

N°s 431164, 432634  
BFM TV

5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies  
Séance du 11 décembre 2019  
Lecture du 31 décembre 2019

## CONCLUSIONS

### M. Nicolas POLGE, rapporteur public

La chaîne de télévision BFM a-t-elle le droit de retransmettre en direct la finale de la ligue des champions ? C'est la question que vous allez devoir... arbitrer.

Elle se présente dans le cadre, propre à la chaîne, de l'article 3-1-1 de la convention passée avec le CSA et dans celui, plus général, du régime de retransmission audiovisuelle des événements d'importance majeure, au sens de l'article 14 de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 (directive « services de médias audiovisuels »).

La directive autorise tout Etat membre à établir une liste, notifiée à la Commission d'événements, nationaux ou non, qu'il juge « d'une importance majeure pour la société » et à prendre des mesures pour que les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence ne les retransmettent pas d'une manière exclusive d'une façon qui prive une partie importante du public de la possibilité de suivre ces événements en direct ou en différé sur une télévision à accès libre. La France a usé de cette option en reprenant les termes de la directive à l'article 20-2 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*. Le décret d'application n° 2004-1392 du 22 décembre 2004 pose en son article 4 le principe de la retransmission intégrale et en direct par un service de télévision à accès libre, en admettant des exceptions au direct pour les événements ayant lieu entre 0 et 6 h, heure française, ou pour les épreuves simultanées des jeux olympiques et des championnats du monde d'athlétisme, et des exceptions à la retransmission intégrale pour ces deux mêmes événements et pour le Tour de France. L'article 5 prévoit que si un éditeur de services de télévision détient des droits de retransmissions à titre exclusif sans satisfaire lui-même à ces conditions de retransmission à accès libre, en principe intégrale et en direct, il doit proposer aux éditeurs de services de télévision à accès libre de leur céder des droits afin d'assurer ce type de retransmission.

Relevons pour l'anecdote ou votre édification que les dix Etats-membres qui ont notifié à la Commission une liste d'événements d'importance majeure sont unanimes sur la conviction que seul le spectacle sportif importe réellement à la société : 70 des 76 événements énumérés sont d'ordre sportif, du moins à la date du recensement opéré par

le sénateur Assouline dans son rapport de 2014 sur le sport à la télévision. Seules l'Italie, l'Autriche et la Belgique ont permis d'ouvrir la liste à 6 autres événements, tous d'ordre musical : le concert de nouvel an à la Fenice, l'ouverture de la saison à la Scala, le Festival de chanson italienne de San Remo, le grand Bal de l'Opéra de Vienne, le concert de nouvel an de l'Orchestre philharmonique de Vienne et la finale du Concours musical Reine Élisabeth.

La liste française, fixée par le décret, est la plus longue et comprend la finale de la Ligue des champions.

C'est le groupe SFR-Altice qui détient les droits de diffusion des matchs de la Ligue des champions depuis août 2018. Ces matchs sont habituellement diffusés sur sa chaîne ou bouquet de chaînes RMC Sport. Mais celle-ci est payante et disponible uniquement par satellite, câble, IPTV ou en web TV. Aussi la diffusion de la finale a-t-elle été annoncée sur une autre chaîne du groupe, BFM TV, disponible gratuitement sur la télévision numérique terrestre.

Lors de sa séance du 3 avril 2019, le CSA a adopté une délibération estimant qu'une telle programmation n'était pas compatible avec les stipulations des articles 1-1 et 3-1-1 de la convention de BFM TV, qui prévoient que cette chaîne doit être consacrée à l'information. Malgré la notification de cette position par courrier du 11 avril 2019, BFM TV a procédé à la diffusion prévue, le 1<sup>er</sup> juin 2019 comme chacun sait. Aussi le CSA lui a-t-il adressé une mise en demeure de se conformer à l'avenir sur ce point aux stipulations de la convention.

La mise en demeure, prévue par la loi et les conventions, qui constate le manquement d'un éditeur de services à l'une de ses obligations et constitue le préalable, jugé indispensable par le conseil constitutionnel, à une éventuelle sanction en cas de réitération, est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir devant vous (11 décembre 1996, *Société Radio nostalgie*, n°163553, T. 797, 1148 ; 25 novembre 1998, *Compagnie luxembourgeois de télédiffusion*, n°168125, T. 1030, 1074, 1090, 1154, 1155 ;).

Vous avez cependant admis que le CSA puisse aussi adresser aux chaînes des rappels à la réglementation dépourvus des effets juridiques de la mise en demeure et par suite insusceptibles d'un recours pour excès de pouvoir, tels que des « mises en garde » (4 octobre 1996, *Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux et autres*, n°168131, 168225, 168 994, p. 381).

La consécration par votre jurisprudence de la catégorie des actes de droit souple, qui, bien que ne présentant pas le caractère d'une décision, sont susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir, ne vous a pas faits dévier de votre approche des mises en garde adressées par le CSA.

Selon la décision d'Assemblée du 21 mars 2016, *Sté Fairvesta international GMBH*, n° 368082, p. 76, les avis, recommandations, mises en garde et prises de position

adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir :

- lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives,
- ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ;
- ou encore lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique,
- ou, enfin, qu'ils ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

Par votre décision du 10 novembre 2016, *M... et autres*, n° 384691, 384692, 394107, p. 509, vous avez appliqué positivement cette jurisprudence en jugeant recevable un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une délibération et deux communiqués de presse du CSA qui, bien que n'ayant produit aucun effet de droit, ont eu pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des services de télévision, en les incitant à éviter de procéder à l'avenir à de nouvelles diffusions d'un message prêtant à controverse dans le cadre de séquences publicitaires

Mais vous avez, néanmoins, par votre décision du 14 février 2018, *commune de Cassis*, n° 406425, T. 815, 889, maintenu qu'une lettre de rappel d'une chaîne à ses obligations par le CSA assortie d'une mise en garde pour l'avenir n'est pas susceptible de recours contentieux, en ajoutant que symétriquement le refus d'adresser un tel rappel n'est pas non plus susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, et votre décision ultérieure du 18 juillet 2018, *soc. NRJ*, n° 410690, T. 894, distingue bien dans la même affaire une mise en garde individuelle qui se borne à rappeler à son destinataire la nécessité de se conformer à ses obligations et une communication constituant une prise de position de l'autorité de régulation sur la méthode qu'il entendait mettre en œuvre pour vérifier le respect des règles de quota de chanson française, revêtant le caractère de dispositions générales et impératives et ayant, de surcroît, pour objet d'influer sur le comportement des services de radio.

En se penchant sur les précédents, on croit comprendre que le fait qu'une mise en demeure doive revêtir un caractère collégial alors que la pratique des mises en garde s'est d'abord développée sous la seule signature du président du CSA a pu jouer un rôle important dans la distinction des deux catégories, mais ce critère s'est estompé dans vos décisions récentes, au profit d'un poids croissant de l'intention du CSA - aux côtés, bien sûr, des effets de l'acte, qui ont toujours été déterminants pour sa qualification, mais qui, sur le plan juridique, dépendent de cette dernière, ce qui risque de rendre un peu circulaire ce critère.

S'agissant de la frontière avec les actes de droit souple, Laurence Marion indiquait dans ses conclusions sur votre décision *commune de Cassis*, en se référant à votre décision de 2016 *M... et autres*, « pour qu'une délibération du CSA dépourvue, par elle-même, d'effet de droit puisse être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir, il faut (...) qu'elle ait pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des services de télévision, au-delà de son destinataire ». Cependant, à moins d'intégrer ce dernier

critère, « au-delà de son destinataire », dans celui qu'exprime l'adjectif « significative », cette condition n'est pas posée par votre décision d'Assemblée, et elle ne ressort pas clairement de votre décision de 2016 *M*....

Qu'en est-il de la délibération du 3 avril 2019 ?

Très clairement, elle ne revêt pas les caractères d'une mise en demeure, à commencer par le fait qu'elle n'intervient pas pour constater un manquement déjà commis mais pour tenter d'en éviter un qui s'annonce.

Ce caractère préventif ne la distingue en revanche ni de la mise en garde, qui vaut elle aussi pour l'avenir, ni de l'acte de droit souple. Sa publication sur le site internet du CSA ne paraît pas lui avoir fait perdre son caractère individuel, car sa portée est étroitement dépendante des clauses de la convention de la chaîne, et elle ne vaut donc guère avertissement à l'endroit de l'ensemble des chaînes, mais nous venons de voir qu'il faut prendre ce critère avec circonspection. De même s'agissant de la circonstance qu'elle n'a eu aucun effet sur le comportement de la chaîne : la formulation de votre arrêt d'assemblée s'intéresse sur ce point à l'objet de l'acte.

Elle n'a, en tout cas, aucunement le caractère d'une prescription individuelle dont le CSA pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance : c'est la mise en demeure qui présenterait ce caractère, si elle n'était déjà sujette à recours pour excès de pouvoir – ce type d'actes rangé dans les catégories du droit souple par votre décision d'assemblée a un furieux air de ressemblance avec le droit dur.

Ce qui finalement l'assimile peut-être le mieux à la mise en garde de type *Commune de Cassis*, c'est une condition que vous avez pour la première fois explicitée pour que le CSA puisse se borner à une mise en garde, sans mise en demeure : le caractère isolé du manquement constaté par la mise en garde. Certes, une fois le manquement commis, il y a bien eu mise en demeure ici, mais c'était alors en présence d'un risque de réitération devenu évident, la mise en demeure intervenant alors moins pour constater un manquement isolé que pour prévenir, ou permettre à défaut de punir, une réitération qui lui ôterait son caractère isolé. Tandis que la mise en garde qui intervient, comme en l'espèce, avant même le manquement, ne peut avoir pour objet propre que d'éviter un premier manquement. Peut-être est-ce en ce sens qu'elle se distingue le moins mal de l'acte de droit souple ayant pour objet d'influer de manière significative sur le comportement de la personne à laquelle il s'adresse : ce qui est isolé n'est pas significatif.

On pourrait cependant se demander si le caractère purement préventif de l'acte litigieux, qui le différencie de la mise en garde classique, ne donnerait pas un intérêt à ce qu'il puisse donner prise à un contentieux également préventif, permettant de vider par avance le litige relatif à l'interprétation des obligations de la chaîne. Mais c'est la mise en demeure, sujette à recours pour excès de pouvoir, qui a déjà été conçue comme avertissement sans frais permettant à son destinataire de réagir au contentieux, au besoin en référé-suspension, si, par exemple, est en cause une diffusion prêtant à contestation

destinée à se répéter rapidement, comme un nouveau feuilleton ou une nouvelle émission régulière contestés en tant que tels.

Vous devriez donc pouvoir accueillir la fin de non-recevoir soulevée par le CSA à l'encontre des conclusions tendant à l'annulation de la délibération du 3 avril. Vous ne devriez pas en principe vous permettre de vous prononcer sur le fond de la contestation sans qu'il soit besoin de se prononcer d'abord sur la fin de non-recevoir, car la question de recevabilité soulevée touche ici tout autant à la compétence du juge.

2/ Si vous vous prononciez sur le fond de cette requête, ce ne pourrait être que dans les mêmes termes qu'en ce qui concerne la mise en demeure.

Le CSA a produit le procès-verbal dont il ressort que le quorum requis était bien réuni, contrairement à ce que soutient la requérante.

S'agissant de la légalité interne, les dispositions de l'article 20-2 de la loi du 30 septembre 1986 n'ont évidemment pas pour effet d'autoriser les chaînes de télévision à s'émanciper du cadre de la convention passée avec le CSA afin de contribuer à l'objectif d'intérêt général de large accès du public aux événements d'importance majeure : ne peuvent envisager la retransmission intégrale en direct de l'événement que les chaînes dont le cahier des charges est compatible avec une telle diffusion, et il n'appartient pas à la convenance du titulaire des droits de décider de confier cette opération à d'autres chaînes. Il en est de même des clauses de l'article 2-2-4 de la convention, qui prévoit que la société BFM TV doit respecter les dispositions législatives et réglementaires relatives à la retransmission des événements d'importance majeure : cette clause ne lui ouvre pas par principe la possibilité de retransmettre ces événements en méconnaissance des autres clauses qui, conformément, à l'article 28 de la loi définissent les caractéristiques générales de son programme propre.

Tout se ramène donc à la question de la compatibilité de la retransmission intégrale en direct de la finale de la ligue des champions avec la définition conventionnelle de la nature des programmes de BFM TV. L'article 1-1 prévoit que sa programmation est consacrée à l'information, notamment à l'information économique et financière. L'article 3-1-1 le répète et précise que la chaîne « offre un programme réactualisé en temps réel couvrant tous les domaines de l'actualité ». Il prévoit cependant une ouverture hors de l'information en temps réel sur l'actualité : « La programmation peut être complétée, le samedi et le dimanche, par des rediffusions d'événements d'anthologie du sport » pour une durée quotidienne plafonnée en journée et une part du temps d'antenne hebdomadaire limité à 10 %.

Un événement sportif en cours ne peut avoir encore le caractère d'anthologie requis : on ne peut apprécier que postérieurement s'il est bien digne d'une anthologie. L'exception ne s'appliquait donc pas. Et son existence suggère par elle-même que la diffusion intégrale d'un événement sportif ne relève pas de l'information.

Et, de fait, si le sport fait incontestablement partie de l'actualité, sur laquelle BFM produit de l'information, l'actualité et l'information ne se confondent pas. Intuitivement, on conçoit que l'information suppose un travail de sélection, d'analyse, de distanciation, d'enrichissement qui va au-delà du commentaire sportif à chaud.

Plus précisément, le CSA fournit en défense des indices de l'existence de la retransmission sportive en tant qu'objet juridique différent de l'information sur les faits d'actualité sportive :. Ainsi, l'article L. 333-1 du code du sport prévoit que les « retransmissions sportives » peuvent faire l'objet de droits de propriété intellectuelle, à la différence des faits d'actualité sportive, qui peuvent notamment donner lieu à la diffusion « au cours des émissions d'information » d'extraits gratuits librement choisis par le service qui les diffuse bien qu'il ne soit pas cessionnaire des droits. Et l'article 4 du décret n° 90-66 du 17 janvier 1990 pris pour l'application de la loi du 30 septembre 1986 fixant les principes généraux concernant la diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles par les éditeurs de services de télévision énumère distinctement, dans la liste des œuvres qui ne sont pas classées au titre des œuvres audiovisuelles au sens de cet article, « les journaux et émissions d'information » et les « retransmissions sportives »

Vous pourrez donc confirmer que la retransmission intégrale d'une retransmission sportive méconnaît les stipulations de la convention de BFM TV avec le CSA, hors du cadre de l'exception réservée aux événements d'anthologie. Dans ces conditions, la mise en demeure que lui a adressée le CSA ne porte pas atteinte à la liberté éditoriale de BFM TVF, qui ne peut s'exercer qu'en conformité à la convention qui régit le service.

Quant au moyen tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité, au motif que le CSA ne s'est pas opposé à la diffusion d'un match France - Australie de la coupe du monde de football 2018 sur la chaîne LCI, il est inopérant : le principe d'égalité ne peut jamais justifier une décision par ailleurs illégale, et le principe de légalité s'oppose à ce qu'une personne se prévale utilement d'une décision individuelle antérieure illégale au regard des motifs qui la fondent (11 octobre 1967, *A...*, n° 68585, T. 683, 831, 833, 864, 900). La référence à la situation favorable de LCI ne serait donc permise que si cette situation de LCI était légale, c'est-à-dire conforme à sa propre convention, comme le soutient le CSA qui précise que celle-ci n'impose la programmation d'émissions d'information qu'à hauteur de 80 % de l'offre de programme de LCI – mais la convention de BFM TV étant, précisément, différente, on se heurte à nouveau à l'inopérance de ce raisonnement par comparaison.

Par ces motifs, je conclus au rejet des deux requêtes, la première comme irrecevable, et la seconde comme non fondée.