

N°397014

Syndicat Alliance française des entreprises du numérique

5^{ème} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 13 juillet 2016

Lecture du 22 juillet 2016

Décision inédite au recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas Polge, rapporteur public

Contrairement à la télévision numérique terrestre (TNT), qui s'est rapidement installée dans le paysage, même au prix d'une erreur d'appréciation initiale sur les perspectives comparées de la TNT gratuite et de la TNT payante, la radio numérique terrestre tarde à se mettre en place. Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour tenter d'amorcer cette évolution technique, qui permettrait en principe d'augmenter la place disponible sur les fréquences, de mieux couvrir le territoire, et d'améliorer la qualité de réception. Notamment, la loi n° 2009-558 du 5 mars 2009 *relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision* a inséré dans la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*, à l'art 29-1, II, un cinquième alinéa ainsi rédigé : « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel public, avant le 30 juin 2009, le calendrier des appels à candidatures à venir ainsi que la liste des zones associées, afin de permettre le déploiement des services de radio numérique sur le territoire métropolitain, en prenant en compte les fréquences libérées par l'arrêt de la diffusion analogique dans le respect des orientations du schéma national de réutilisation de ces fréquences. Avant le 1er juillet 2010, le Gouvernement dépose devant le Parlement un rapport sur les modalités de passage à la diffusion numérique des radios associatives et des radios indépendantes.* »

La loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 *relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, comporte quant à elle au V de l'article 19, dans sa dernière rédaction, une règle imposant d'adapter progressivement l'ensemble des postes récepteurs de radio à la RNT¹. L'applicabilité de la règle serait déclenchée par le

¹ « V. - Dans un délai de trois mois à compter de la diffusion de services de radio par voie hertzienne terrestre en mode numérique auprès d'au moins 20 % de la population française, lors de leur mise en vente par un professionnel à un particulier, les terminaux neufs dédiés à titre principal à la réception de services de radio et capables d'afficher des contenus multimédias, à l'exception des terminaux équipant les véhicules automobiles, permettent la réception des services de radio par voie hertzienne terrestre en mode numérique dans les bandes de fréquences visées au quatrième alinéa du II de l'article 29-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

« Dans un délai de douze mois à compter de la diffusion de services de radio par voie hertzienne terrestre en mode numérique auprès d'au moins 20 % de la population française, cette obligation s'applique à tous les terminaux neufs dédiés à titre principal à la réception de services de radio ainsi qu'aux terminaux neufs permettant la réception de services de radio et capables d'afficher des contenus multimédias, à

franchissement d'un seuil de couverture de la population française par la RNT fixé à 20 %, à charge pour le CSA de rendre publique cette information.

Bien au-delà de l'échéance du 30 juin 2009 prévue par la loi du 5 mars 2009, le CSA a publié le 10 décembre 2015 sur son site une information par laquelle il indique qu'il a adopté, lors de sa réunion plénière du 9 décembre 2015, les conclusions qu'il tire de la consultation publique sur la poursuite du déploiement de la RNT et qu'il a, par conséquent, défini le calendrier qu'il envisage de mettre en œuvre pour poursuivre le déploiement de la RNT sur l'ensemble de la France métropolitaine. Il renvoie par un lien aux conclusions et au calendrier annexé.

L'Alliance française des entreprises du numérique, à qui son objet statutaire donne un intérêt suffisant à agir, présente contre cet acte un recours pour excès de pouvoir, motivé initialement par deux moyens : erreur de droit, pour avoir publié un calendrier sans avoir rendu publique préalablement ou concomitamment l'information relative au franchissement du seuil de 20 %, erreur d'appréciation, compte tenu des effets de cette annonce sur l'industrie.

Mais à l'appui duquel il a en outre présenté le 8 juin dernier, par mémoire séparé, une question prioritaire de constitutionnalité contestant la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions du V de l'article 19, en raison des atteintes disproportionnées qu'il apporterait à la liberté d'entreprendre.

Presque toutes les questions préalables à un éventuel renvoi de la QPC au conseil constitutionnel soulèvent d'intéressantes difficultés.

1/ D'abord en ce qui concerne votre compétence.

« Les dispositions pertinentes figurent d'abord à l'article R. 311-1 du code de justice administrative, aux termes duquel : « Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort :

« 2° Des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale ;

« 4° Des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités suivantes, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation :

(...)

« - le Conseil supérieur de l'audiovisuel, sous réserve des dispositions de l'article R. 311-2 ; »

l'exception des terminaux équipant les véhicules automobiles.

« Dans un délai de dix-huit mois à compter de la diffusion de services de radio par voie hertzienne terrestre en mode numérique auprès d'au moins 20 % de la population française, cette obligation s'applique à tous les terminaux permettant la réception de services de radio ».

On note un chevauchement possible entre le 2° et le 4°, si le 4° ne se résume pas aux décisions individuelles. Ce chevauchement est sans incidence, sauf en ce qui concerne les décisions prises par le CSA, compte tenu de la troisième disposition pertinente, qui figure à l'article R. 311-2, et selon laquelle « La cour administrative d'appel de Paris est compétente pour connaître en premier et dernier ressort : (...) / 2° Des litiges relatifs aux décisions prises par le Conseil supérieur de l'audiovisuel en application des articles 28-1, 28-3 et 29 à 30-7 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, à l'exception de celles concernant les services de télévision à vocation nationale ».

Si la notion de « décisions », identique au 2° de l'art R. 311-2 et au 4° de l'art R. 311-1, ne vise que les décisions individuelles, vous êtes compétents. Si la lettre de ces dispositions est susceptible d'inclure des actes à caractère général, se pose alors la question de l'interprétation de l'autre critère, relatif aux fondements de l'acte.

Le calendrier annoncé par le CSA n'est pas prévu par les articles de la loi du 30 septembre 1986 énumérés au 2° de l'article R. 311-2. Cependant ce calendrier prépare en réalité les procédures conduisant à l'octroi des autorisations d'émettre prévues à l'article 29-1. Peut-on assimiler à des décisions prises en application de l'article 29-1 des actes pris pour l'application, ou en vue de l'application de cet article ?

Une chose est sûre, les litiges relatifs aux décisions individuelles prises en application de l'article 29-1 relèveront de la compétence de la cour administrative d'appel. Il serait judiciaire de prendre cette attribution de compétence comme un bloc, et donc de ne pas en dissocier le contentieux des actes qui n'ont pas le caractère de décision individuelle, y compris ceux qui ne sont pas pris en application mais pour l'application de l'article 29-1 ou des autres articles énumérés.

Dans ces conditions, vous devriez retenir que la requête du syndicat relève en principe de la compétence de la cour administrative d'appel de Paris.

Toutefois, cette compétence ne vous interdit pas de vous prononcer vous-mêmes sur la QPC, ce qui serait expédient compte tenu de votre rôle dans cette procédure particulière. En effet, il ressort implicitement de votre décision du 29 avril 2013, *Mme Bosc*, n°364240, T. 514, 811 que, saisi d'une QPC soulevée à l'occasion d'un litige qui relève de la compétence d'une autre juridiction administrative, le conseil d'Etat peut, dans le délai de trois mois, renvoyer le dossier avec la QPC à la juridiction compétente, mais peut aussi se prononcer lui-même sur la QPC et renvoyer ultérieurement l'affaire à la juridiction compétente.

En outre, vous seriez en tout état de cause compétents pour rejeter la requête si vous la regardiez comme entachée d'une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance, en application de l'article R351-4.

Or, tel paraît être le cas.

2/ En effet, on peine à percevoir la portée décisive de l'acte contesté.

En tout état de cause, quelle que soit la densité de son caractère normatif, il paraît présenter le caractère d'une mesure préparatoire insusceptible par elle-même d'un recours pour excès de pouvoir.

Par une décision d'assemblée du 21 octobre 1988, *SA TFI*, n°91912, p. 367, vous avez estimé que les décisions par lesquelles sont lancés des appels aux candidatures en vue de l'attribution de fréquences de télévision ont le caractère de mesures préparatoires et ne constituent pas des décisions susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir. De même, par une décision inédite du 8 juin 2015, *société Vortex*, n°371886, votre 5^{ème} sous-section a estimé qu'un communiqué par lequel le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a informé les opérateurs de services radiophoniques des secteurs géographiques dans lesquels il envisageait de lancer des appels aux candidatures au cours de l'année en cours ou au début de l'année suivante, pour pourvoir des fréquences pour lesquelles les autorisations d'émettre viendraient à échéance ou des fréquences disponibles susceptibles d'être identifiées, constitue une mesure préparatoire dans le cadre de l'élaboration des listes de fréquences disponibles et appels à candidatures mentionnés au deuxième alinéa de l'article 29 de la loi susvisées du 30 septembre 1986, insusceptible de recours.

Cette qualification vaut *a fortiori* dans la présente affaire, où le calendrier litigieux est présenté comme purement indicatif, et assorti de multiples précautions et réserves.

Par ailleurs, la naissance d'une jurisprudence relative au contentieux d'actes dits de doit souple ne paraît pas suffire à assurer la recevabilité de la requête.

Votre décision d'assemblée du 21 mars 2016, *Numéricâble*, n° 390023, p. 88, admet l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir contre, tout d'abord, 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 déférés 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. Nous ne sommes pas dans ce cas de figure.

Est ensuite admis le recours pour excès de pouvoir contre les mêmes actes lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. L'assimilation à cette catégorie de l'acte aujourd'hui contesté peut se discuter.

Mais il est permis de penser que cette jurisprudence naissante, qui fait entrer dans la catégorie des actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir des actes ne présentant pas tout à fait le caractère de décisions n'est que subsidiaire par rapport à votre jurisprudence plus ancienne relative au contentieux des mesures préparatoires, qui les fait échapper à un recours direct indépendamment de leur caractère de décision ou de l'absence d'un tel caractère.

Notons que contrairement à votre éventuelle incompétence au sein de l'ordre administratif, le caractère manifeste de cette irrecevabilité ne paraît pas vous laisser la même faculté de vous prononcer sur la QPC.

Il résulte de votre décision du 28 septembre 2011, *Société Elsass et autres*, n°349820, T. 786, 790, 1063, 1114, que lorsque les conclusions d'une requête ne sont pas recevables, le conseil d'Etat n'a pas besoin de se prononcer sur le renvoi au conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée à son soutien. Vous avez certes admis, en sens inverse, par une décision du 21 novembre 2014, *Société mutuelle des transports assurances*, n°384353, T. 836, que le conseil d'Etat n'est pas tenu, lorsqu'à l'appui d'une requête est soulevée devant lui une question prioritaire de constitutionnalité, sur laquelle il lui incombe de se prononcer dans un délai de trois mois, de statuer au préalable sur la recevabilité de cette requête.

Mais cette décision se comprend, notamment à la lumière des conclusions du rapporteur public, Frédéric Aladjidi, comme relative au cas où il peut exister un doute sur la recevabilité du recours.

Une irrecevabilité manifeste n'entre pas dans ce cadre.

3/ Si toutefois vous n'étiez pas convaincus de l'irrecevabilité de la requête, vous pourriez laisser de côté cette question pour examiner les conditions de renvoi de la QPC au conseil constitutionnel.

Il faut d'abord que la décision contestée soit applicable au litige.

Certes, en principe, selon votre décision du 19 janvier 2011, *EARL Schmittseppel Noir*, n°343389, (T. 761, 947, 949, 1115, 1123) l'inopérance de la contestation d'une disposition législative au regard du litige donnant lieu à la QPC doit conduire à regarder la disposition inapplicable au litige. Toutefois, le critère de l'applicabilité de la disposition au litige ne se superpose pas exactement à la question de l'opérance du moyen fondé sur l'inconstitutionnalité de cette disposition. Vous avez marqué cette distinction dès l'origine, en retenant comme pouvant être renvoyée au conseil constitutionnel une question qui n'est pas dénuée de rapport avec le litige (8 octobre 2010, *Daoudi*, n°338505, p. 371. Un autre exemple est donné par votre décision du 2 février 2012, *Mme Le Pen*, n°355137, T. 960 sur un autre point).

Or, ici, l'inconstitutionnalité éventuelle du V de l'article 19 de la loi n'entraînerait pas nécessairement l'illégalité de l'acte du CSA annonçant un calendrier prévisionnel, dont ces dispositions ne constituent pas la base légale. Mais l'appréciation des moyens du recours pour excès de pouvoir dirigé contre cet acte n'est pas dénué de lien avec cette question de constitutionnalité.

Par ailleurs la QPC, si elle n'est pas nouvelle, paraît suffisamment sérieuse, pour être renvoyée au conseil constitutionnel. L'intervention du législateur sur l'industrie et le marché du poste de radio pourrait se justifier par un motif d'intérêt général tiré de la promotion du pluralisme des courants d'expression et de la liberté d'expression plus généralement : le développement de la RNT est en effet susceptible de multiplier les services de radio hertzienne et de faire place à plus d'opérateur plus divers. Mais l'incidence de la loi sur l'industrie, le commerce, la liberté des professionnels et même la liberté du consommateur est telle qu'il paraîtrait légitime que le conseil constitutionnel porte sa propre appréciation sur l'équilibre résultant de la loi entre ces objectifs et la restriction apportée à la liberté d'entreprendre.

Mais à titre principal, vous pourrez rejeter comme irrecevable le recours pour excès de pouvoir du syndicat, sans qu'il y ait besoin de vous prononcer sur le renvoi de la QPC au conseil constitutionnel.