

Nos 395824, 399098
Société BFM TV
Société NextRadioTV

N°396476
Société Métropole Télévision
Société Paris Première

Assemblée du contentieux
Séance du 1^{er} juillet 2016
Lecture du 13 juillet 2016

Décisions publiées au recueil Lebon (p. 366, 372)

CONCLUSIONS

M. Nicolas Polge, rapporteur public

Vous n'ignorez rien du contexte et des précédents épisodes des deux litiges qui donnent lieu à ces trois requêtes.

Lors de l'adoption de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*, la télévision n'était diffusée que par le réseau hertzien terrestre. Elle est désormais diffusée également par le câble, le satellite, la fibre optique, l'ADSL et la téléphonie mobile. Pour le réseau hertzien terrestre, la technologie numérique s'est progressivement substituée au mode analogique. En 2002, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a délivré les premières autorisations d'émettre en télévision numérique terrestre (TNT) pour quinze chaînes payantes, financées principalement par les usagers, et, outre les chaînes du secteur public, huit chaînes gratuites, financées essentiellement par des recettes publicitaires – gratuites sous réserve de l'acquittement de la taxe dénommée légalement « contribution à l'audiovisuel public », souvent dite « redevance télé » (art. 1605 à 1605 *quater* du code général des impôts).

Mais le modèle de la TNT payante a échoué, pris comme entre le marteau et l'enclume entre la TNT « gratuite », dont l'offre peut déjà suffire *au téléspectateur normalement constitué*, et les possibilités, payantes mais presque infinies, du câble, du satellite et de l'ADSL. Des chaînes payantes ont l'une après l'autre rendu leur fréquence, tandis que de nouvelles chaînes gratuites ont été autorisées en 2012. Parallèlement, le secteur audiovisuel a connu d'importants mouvements de concentration avec plusieurs rachats de chaînes par les « poids lourds » du secteur : le groupe TF1, le groupe Canal + et la société Métropole Télévision (M6).

Dans ce contexte, Paris Première, chaîne payante, a demandé en 2012 au CSA l'autorisation de passer à une diffusion gratuite. Le CSA a refusé, une telle modification substantielle de

l'autorisation initiale ne pouvant intervenir, selon votre jurisprudence constante, sans nouvel appel à candidature¹.

Le Parlement, 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 de la loi n°2013-1028 du 15 novembre 2013 *relative à l'indépendance de l'audiovisuel public*. Il a ainsi introduit à l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 des dispositions, figurant au quatrième alinéa, qui permettent au CSA, à certaines conditions, d'autoriser des chaînes à passer du payant au gratuit (ou, en théorie, l'inverse, mais le cas de figure reste pure hypothèse d'école). Lors du vote de la loi, les chaînes payantes étaient encore au nombre de cinq (ou huit si l'on individualise les chaînes du « bouquet » Canal +) : LCI (La Chaîne de l'Information), Eurosport, Paris Première, TF6 et les quatre chaînes diffusées par le groupe Canal +, notamment Planète +. 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, par le groupe M6 pour la chaîne Paris Première et par le groupe Canal+ pour la chaîne Planète +. Le 29 juillet 2014, il a rejeté ces trois demandes.

Sur les requêtes de la société LCI et des sociétés Paris Première et Métropole Télévision (M6), par deux décisions d'assemblée du 17 juin 2015 (n°384826, p. 199, et 385474, inéd.), vous avez annulé les deux décisions de refus concernant LCI et Paris Première, pour un vice de procédure. Vous avez en outre enjoint au CSA de se prononcer à nouveau sur la demande d'agrément d'une modification des conditions de financement du service Paris Première dans un délai de six mois à compter de la date de votre décision.

Après avoir repris la procédure dans les conditions prévues par la loi et précisées par vos arrêts, le CSA s'est conformé de justesse, en termes de délai, à cette injonction, en se prononçant à nouveau le 17 décembre 2015 sur la demande de la société Métropole Télévision. Il a réitéré son refus d'agrément, tout en réservant expressément « une évolution des conditions d'exploitation de la chaîne, de ses exigences programmatiques et de l'évolution de l'ensemble du paysage audiovisuel qui pourraient justifier le dépôt d'une nouvelle demande ». C'est la décision que contestent à nouveau les sociétés M6 et Paris Première.

En revanche, le même jour, le CSA a, cette fois, agréé la demande de modification des modalités de financement du service de télévision hertzienne terrestre LCI. Cet agrément est toutefois donné sous réserve de la signature d'un avenant à la convention conclue le 10 juin 2003 avec le CSA afin de reprendre les engagements souscrits par le groupe TF1 à l'appui de sa demande. Cet avenant a été signé le 17 février 2016, et annexé à la décision du 19 février 2016 par laquelle le CSA a modifié la décision du 10 juin 2003 autorisant la diffusion du service LCI par voie hertzienne terrestre en mode numérique sur deux points : pour y prévoir la diffusion de LCI « en clair » et non « sous condition d'accès », et pour attribuer par conséquent à LCI l'un des numéros logiques réservés aux services de télévision nationale anciennement diffusés en mode analogique ou diffusés en clair, soit le numéro 26. Pour synchroniser les ajustements techniques nécessaires avec ceux que réclamaient à la date du 5 avril 2016 la généralisation de la norme MPEG-4 sur tout le territoire métropolitain et

¹ 15 janvier 1997, *Association Sud-Vendée Pictons*, n°177989, 180694, p. 20 ; 30 juillet 1997, *Société d'exploitation Radio-Chic (Serc)*, n°153402, T. 1054 ; 28 novembre 2014, *Société NRJ Réseau*, n°363146, p. 353.

d'autres opérations techniques propres à certaines régions, la décision du 19 février 2016 fixe à cette date du 5 avril 2016 le début de la diffusion de LCI en clair.

Cette fois, ce sont les sociétés BFM TV et NextRadio TV qui contestent les décisions du CSA devenues favorables à LCI. Elles ont demandé la suspension de la première, mais votre juge des référés, par ordonnance du 9 février 2016 (n°395825, inéd.), a rejeté cette demande, en l'absence d'urgence.

*

1. Les parties ne se sont emparées que tard, mardi soir précisément, mais on va comprendre pourquoi, de la première question que soulèvent ces trois requêtes, et qui est celle de la nature de ce contentieux : relève-t-il de l'excès de pouvoir, ou bien du plein contentieux ?

Vos décisions d'assemblée du 17 juin 2015 ont, comme, à l'époque, votre rapporteur public, analysé les précédents recours, qui émanaient des sociétés dont la demande d'agrément avait été rejetée, comme des recours pour excès de pouvoir. En tout cas, c'est ainsi qu'elles les visent. Pourtant, l'article 42-8 de la loi du 30 septembre 1986 dispose : *« 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 du Conseil supérieur de l'audiovisuel prises en application des articles 17-1, 42-1, 42-3 et 42-4 »*

En apparence, en retenant très discrètement la qualification de recours pour excès de pouvoir, vos arrêts du 17 juin 2015 s'inscrivent dans la continuité d'une jurisprudence assez abondamment nourrie par des recours dirigés contre des décisions d'agrément du CSA, qui ont été traités comme des recours pour excès de pouvoir depuis votre décision de section du 29 janvier 1993, société NRJ, n°121953, p. 17, et jusqu'à vos décisions de section du 30 décembre 2010, n°338273, p. 544, et votre décision d'assemblée du 23 décembre 2013, n°363978, p. 328, toutes deux rendues sur la requête de la société Métropole Télévision. Mais il s'agissait toujours de recours émanant de tiers contre des décisions d'agrément dont la possibilité n'avait pas été prévue expressément par l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 mais déduite, par une interprétation constructive de votre part, des dispositions du premier alinéa de l'article relatives aux retraits d'autorisation en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée. Or, Serge Daël, dans ses conclusions sur votre décision de section du 29 janvier 1993, avait très précisément analysé la nature de tels recours. L'article 42-8 qualifiait déjà de recours de pleine juridiction celui que pouvait former le titulaire de l'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle contre les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel visées aux articles 42-1, 42-3 et 42-4. Deux raisons s'opposaient donc à cette qualification pour les recours des tiers contre les décisions d'agrément : ils n'émanaient pas du titulaire de l'autorisation, et ils contestaient des décisions qui n'étaient pas visées à l'article 42-3.

En retenant la même qualification pour les recours accueillis par vos arrêts du 17 juin 2015, les visas de ces décisions méconnaissent l'évolution des dispositions des articles 42-3 et 42-8 de la loi du 30 septembre 1986. L'insertion à l'article 42-3, par la loi du 15 novembre 2013, de l'alinéa qui prévoit expressément les agréments en cause place les recours dirigés contre les décisions du CSA relatives à ces agréments dans le champ de votre compétence de pleine juridiction, par qualification de la loi, du fait des dispositions de l'article 42-8.

Les dispositions de la loi sont en tout cas parfaitement claires à cet égard en ce qui concerne le recours du titulaire d'une autorisation d'émettre contre un refus d'agréer une modification des conditions de financement du service. Peut-être ne le sont-elles pas tant en ce qui concerne les recours des tiers : en mentionnant « *les éditeurs et les distributeurs de services de communication audiovisuelle* », la rédaction actuelle de l'article 42-8 n'entendrait-elle pas désigner seulement, comme la rédaction initiale de l'article qui ne concernait que le titulaire d'une autorisation frappé d'une décision de retrait, celui qui a demandé un agrément et auquel on le refuse ?

C'est sur ce point que la lecture des travaux parlementaires préparatoires à la loi du 9 juillet 2004 *relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, dont est issue la rédaction actuelle de l'article 42-8, chasse les doutes possibles. La loi du 9 juillet 2004 a, tout à la fois, étendu, à l'article 42-8, les catégories de personnes pouvant former un recours de pleine juridiction contre certaines décisions prises par le CSA, allongé, au même article, la liste des dispositions rattachées à ce plein contentieux et placé à l'article 42-3 des dispositions fondant de nouvelles catégories de décisions du CSA, dispositions qui prolongeaient pour la première fois votre jurisprudence relative aux agréments donnés par le CSA en prévoyant expressément, à l'article 42-3, un tel agrément pour la modification du titulaire d'une autorisation pour la diffusion d'un service de radio. Il ressort de ces modifications simultanées et des débats auxquels elles ont donné lieu que la nouvelle rédaction de l'art. 42-8 visait à confier au seul conseil d'Etat tous les litiges portant sur les décisions du CSA, pour mettre fin à la compétence judiciaire qui existait auparavant sur certains litiges, et que le Parlement était conscient que, ce faisant, le conseil d'Etat statuerait en tant que juge de plein contentieux non plus seulement sur des sanctions et mises en demeure décidées par le CSA (art. 42-1, 42-3 1er §, 42-4) mais aussi sur des autorisations qu'il délivre dans sa fonction de régulation (agrément des changements de titulaire des autorisations et des changements de catégorie pour les radios, ajouté à l'art. 42-3 par cette même loi).

Il semble donc bien qu'il faille rattacher au plein contentieux tant le recours des sociétés Métropole Télévision et Paris Première, c'est ce qui fait le moins de doute, que le recours des sociétés BFM TV et NextRadio TV contre la décision du CSA d'agréer la modification des modalités de financement du service LCI.

Qu'en est-il du recours de ces sociétés contre la décision du CSA du 19 février 2016 ? S'il s'agissait d'une décision purement relative à l'autorisation délivrée à la société LCI, elle ne relèverait pas des dispositions auxquelles renvoie l'article 42-8 de la loi du 30 septembre 1986. Mais cette décision, en réalité, parfait l'agrément délivré et en rend possible la mise en œuvre. Elle doit donc être elle-même regardée comme prise en application du quatrième alinéa de l'article 42-3, ce qui rattache aussi au plein contentieux le recours dirigé contre cette décision.

2. Il n'y a pas pour autant, s'agissant de votre office, de conséquences mécaniques à tirer du rattachement de ces recours au plein contentieux.

L'examen des conclusions dont vous êtes saisis doit conduire à se déterminer à cet égard sur quatre points : la recevabilité des interventions ; la date à laquelle doit s'apprécier la légalité des décisions contestées ; l'opérance des moyens de légalité externe ; le pouvoir ou le devoir pour le juge de prendre une décision qui se substituerait à la décision attaquée.

Mais sur ces quatre questions, votre jurisprudence offre l'exemple de toutes les solutions possibles en plein contentieux, comme le démontrent quelques thèses universitaires (Hélène LEPETIT-COLLIN, Recherches sur le plein contentieux objectif, LGDJ, 2011, 586 p. ; David BAILLEUL, L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, LGDJ 2002, 428 p.) comme la synthèse efficace donnée par Damien BOTTEGHI et Alexandre LALLET dans leur chronique parue à l'AJDA en 2011, p. 156, « Le plein contentieux et ses faux semblants », notamment dans le plein contentieux de la légalité.

La recevabilité d'une intervention exige en principe que l'intervenant se prévale d'un droit auquel la décision de justice à rendre est susceptible de préjudicier (Section 15 juillet 1957, *Ville de Royan*, p. 499). Cependant, un intérêt suffisant peut dans certains contentieux suffire, par exemple, dans le contentieux des immeubles menaçant ruine, l'intérêt du locataire à intervenir dans l'instance de plein contentieux ouverte entre le propriétaire et l'administration (13 mars 1959, *Frenkiel*, T. 934).

Si le juge se place à la date à laquelle il statue pour apprécier la légalité des décisions contestées dans le contentieux des édifices menaçant ruine (2 décembre 1910, *Gaillot*, p. 861 ; sect. 30 juin 1950, *Raffalo*, p.410), des déclarations d'insalubrité (27 octobre 1944, *Robineau*, p. 374) ou des installations classées (27 janvier 1967, *Société Massilia*, p. 825 ; 5 juillet 2006, *SARL Entreprise H. Olivo*, n°259061, p. 324), il examine plus généralement la légalité de la décision de l'administration à la date de cette décision, voire, dans le contentieux des pensions ou le contentieux fiscal, à la date du fait générateur de la décision.

Si les moyens de légalité externe ne sont en général pas opérants dans le contentieux des réfugiés (15 février 1984, *A...*, n°42964, p. 74), le manquement à une garantie aussi essentielle que l'audition du demandeur de la qualité de réfugié par l'OFPRA doit conduire le juge à annuler la décision de l'office et à renvoyer à ce dernier l'examen de la demande, sauf s'il est en mesure de prendre immédiatement une décision positive (10 octobre 2013, *Office français de protection des réfugiés et apatrides c/ M. Y...*, n°362798, 362799, p. 254).

Sont de même opérants en plein contentieux fiscal les moyens relatifs à la procédure de redressement (Sect. 6 juillet 1990, *ministre du budget c/ M. B...*, n°92330, p. 210) et la généralité des moyens de légalité externe dans le plein contentieux de l'aide sociale (23 avril 2007, *T...*, n°284024, inéd. pour un refus d'accorder le RMI) ou le contentieux des pensions (sect 26 février 2003, *N...*, n°220227, p. 53).

Enfin, si le juge ne doit pas s'arrêter, le cas échéant, à la légalité ou à l'illégalité de la décision de l'administration mais statuer lui-même sur les droits du demandeur, comme dans le contentieux des réfugiés (sect. 8 janvier 1982, *A...*, n°24948, p. 9, concl. B. Genevois) ou dans le contentieux des pensions (30 juillet 2003, *Mme K...*, n°226304, T. 885-955), au contraire, dans le plein contentieux des sanctions, la réformation de la décision de l'administration n'est qu'une faculté ; le juge peut se borner à l'annuler.

Afin de vous déterminer, sur ces différents points, pour ce qui est du contentieux particulier de l'agrément des modifications des modalités de financement d'un service de communication audiovisuelle, vous pouvez vous laisser guider par ce qui a pu être l'objectif raisonnable du législateur en vous attribuant une compétence de pleine juridiction.

La plénitude de juridiction vous ouvre en principe le pouvoir de vider entièrement le litige en vous prononçant vous-même sur une demande d'agrément. Un tel pouvoir peut s'avérer utile, dans certaines circonstances, à la mise en œuvre des objectifs de la loi. Vous ne devriez donc pas vous en priver par principe.

Il n'existe toutefois aucun indice que le législateur ait entendu bouleverser les rapports entre les opérateurs économiques, l'autorité de régulation et le juge. Vous devriez donc laisser au CSA dans toute la mesure possible la responsabilité d'exercer la plénitude de ses propres attributions, que ce soit avant un éventuel recours devant vous que dans les suites à donner à une décision de censure de votre part.

Ces deux considérations plaident pour vous vous reconnaissiez le pouvoir de délivrer vous-même l'agrément, comme les sociétés M6 et Paris Première vous le demandent depuis la reformulation, mardi soir, de leurs conclusions, tout en vous imposant à vous-même la plus grande retenue. Vous pourriez réserver la délivrance directe d'un agrément aux circonstances les plus exceptionnelles, qui rempliraient deux séries de conditions :

- il faudrait, bien sûr, qu'à la date à laquelle vous statuez, vous disposiez des éléments vous permettant de déterminer qu'à cette date, l'agrément doit être délivré ;
- et même dans cette hypothèse, vous devriez néanmoins vous résoudre à ne pas renvoyer la demande au CSA que si les circonstances l'exigeaient. Il ne pourrait s'agir que des circonstances très exceptionnelles dans lesquelles le délai nécessaire au réexamen de la demande créerait une situation irréversible privant d'objet la demande ou privant d'effet un éventuel agrément, telle par exemple que la perspective certaine d'une disparition du demandeur. Il s'agirait donc d'une exigence d'urgence renforcée.

Le respect du rôle du CSA est par ailleurs le mieux garanti si c'est à la date à laquelle il s'est prononcé que vous examinez le bien-fondé de sa décision.

Enfin, il serait incompatible avec les garanties, pour le demandeur et pour les tiers, dont l'article 42-3, tel que vous l'avez interprété, a expressément entouré l'examen des demandes d'agrément, avec étude d'impact rendue publique préalablement, audition publique du demandeur, et audition des tiers qui le demandent, de regarder comme inopérants les moyens de légalité externe. Il y a donc tout lieu de confirmer le parti pris par vos décisions du 17 juin 2015 fondées sur un vice de procédure.

Ces garanties paraissent d'ailleurs imposer que, dans les cas où l'urgence exigerait que vous vous prononciez vous-même, vous vous assuriez que vous disposez bien, pour l'appréciation de la situation à la date de votre décision, d'éléments équivalents à l'étude d'impact et aux observations recueillies des tiers prévues par la loi. Dans la même perspective, vous devriez apprécier la recevabilité des interventions en demande ou en défense non pas sur le critère d'un droit de l'intervenant susceptible d'être lésé par votre décision mais sur le critère plus libéral de l'intérêt suffisant au maintien, à l'annulation ou à la réformation de la décision du CSA.

3. Vous pourrez joindre les deux requêtes relatives à LCI, sans les joindre bien entendu à la requête relative à PP.

4. La première démonstration que vous aurez adhéré - peut-être – aux propositions qui précèdent sera alors, après avoir renoncé à la mention de l’excès de pouvoir dans le visa des requêtes, d’admettre toutefois les deux interventions, toutes deux recevables au regard du critère de l’intérêt de l’intervenant, présentées en défense :

- Dans l’affaire LCI, par l’Union des syndicats nationaux de l’audiovisuel CFTC (UNSA-CFTC), qui, en affirmant intervenir afin de défendre les intérêts collectifs des salariés de la chaîne, justifie d’un intérêt suffisant au maintien de l’agrément délivré ;

- Dans l’affaire Paris Première, et comme en 2015, par la société NRJ Group, qui diffuse la chaîne gratuite NRJ 12 et a intérêt au maintien du refus opposé à M6.

5. Toujours si vous suivez ces recommandations, vous n’écarterez pas comme inopérants les moyens de légalité externe, mais ce ne sont pas eux qui, cette fois-ci, devraient vous arrêter.

La première décision relative à LCI est suffisamment motivée et, si elle prend en compte expressément les engagements pris par le demandeur dans un courrier du 26 novembre 2015, postérieur à l’étude d’impact rendue publique le 23 novembre 2015, ces engagements ne soulevaient pas de question nouvelle par rapport à celles que l’étude d’impact avait étudiées et ne remettaient pas en cause les hypothèses générales sur lesquelles elle était fondée.

Autrement dit, l’étude d’impact suffisait à permettre au CSA d’apprécier tant l’effet que l’intérêt d’un agrément même en retenant comme il l’a fait les engagements pris dans ce courrier postérieur à l’étude d’impact. Sur un autre plan, la lettre ayant été rendue publique le 30 novembre 2015 alors que les tiers avaient encore la possibilité de présenter utilement des observations sur son contenu soit oralement lors des auditions organisées par le CSA soit par écrit, cette chronologie n’a pas non plus vicié la procédure au regard des garanties prévues par la loi en faveur de la prise en compte de la position des tiers.

Il est par ailleurs soutenu que la délivrance de l’agrément constitue une aide d’Etat qui aurait dû faire l’objet d’une notification préalable à la commission européenne, en vertu des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne. Si plusieurs des critères de l’aide d’Etat précisés par la jurisprudence de la cour de justice de l’Union européenne paraissent remplis, celui de l’intervention de l’Etat au moyen de ressources de l’Etat, c’est-à-dire, selon cette jurisprudence, par un transfert de ressources de l’Etat, est manquant, au vu de votre propre jurisprudence sur la question. En effet, par une décision du 26 novembre 2012, *syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendants (SIRTI)*, n°374030, T. 639, 975, vous avez refusé de voir un transfert de ressources de l’Etat dans l’attribution prioritaire d’une ressource radioélectrique dans les conditions prévues par le II de l’article 26 de la loi du 30 septembre 1986, au motif que cette attribution ne se traduit par aucune dépense supplémentaire ou atténuation de recettes pour l’Etat, les autres collectivités publiques ou des personnes agissant pour leur compte. Le raisonnement paraît transposable à notre cas d’espèce, et même par *a fortiori*, dans la mesure où ici il n’y a pas délivrance d’un nouveau droit d’accès au domaine public hertzien mais seulement modification des conditions d’exercice de ce droit, modification des conditions d’occupation du domaine public en quelque sorte.

Ni vice de procédure ni vice de forme n’affectent donc la décision relative à LCI.

S'agissant de la décision relative à Paris Première, c'est l'impartialité du CSA et de son président qui est contestée.

Mais ni l'évolution des appréciations portées dans l'étude d'impact réalisée en 2014 et dans l'étude d'impact réalisée en 2015, respectivement, ni le sort différencié réservé aux demandes respectives de LCI et de Paris Première ne suffisent à dénoter un parti pris du collège.

La critique des interventions publiques du président du CSA n'emporte pas non plus la conviction.

Le principe d'impartialité, principe général du droit (7 juillet 1965, *fédération nationale des transporteurs routiers*, n°61958, p. 413) qui s'impose notamment au CSA (14 juin 1991, *association Radio Solidarité*, n°107365, p. 232) est méconnu notamment en cas de « prise de position publique de nature à compromettre le respect de ce principe » (section 30 décembre 2010, *société métropole télévision*, n°338773, p. 544). L'article 5 de la loi du 30 septembre 1986 interdit d'ailleurs aux membres du CSA toute prise de position publique sur les questions en cours d'examen par le CSA. Ceci vous a déjà conduits à annuler une décision du CSA rejetant une demande de conventionnement d'un service audiovisuel après que le rapporteur du dossier au sein du CSA eut publiquement exprimé une opinion défavorable au projet et favorable à un autre (11 juillet 2012, *SARL Media Place Partners*, n°351253, T. 553). En l'espèce est critiquée la teneur d'entretiens accordés par le président du CSA, notamment sur Europe 1 le 7 décembre 2015. Malgré, cependant, la précision des éléments qu'a alors fait connaître le président sur l'évolution générale des dossiers respectifs de LCI et de Paris Première depuis les précédentes décisions du CSA, il a assorti ses propos de suffisamment de précautions pour que vous puissiez retenir, d'une part, qu'il s'est effectivement abstenu de prendre formellement position en public, et, d'autre part, que ses propos ne révèlent pas qu'il aurait définitivement arrêté sa propre position avant la séance du CSA où il devait seulement le faire en libre et impartiale délibération avec ses collègues.

6. Vous atteindrez alors, au titre de l'examen de la légalité interne des décisions du CSA, à la date à laquelle il s'est prononcé, au cœur du litige, qui se focalise, à juste titre, sur la mise en œuvre des critères de délivrance de l'agrément que vous avez définis par vos arrêts du 17 juin 2015. Les moyens soulevés obligent à s'interroger sur certains aspects de cette définition, donc à l'approfondir.

Votre interprétation du quatrième alinéa de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 figure aux points 7 et 8 de ces deux décisions. Son expression y est structurée en trois temps.

Dans un premier temps, vous avez dégagé l'objectif du législateur : dans le contexte de l'échec de la TNT payante, il s'agit de protéger « l'intérêt qui peut s'attacher, au regard de l'impératif fondamental de pluralisme et de l'intérêt du public, à la poursuite de la diffusion d'un service ayant opté pour ce modèle ».

Dans un deuxième temps, vous avez explicité la compétence du CSA pour la mise en œuvre des dispositions nouvelles : « il appartient au CSA, saisi d'une demande d'agrément, d'apprécier, en tenant compte du risque de disparition du service exploité par le demandeur, des risques qu'une modification de ses conditions de financement ferait peser sur la poursuite de l'exploitation d'autres services et des contributions respectives de ces services au pluralisme du secteur et à la qualité des programmes, si, en raison notamment de l'absence de

fréquence disponible, l'impératif de pluralisme et l'intérêt du public justifient de ne pas recourir à une procédure ouverte ».

Dans un troisième temps, vous avez affirmé la compatibilité du dispositif législatif ainsi explicité avec le droit communautaire, qui était contestée au regard de la directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 *relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques*. La directive subordonne en principe à une procédure ouverte l'attribution d'un droit d'utilisation des radiofréquences à un fournisseur de services de contenus audiovisuels, mais permet de suivre, exceptionnellement des procédures qui ne sont pas ouverte lorsque l'octroi de es droits est nécessaire à la réalisation d'un objectif d'intérêt général.

A cette fin, sans vous prononcer sur la question de savoir si les procédures d'agrément en litige entraînent dans le champ d'application de la directive, vous avez relevé « en tout état de cause » que le respect des critères que vous avez explicités permettait de regarder l'autorisation comme nécessaire à la réalisation d'un objectif d'intérêt général, au sens de l'exception aux procédures ouvertes permises par la directive, et que les autres règles communautaires étaient respectées, notamment parce que « l'octroi ou le refus de l'agrément repose sur des critères objectifs ».

Les conditions ainsi posées à la délivrance de l'agrément s'articulent donc en deux branches qui se cumulent : il faut qu'il y ait absence de fréquence disponible, ce qui, dans nos affaires n'est contesté par personne ni à la date des décisions du CSA ni à la date présente, et il faut que l'impératif de pluralisme et l'intérêt du public justifient de ne pas recourir à une procédure ouverte. Cette deuxième branche doit elle-même être appréciée en tenant compte :

- du risque de disparition du service exploité par le demandeur ;
- des risques qu'une modification de ses conditions de financement ferait peser sur la poursuite de l'exploitation d'autres services ;
- et des contributions respectives de ces services au pluralisme et à la qualité des programmes.

6.1 La première question posée par l'argumentation des pourvois est de savoir si ces critères sont exhaustifs, ou bien s'ils assurent seulement la compatibilité de l'agrément avec le droit communautaire, sans épuiser les conditions que doit vérifier le CSA avant de délivrer l'agrément.

Bien que vous n'ayez développé votre interprétation de la loi que pour répondre à un moyen tiré du droit communautaire, il ressort clairement des motifs de votre décision que cette interprétation entend définir de manière complète l'office du CSA. Certes, elle ne reproduit pas littéralement les conditions posées par le législateur lui-même à l'article 42-3, préalablement cités par vos décisions, à savoir respecter les articles 1^{er} et 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 et prendre en compte les équilibres du marché publicitaire, mais l'impératif de pluralisme et l'intérêt du public paraissent couvrir l'ensemble des intérêts protégés par les articles 1^{er} et 3-1 de la loi, et l'analyse de l'incidence d'une modification des conditions de financement du service demandeur inclut nécessairement la prise en compte des équilibres du marché publicitaire. La définition que vous avez donnée paraît donc exhaustive.

6.2. Apparaissent en outre des questions relatives à la portée exacte de ces critères.

6.2.1. La première est de savoir si l'existence d'un risque de disparition du service faisant l'objet de la demande est une condition impérative de la délivrance de l'agrément. C'est bien ce qui paraît ressortir du « préambule » de vos deux arrêts, qui fonde l'intervention du législateur sur l'intérêt qui peut s'attacher à la poursuite de la diffusion d'un service ayant opté pour le modèle de la TNT payante

6.2.2. La seconde est de savoir si ce risque de disparition doit s'apprécier au regard de la diffusion du service sur la seule TNT ou s'il doit prendre en compte les autres modes de diffusion possible (câble, satellite et ADSL).

C'est sans doute la question la moins évidente de toutes celles qui se posent dans ces affaires sur les plans les plus divers, malgré l'effort que vous avez déjà accompli dans le sens de la clarté et de la précision par vos décisions du 17 juin 2015. Il serait donc malvenu de mettre au passif du CSA une erreur d'interprétation sur ce point, si jamais vous ne confirmiez pas celle qu'il a lui-même retenue.

Ainsi qu'il apparaît mieux à la lecture de la décision relative à Paris Première et que le CSA le confirme sans plus aucune ambiguïté dans sa défense, il a estimé que le risque de disparition du service devrait s'apprécier sur l'ensemble de ses modes de diffusion.

Figurait cependant dans les conclusions de Fabienne Lambolez sur vos décisions de juin 2015 une brève indication en sens inverse. Elle n'est certes pas déterminante, mais elle paraît tout de même dénoter l'état d'esprit de l'assemblée du contentieux à cette époque.

Un examen du critère de disparitions du service dans le seul champ de la télévision hertzienne paraît correspondre à l'objectif de la disposition législative qui donne au CSA le pouvoir d'agréer une modification des conditions de financement. Elle paraît directement inspirée par les difficultés de la TNT payante, pas, semble-t-il, par les difficultés rencontrés sur un champ plus général mais propres seulement à certains des opérateurs ayant choisi d'être présents sur la TNT payante.

Mais ce qui paraît déterminant en faveur de l'appréciation de ce critère dans le seul cadre de la TNT, ce sont les différences fondamentales de support technique et de régime juridique entre la télévision hertzienne et les autres modes de diffusion de la télévision : seule la rareté de la ressource hertzienne justifie son régime juridique particulier, marqué par l'appartenance des fréquences au domaine public, le régime d'autorisation auquel est soumise leur utilisation et l'ensemble des pouvoirs du CSA. L'aménagement particulier de ce régime juridique pour surmonter l'échec de la TNT payante se justifie lui-même par les enjeux propres à la télévision hertzienne, indépendamment de ce qui se passe dans le monde, peut-être pas infini, mais beaucoup plus vaste, beaucoup plus libre et moins contrôlé du satellite, du câble ou de l'ADSL.

Par ailleurs, la facilité d'accès du public à la télévision hertzienne, par rapport au câble, au satellite, à l'ADSL, donne une dimension différente aux deux enjeux du pluralisme et de l'intérêt du public : il existe un intérêt propre au caractère pluraliste et à la qualité de l'offre en télévision hertzienne terrestre, indépendamment de l'existence de l'offre accessible par d'autres modes de diffusion.

Cette question délicate est également déterminante, tout au moins pour l'issue du litige relatif à Paris Première, car si vous vous laissez convaincre par ce qui vient d'être dit, cela vous conduira à accueillir le moyen d'erreur de droit invoqué à l'encontre de sa décision de refus d'agrément.

6.3. Dans le cas de LCI, c'est sous d'autres angles que la prise en compte de ces critères est critiquée. Il est contesté que le CSA aurait pris en compte tous les critères que vous avez défini, et seulement ces critères.

Mais, d'une part, il ne ressort nullement de la décision du CSA qu'il aurait considéré que le risque de disparition de LCI devait à lui seul entraîner la délivrance de l'agrément. Ce n'est que le premier critère dont il ait vérifié la présence. D'autre part, apprécier, comme il l'a fait, les risques d'une modification des conditions de financement de LCI sur la poursuite de l'exploitation des chaînes iTélé, BFM TV et L'Equipe 21 devait nécessairement le conduire à prendre en compte la répercussion sur les équilibres du marché publicitaire du passage de LCI du payant au gratuit et, effectivement, les effets possibles d'éviction partielle du marché publicitaire de ces chaînes sont mentionnés par le CSA dans sa décision.

6.4. Toujours sur la méthode d'analyse suivie par le CSA, une question subsidiaire est propre à LCI : le CSA pouvait-il, comme il l'a fait, délivrer un agrément sous réserve d'une modification ultérieure de la convention afférente au service, destinée à permettre de donner une réalité à des engagements du groupe TF1, et donc de les prendre en compte ?

Une réponse positive paraît engagée par la combinaison de plusieurs données de votre jurisprudence.

D'une part, votre jurisprudence relative à l'agrément des modifications du capital du titulaire d'une autorisation, sur le fondement d'une interprétation constructive du premier alinéa de l'article 42-3, prévoit expressément la prise en compte d'éventuels engagements de l'opérateur pour en atténuer ou compenser les effets (section 30 décembre 2010, et Assemblée, 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision*). Il n'y a pas de raison d'en juger autrement pour un autre type d'agrément, même si sa délivrance est prévue par un autre alinéa du même article.

D'autre part, l'avant-dernier alinéa de l'article 28 prévoit expressément la possibilité de réviser « régulièrement », au sens chronologique et non juridique, la convention passée par le CSA avec les éditeurs de services de TNT. Rien ne paraît interdire que ce soit notamment au moment d'un agrément d'une modification des conditions de financement. Pour les autres services diffusés par voie hertzienne terrestre, vous avez jugé qu'une modification de la convention est également possible à tout moment, sauf « dans le cas où la modification sollicitée revêt, du fait de son objet ou de son ampleur, un caractère substantiel ». Ici, on est en deçà de la modification substantielle, et si le dernier alinéa de l'article 27 impose une étude d'impact rendue publique avant toute modification de convention d'un service national de télévision susceptible de modifier de façon importante le marché en cause, c'est le rôle qu'a ici joué l'étude d'impact relative à la demande d'agrément de LCI.

7. Le franchissement de ces différentes étapes de procédure et de principe vous conduira à vous interroger, comme les requérantes vous y invitent, sur le bien-fondé des appréciations portées par le CSA sur les différents critères qu'il devait mettre en œuvre, à tout le moins en

ce qui concerne LCI, compte tenu de l'erreur de droit qui paraît affecter le raisonnement tenu à propos de Paris Première.

Précisons que l'incertitude inévitable des anticipations à moyen terme sur l'évolution du secteur audiovisuel et du marché publicitaire, sur les effets de la concurrence, et sur la capacité des opérateurs à s'adapter ne devrait vous conduire à censurer les appréciations d'ordre économique du CSA qu'au vu d'éléments divergents particulièrement solides.

7.1. S'agissant de LCI, dont le CSA a estimé qu'elle affrontait un risque élevé de disparition complète de tout mode de diffusion, ses possibilités de survie sur le câble, le satellite et l'ADSL ne sont pas un élément d'appréciation pertinent, si vous retenez bien la seule TNT comme périmètre d'appréciation de ce critère. Mais même au-delà de la TNT, l'appréciation du CSA paraît suffisamment fondée, au regard d'au moins certains éléments avérés qu'il a retenus : la situation déficitaire prolongée de LCI, la baisse prolongée de son chiffre d'affaires en raison de baisses de ses recettes publicitaires et de la diminution des redevances versées par les distributeurs, et la spirale qui paraissait engagée, à la date de la décision du CSA, de diminution de ses charges, pesant sur la qualité des programmes et accentuant les pertes d'audience.

S'agissant de l'appréciation des conséquences du passage de LCI du payant au gratuit sur les autres services, le CSA a évalué différemment, en 2014 et en 2015, les transferts attendus. Mais les engagements nouveaux pris par LCI quant au contenu de son service le justifiaient. Quant au projet de création d'une chaîne publique d'information en continu, qui était déjà attendu puisqu'il faisait partie dans son principe des propositions formulées à l'appui de sa candidature par la présidente de France Télévisions, il n'était, pas à la date de l'agrément, arrêté dans ses modalités, ni même confirmé comme certain dans sa mise en œuvre, de sorte que vous pourrez retenir que le CSA n'avait pas à ce stade à en tenir compte. Enfin, aucune erreur d'appréciation n'est démontrée par l'instruction sur l'avenir d'iTélé, dont le CSA a reconnu qu'il serait économiquement affecté, en raison d'une part d'audience inférieure au seuil de rentabilité, tout en faisant le pari de ses possibilités d'adaptation, ni sur l'avenir de BFM, dont il a considéré, sans que cela soit sérieusement contestable, que la « viabilité de la chaîne ne saurait être, même à long terme, remise en cause ».

Reconnaissant une atteinte à la viabilité du service iTélé, le CSA devait comparer les contributions respectives au pluralisme et à l'intérêt du public de LCI et au moins d'iTélé – mais il l'a fait aussi pour BFM TV et L'équipe 21. A cet égard, on peut encore valider l'appréciation du CSA sur le renforcement du pluralisme des courants d'expression socio-culturels et l'intérêt pour le public de la poursuite du service LCI sur la TNT. L'activité des organes d'information présente en soi un intérêt pour le public, et les engagements pris par LCI en faveur d'un équilibre différents entre temps d'antenne des journaux d'information et temps d'antenne des magazines par rapport à la tendance dominante du marché donnent un intérêt à la poursuite de ce service en particulier. Quant au pluralisme, en soi, le maintien d'un nombre suffisants de services d'information concurrents est favorable à l'expression de points de vue variés sur l'actualité. La difficulté la plus importante pour LCI dans la balance, qui pourrait vous faire hésiter, tient à ce que le passage de LCI du payant au gratuit conforte la position du groupe TF1 qui occupe déjà une part de marché importante dans l'information. Cependant l'impact de l'agrément est à cet égard à relativiser compte tenu de la part d'audience relativement faible des chaînes d'information en continu. Et des perspectives sérieuses de disparition de LCI sont à mettre en balance avec un risque moins élevé de

disparition de BFM TV ou d'iTélé : au total, l'agrément donné à LCI paraît plus favorable à la pluralité des organes d'information en continu.

En définitive, en l'absence de moyen propre à entraîner l'annulation de la décision du 17 décembre 2015 relative à LCI, vous ne pourriez pas non plus annuler seulement par voie de conséquence la décision du 19 février 2016. Les critiques propres à cette seconde décision portent sur la conformité des modifications apportées à la convention aux engagements retenus par le CSA, mais il n'est pas démontré que la convention ne reprendrait pas l'ensemble de ces engagements.

7.2. Pour ce qui est de Paris Première, si vous ne reteniez pas d'erreur de droit à avoir analysé les perspectives du service sur l'ensemble de ses modes de distribution et non pas seulement sur la TNT, l'instruction ne vous conduirait pas à retenir non plus une erreur d'appréciation sur ce point. Or la validation de l'appréciation du CSA à cet égard priverait d'effet les critiques relatives aux autres éléments qu'il a appréciés : en l'absence de risque de disparition du service demandeur, le CSA n'avait pas à comparer sa contribution au pluralisme et à l'intérêt du public à celle d'autres services qui seraient menacés par son arrivée sur la TNT gratuite.

Pour le cas où l'Assemblée estimerait devoir annuler la décision du CSA et se prononcer elle-même sur la délivrance de l'agrément à Paris Première à la date de sa propre décision, les éléments recueillis des parties par la 5^{ème} chambre par mesure supplémentaire d'instruction conduisent à considérer que le risque de disparition du service sur TNT payante serait mieux avéré qu'à la date de la décision du CSA – ne serait-ce que parce que, et cela était déjà connu en décembre 2015, le dernier distributeur de la TNT payante avait annoncé ne plus souhaiter procéder à cette distribution si même une seule des chaînes payantes disparaissait ou passait au gratuit, ce qui est le cas de LCI depuis le 5 avril 2016 et sous réserve de vos décisions dans le présent litige.

Pour l'appréciation des conséquences pour d'autres services, on peut hésiter à prendre en compte les risques de disparition des chaînes NRJ 12 et Chérie 25, qui ne sont pas mises en danger par une concurrence directe que leur ferait Paris Première par transfert d'audience, mais du fait du prélèvement de Paris Première sur les ressources publicitaires de l'ensemble de la TNT gratuite, ce qui accentuerait la fragilité préexistante de ces deux chaînes. Cependant la prise en compte d'un tel effet indirect, par ricochet, paraît plutôt conforme à vos décisions du 17 juin 2015. Dans ce cadre, même en acceptant de tenir compte de l'hypothèse d'une disparition de ces deux chaînes, l'intérêt du public et l'impératif de pluralisme paraîtraient justifier la délivrance de l'agrément à Paris Première. Son originalité est reconnue par le CSA pour une partie de sa programmation, en raison des thématiques de ses magazines, de la présence importante de spectacles vivants, de documentaires, de films d'art et d'essai et de catalogue. Paris Première n'est pas unique sur ce segment de l'offre audiovisuelle, mais la poursuite de la diffusion de Paris Première conforterait la présence de ce créneau sur télévision hertzienne, même si une partie de la journée est occupée sur Paris Première par des rediffusions, du télé-achat, et d'autres émissions sans caractère original.

Cependant, la délivrance sans délai d'un agrément ne s'impose pas. Il y a place pour réexamen de la demande par le CSA, de sorte que vous ne devriez pas accéder sur ce point aux demandes les plus récentes des sociétés Métropole TV et Paris Première, au-delà de la demande d'injonction tendant à un réexamen qui vous était précédemment faite.

Si vous êtes convaincus sans aucune réserve PAR CES MOTIFS,

- vous admettez les interventions,
- vous rejetterez les requêtes de BFM TV et NextRadio TV,
- vous annulerez la décision du CSA refusant d'agréer la modification des conditions de financement de Paris Première,
- vous enjoindrez au CSA de réexaminer cette demande dans un délai de six mois.

Pour l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, vous pourrez mettre à la charge solidaire des sociétés BFM TV et NexRadioTV le versement d'une somme de 3 000 euros au CSA et de 3 000 euros à la société LCI, et à la charge du CSA le versement d'une somme globale de 3 000 euros aux sociétés Métropole Télévision et Paris Première.