œuvre dans l'exercice de ses missions (art. 3-1). Ces principes « irriguent » en réalité toute la loi, qui en assure une déclinaison plus précise et complète notamment en ses articles 29 et suivants, relatifs aux conditions d'octroi des autorisations d'émettre pour les divers modes de diffusion. Seuls certains de ces principes sont pertinents au regard de la question de l'agrément du passage de la TNT payante à la TNT gratuite, et doivent par suite être envisagés.

⁶ B. Genevois, *Les principes généraux du droit*, § 715 (Dalloz, Répertoire de contentieux administratif)

De l'article 1^{er}, le pluralisme des courants d'expression, érigé par l'article 29 en impératif prioritaire, s'évince seul assez naturellement. De l'article 3-1, se déduit, par la référence à la qualité et à la diversité des programmes, le critère qui est repris à l'article 29 de la loi sous les termes d' « intérêt du public ». Le même article 29 en opère d'ailleurs la synthèse en prévoyant que le CSA « *accorde les autorisations en appréciant l'intérêt de chaque projet pour le public, au regard des (trois) impératifs prioritaires* », que sont la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, la diversification des opérateurs et la nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence.

Le critère des équilibres du marché publicitaire, pour sa part, figure à deux reprises à l'article 42-3. Le deuxième alinéa prévoit pour les radios qu'un changement de catégorie de service ne peut être agréé hors appel à candidatures s'il est « *incompatible avec la préservation* » de ces équilibres notamment locaux. Mais au quatrième alinéa, la condition est formulée différemment, par la simple notion de « *prise en compte* ». Les travaux parlementaires confirment si besoin était, par l'évolution de la rédaction du texte sur ce point, que le législateur a très délibérément entendu que cette condition ne s'avère pas trop restrictive et ne place pas le CSA dans l'impossibilité même d'exercer le nouveau pouvoir qu'il lui reconnaissait. De fait, le passage d'une chaîne du payant au gratuit, entraîne nécessairement, par construction, une modification des « équilibres » du marché publicitaire. Pour autant, les travaux parlementaires ne donnent pas d'éclairage sur la portée précise que le législateur a entendu conférer à cette condition – en réalité assez obscure dans les termes où elle est formulée.

Du rapprochement de ces trois éléments – respect de l'objectif de pluralisme, respect et prise en compte de l'intérêt du public, incidence sur le marché publicitaire c'est-à-dire sur la principale source de financement des chaînes gratuites de la TNT – il nous paraît se déduire que le législateur n'a pas entendu permettre le passage d'une chaîne du payant au gratuit dans l'hypothèse où ce passage entraînerait sur le marché publicitaire une ponction telle que la pérennité d'un ou plusieurs des services existants de la TNT serait mise en cause, si par ailleurs l'arrivée de cette chaîne sur la TNT gratuite n'apportait pas une compensation suffisante, du point de vue du pluralisme et de l'intérêt du public, à l'éventuelle disparition de ces services. Nous pensons qu'il revient ainsi au CSA d'apprécier, sur la base de l'étude d'impact et compte tenu des engagements pris le cas échéant par les opérateurs concernés, si l'arrivée d'un nouvel acteur est de nature à menacer la viabilité et donc la pérennité de tout ou partie des services existants. Dans l'hypothèse où il apparaîtrait que la TNT gratuite est en capacité d'absorber l'arrivée d'une nouvelle chaîne, le CSA serait alors tenu d'accorder l'agrément. Dans l'hypothèse contraire, la logique de la loi implique que le CSA mette en balance, au regard de l'objectif fondamental de pluralisme et de l'intérêt du public, l'intérêt de l'arrivée d'une nouvelle chaîne sur la TNT gratuite et le risque de disparition d'un ou plusieurs services existants.

L'importance centrale accordée de manière générale par la loi à la diversification des opérateurs nous paraît justifier que cette dimension soit également prise en compte, bien qu'elle ne soit pas expressément prévue aux articles 1^{er} et 3-1.

Et c'est bien seulement, pensons-nous, s'il y a un risque pour la viabilité même des chaînes à un horizon relativement proche, et non une simple « incidence économique défavorable », plus incertaine, que l'agrément doit être refusé.

* Les requêtes nécessitent encore que vous précisiez ce cadre général sur deux points particuliers.

Le premier est de savoir si dans sa mise en balance des effets d'un refus et de ceux de l'octroi de l'agrément au regard du pluralisme, de l'intérêt du public et de la diversité des opérateurs, le CSA doit ou non tenir compte de l'éventualité qu'un refus conduise le demandeur à cesser pour des motifs économiques la diffusion de sa chaîne sur la TNT payante, et demande l'abrogation de son autorisation d'émettre. Cette éventualité concerne LCI, qui en avait très clairement fait part au CSA, estimant ne plus avoir d'avenir sur la TNT payante. En revanche elle ne concerne pas Paris Première : le groupe M6 s'était borné à faire état de résultats d'exploitation en baisse, sans indiquer envisager une cessation de la diffusion de la chaîne en cas de refus.

Devant vous le CSA conteste que la loi lui impose de tenir compte de ce risque de disparition, et fait valoir qu'en tout état de cause, il l'a bien envisagé en le confrontant aux risques que susciterait l'arrivée de LCI sur la TNT gratuite pour quatre chaînes. Cette interprétation de la loi nous paraît très contestable, alors que la situation de LCI a été évoquée à plusieurs reprises au cours des débats parlementaires. Nous reviendrons plus loin sur le point de savoir si le CSA a ou non omis, en fait, de tenir compte de ce risque.

L'autre question est la combinaison des deux critères que sont « *l'impératif fondamental du pluralisme* » et « *l'intérêt du public* ». Elle est soulevée par les sociétés Métropole Télévision et Paris Première, qui invoquent vos deux décisions *Société Métropole Télévision (M6)* (Sect. 30 décembre 2010 n° 338273 au Rec. p. 544, et Ass. 23 décembre 2013 n° 363978 au Rec. p. 328). Concernant l'agrément requis cette fois en cas de modification du contrôle du titulaire de l'autorisation, elles distinguent dans leur considérant de principe l'impératif fondamental du pluralisme et l'intérêt du public, en affirmant qu'il appartient au CSA d'apprécier si les modifications envisagées sont de nature à « *compromettre l'impératif fondamental de pluralisme et l'intérêt du public* ». Vos rapporteurs publics E. Geffray et V. Daumas ont chacun consacré dans leurs conclusions quelques développements à la question de l'articulation de ces critères - question qui n'était centrale dans aucune des deux affaires, et dont nous devons avouer qu'elle nous paraît quelque peu formelle. L'impératif fondamental de pluralisme, qui participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme des courants de pensée et d'opinion comme le rappelle l'arrêt de 2013, à ce titre dépasse, transcende, l'intérêt du public, et en même temps y participe – sans pour autant l'épuiser, car il y a d'autres dimensions que le pluralisme dans l'intérêt du public.

6. Nous en venons maintenant à la mise en œuvre de ces principes et aux appréciations portées dans chaque cas, à partir principalement des études d'impact qui sont très complètes et détaillées.

Les critiques adressées par les sociétés requérantes à ces appréciations sont très nombreuses, et s'appuient, pour ce qui est de LCI, sur une « contre-étude » produite

devant vous. Il serait fastidieux de les exposer point par point devant votre assemblée, et nous concentrerons notre propos sur les éléments les plus déterminants de l'appréciation du CSA s'agissant de la diversité des programmes, l'évolution de l'audience globale de la télévision, l'identification des chaînes qui seraient les plus directement concurrencées par l'arrivée de LCI et de Paris Première sur la TNT gratuite, l'évaluation des transferts d'audience depuis ces chaînes, l'incidence sur les investissements publicitaires en général et sur les recettes publicitaires des chaînes menacées en particulier, la possibilité ou non de limiter ces effets, les conséquences sur la rentabilité et la viabilité des chaînes, et, au final, le « bilan » au regard du pluralisme, de l'intérêt du public et de la diversité des opérateurs.

6.1. LCI.

S'agissant de LCI, nous n'avons pas décelé qu'il y ait matière à censurer l'appréciation du CSA, que ce soit sur le raisonnement ou les appréciations mises en œuvre.

Pour ce qui est de l'impact potentiel du basculement de LCI sur la qualité et la diversité des programmes de la TNT gratuite (c'est-à-dire l'intérêt du public), l'étude d'impact mentionne les spécificités revendiquées du futur projet éditorial de LCI par rapport aux deux autres chaînes d'information en continu de la TNT gratuite I-Télé et BFM-TV, notamment dans le traitement de l'actualité économique et internationale et par la primauté accordée à l'information en direct. Mais elle constate également un rapprochement du projet de grille de LCI sur la TNT gratuite avec les lignes générales de programmation des deux autres chaînes. Le CSA a pu en déduire une absence de différenciation forte par rapport aux deux autres chaînes d'information en continu.

Pour évaluer les transferts d'audience, le CSA a d'abord retenu l'hypothèse d'une stagnation de la consommation de télévision à l'horizon 2019 – hypothèse que la société LCI estime exagérément pessimiste en vertu du principe selon lequel « l'offre crée la demande ». Le CSA objecte cependant sur ce point, de manière assez convaincante, que le développement des chaînes de la TNT lancées en 2005 s'est fait en grande partie au détriment des chaînes existantes et que le lancement des six nouvelles chaînes autorisées en 2012 s'est même accompagné d'une baisse de la consommation de télévision. L'hypothèse prudente d'une stagnation de la consommation globale, impliquant donc que l'audience de LCI soit constituée par des transferts depuis d'autres chaînes gratuites, ne nous a pas paru efficacement combattue par la contre-étude produite, de même que l'évaluation à 3,5 % de la part de marché des chaînes d'information en continu à horizon 2019, ni la pertinence des comparaisons internationales prises en compte. Et c'est bien sûr à l'été 2014 qu'il convient de se placer, sans tenir compte des événements d'actualité postérieurs qui ont suscité une hausse de la consommation de télévision notamment d'information en continu.

Pour ensuite identifier les chaînes qui verraient une part de leur audience captée par LCI, le CSA s'est fondé sur plusieurs paramètres : la proximité éditoriale et de contenus, la similarité du profil-type du téléspectateur, les motifs d'écoute. LCI a un public significativement masculin et âgé (plus de 50 ans). Ce profil est assez similaire au profil-type du téléspectateur des chaînes publiques, des deux chaînes gratuites d'information en continu, de L'Equipe 21 (qui est une chaîne d'information sportive) et

de RMC Découverte (qui est axée sur les documentaires). Le CSA a estimé que les transferts d'audience devraient provenir majoritairement des deux chaînes d'information en continu et au sein de celles-ci, majoritairement de BFM TV. La méthode alternative d'évaluation quantitative des transferts d'audience proposée par la contre-étude minore ces baisses en tenant compte de l'accroissement postulé de la consommation de télévision, et en considérant par ailleurs que toutes les chaînes de la TNT gratuite seront impactées de la même manière, en fonction de leur part d'audience. L'hypothèse de parfaite substituabilité des programmes et des profils qui la sous-tend nous a semblé moins pertinente.

Le CSA a ensuite évalué les effets de l'arrivée de LCI sur le marché publicitaire, et ses incidences pour les chaînes. Pour ce qui est de l'évolution générale du marché, il a bien mis en œuvre une approche prospective, dynamique, du marché de la publicité télévisuelle dans sa globalité. L'hypothèse de stagnation à court et moyen terme qu'il a retenue est également celle envisagée par l'Autorité de la concurrence. Il a ensuite mis en évidence deux types d'effets liés à l'arrivée de LCI, qui ne doivent pas être confondus. Des effets concurrentiels *stricto sensu*, liés à la puissance que la chaîne LCI tire de son appartenance au groupe TF1 (effets de levier, écrans puissants, taux de transformation élevé). Et des effets de captation indépendants des précédents, liés à la répartition sectorielle des investissements publicitaires sur les chaînes. A cet égard l'étude d'impact comme la décision mettent en évidence le « surinvestissement » de certains secteurs annonceurs - en particulier l'automobile et la finance-assurance - sur les chaînes d'information en continu, et la forte dépendance de RMC Découverte et de L'Equipe 21 envers les annonceurs de ces secteurs. Le CSA a estimé que les mesures envisageables pour remédier aux effets concurrentiels – à savoir l'interdiction partielle des couplages publicitaires entre TF1 et LCI et la séparation des régies publicitaires de ces chaînes - auraient été inopérantes sur ce phénomène de captation de l'audience. Cette affirmation ne nous paraît pas utilement critiquée. Même avec une part du marché publicitaire global de la TNT limitée à 1%, l'arrivée de LCI paraît ainsi de nature à porter atteinte aux équilibres particuliers du marché.

De la combinaison de ces effets sur l'audience et sur le marché publicitaire, le CSA a déduit un risque d'atteinte à la viabilité de quatre chaînes : les deux chaînes d'information en continu ainsi que L'Equipe 21 et RMC Découverte. Toutes subissent des pertes d'exploitation, à l'exception, récente, de BFM TV. L'Equipe 21 et RMC Découverte, de création récente, sont à cet égard spécialement fragiles. L'adossement de I-Télé au groupe Canal + et celui de BFM TV au groupe NextRadio TV, qui dispose également d'une assise certaine, ne nous paraît pas déterminant à cet égard : c'est au niveau du service qu'il convient d'apprécier la viabilité de l'exploitation ; l'adossement à un opérateur puissant peut tout au plus permettre de prolonger la survie d'un service qui ne serait pas viable économiquement – la situation de LCI illustre d'ailleurs bien cette problématique.

L'ultime étape dans cette progression méthodologique est l'appréciation du bilan, du triple point de vue de l'impératif fondamental de pluralisme, de l'intérêt du public et de la diversité des opérateurs.

RMC Découverte et L'Equipe 21 ont une programmation originale qu'elles sont chacune seules à proposer sur la TNT gratuite – elles sont seules sur leur

« créneau ». Elles appartiennent toutes les deux, ainsi que BFM-TV, à un groupe classé dans la catégorie des opérateurs dits « indépendants » par rapport aux trois opérateurs historiques que sont TF1, Canal + et M6. Par la nature de son contenu, l'offre de LCI ne peut être regardée comme substantiellement différente de celle des deux autres chaînes d'information en continu, ni ne viendrait combler une lacune dans l'offre de l'actuelle TNT gratuite. Dans cette balance, les inconvénients qui résulteraient d'un arrêt de la diffusion de LCI sur la TNT payante paraissent moindre que ceux qui résulteraient d'un arrêt de la diffusion de ces chaînes.

Et selon nous la décision attaquée, dans son considérant 32, porte bien la trace que la balance a été faite en tenant compte de la perspective « *à la supposer* » d'un arrêt de LCI.

Nous vous invitons ainsi à écarter l'ensemble des moyens de la requête de la société LCI.

6.2. La décision relative à Paris Première, fondée sur la même méthodologie nous a en revanche semblé receler trois éléments de fragilité.

Paris Première est une chaîne « mini-généraliste » à la programmation axée sur les spectacles, le cinéma, la vie culturelle et les événements parisiens. Le CSA a estimé que ce format éditorial exposait particulièrement trois chaînes au risque de transfert d'audience – Arte, D8, Numéro 23, et trois chaînes à des variations d'investissements publicitaires – D8, NRJ 12 et Numéro 23. Il a au total conclu que le passage de Paris Première sur la TNT gratuite porterait atteinte à l'impératif fondamental de pluralisme, aux dépens de la diversité des opérateurs, en raison d'incidences qu'il a caractérisées de la manière suivante : une menace particulière pour la viabilité économique et financière de Numéro 23, et une incidence défavorable sur la situation économique de D 8, dont l'assise pourrait à terme être menacée.

D'une part, pour les raisons que nous avons indiquées précédemment ce deuxième motif nous paraît erroné en droit, faute qu'ait été mise en évidence une menace pour la viabilité même de la chaîne D 8. Le risque identifié ne nous paraît pas suffisant.

D'autre part, l'appréciation portée sur la viabilité de Numéro 23 nous a semblé, en définitive, insuffisamment étayée par les éléments du dossier.

L'étude d'impact fait ressortir que Paris Première a une plus grande proximité éditoriale, de contenus et de public avec D 8 qu'avec Numéro 23, dont la programmation est constituée majoritairement d'œuvres de fiction et, pour le reste, de magazines et d'émissions de débat centrés sur le thème de la « diversité ». Il en résulte un sérieux doute sur la pertinence des évaluations de transfert d'audience, presque égaux, entre ces deux chaînes à l'horizon 2019.

Par ailleurs, la décision relative à Paris Première nous paraît moins solide que celle relative à LCI sur la question des transferts de ressources publicitaires, en ce qu'on n'y trouve aucune analyse sectorielle des investissements publicitaires qui mettrait en évidence le fait que Numéro 23 serait particulièrement exposé à la captation d'une part

importante de ses recettes publicitaires par Paris Première – la décision indique d’ailleurs que « *l’incidence d’une réorientation des choix d’investissements vers Paris Première pourrait être particulièrement forte pour les chaînes de la TNT récemment autorisées* ». La décision insiste certes sur les éléments de fragilité de la chaîne, de création récente : sa faible audience (0,3% en 2013), le déficit d’exploitation enregistré en 2013, et la montée en charge prévue des dépenses d’exploitation à partir de 2016. Mais il y manque, nous semble-t-il, un maillon permettant d’arriver à la conclusion d’une menace « particulière » pour la viabilité de la chaîne.

Enfin, pour ce qui est du raisonnement effectué au stade du « bilan », la décision fait clairement ressortir qu’il a été effectué au regard du seul prisme de la diversité des opérateurs, sans appréciation au regard de l’intérêt du public des inconvénients respectifs du maintien de Paris Première sur la TNT payante et de l’éventuel arrêt de Numéro 23.

Nous pensons ainsi que le refus d’agrément opposé à la société Métropole Télévision n’est pas justifié légalement au regard du quatrième alinéa de l’article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986.

7. Et nous en revenons donc, pour finir, au moyen de défense par lequel nous avons commencé cet exposé, et à la question que nous avons laissée en suspens – pour le cas où vous seriez d’avis que dans son principe même, le passage d’une diffusion payante à une diffusion gratuite équivaut à l’octroi de nouveaux droits d’utilisation des radiofréquences au sens de l’article 5 paragraphe 2 de la directive 2002/20.

La procédure de l’article 42-3 repose sur des critères objectifs. Elle est non discriminatoire - étant ouverte à tous les services souhaitant changer de mode de financement. Elle repose sur des critères objectifs. Elle présente des garanties de transparence qui pour n’être pas absolues sont suffisantes. Et l’examen des moyens de légalité interne vous aura, pensons-nous, démontré qu’elle est enfin proportionnée.

C’est à vous qu’il revient d’appliquer et d’interpréter le droit de l’Union, sauf à ce qu’une difficulté sérieuse justifie un renvoi préjudiciel à la CJUE. Nous ne pensons pas que ce soit le cas en l’espèce malgré, il est vrai, l’absence de jurisprudence directement topique : le texte de la directive ne laisse pas place à suffisamment d’hésitation.

Nous vous invitons donc, si vous estimez comme nous que le refus opposé à Paris Première est illégal au regard du droit interne, à écarter le moyen de défense, et donc annuler ce refus. Vous enjoindrez dans ce cas au CSA d’examiner à nouveau la demande de Paris Première, dans un délai qu’il serait raisonnable de fixer à six mois.

PCMNC :

Sous le n° **384826** :

- à ce que les interventions de l’Union des syndicats nationaux de l’audiovisuel CFTC et de la société NextRadio TV soient admises,

- au rejet de la requête de la société LCI,
- à ce qu'une somme de 4000 euros à verser au CSA soit mise à la charge de la société LCI au titre de l'article L. 761-1 du CJA ;

Sous n° **385474** :

- à ce que l'intervention de la société NRJ Group soit admise,
- à l'annulation de la décision du CSA du 29 juillet 2014 relative à Paris Première,
- à ce qu'il soit enjoint au CSA de se prononcer à nouveau sur la demande d'agrément présentée par la société Métropole Télévision dans un délai de six mois à compter de votre décision,
- à ce qu'une somme de 6000 euros à verser aux requérantes soit mises à la charge du CSA au titre de l'article L. 761-1 du CJA,
- et au rejet des conclusions présentées au même titre par le CSA.