

**Nos 412296,414760**  
**SIRTI**  
**Société Ouï FM**

**5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 31 janvier 2018**  
**Lecture du 14 février 2018**

**Décision inédite au recueil Lebon**

## **CONCLUSIONS**

**M. Nicolas POLGE, rapporteur public**

Dès son premier état, la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication* a prévu à l'article 28 que les obligations souscrites par les titulaires d'une autorisation d'émettre par voie hertzienne comportent « un temps minimal consacré à la diffusion d'œuvres d'expression originale française en première diffusion en France ».

L'énoncé de cette obligation s'est par complexifié par étapes, et la teneur de l'obligation s'est spécialisée selon le type de média. Pour la radio, la loi n°92-61 du 18 janvier 1992 a introduit à l'article un 2° bis relatif à « la proportion d'œuvres musicales créées ou interprétées par des auteurs et artistes français ou francophones, en particulier contemporains, que les services de radiodiffusion sonore sont tenus de diffuser dans leurs programmes ». La loi n°94-88 du 1<sup>er</sup> février 1994 a décidé que cette proportion devait être « substantielle » et atteindre avant le 1<sup>er</sup> janvier 1996 « un minimum de 40 % de chansons d'expression française, dont la moitié au moins provenant de nouveaux talents ou de nouvelles productions, diffusées aux heures d'écoute significatives par chacun des services (...) autorisés (...), pour la part de ses programmes composée de musique de variété ». Le législateur intervenait ainsi directement pour fixer un quota francophone minimal.

La loi n°2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 a remplacé la notion d'œuvres musicales « créées ou interprétées par des artistes français ou francophones » par celle d'œuvres musicales « d'expression française ou interprétées dans une langue régionale en usage en France » et habilité le conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) à moduler ces proportions pour les radios spécialisées dans la mise en valeur du patrimoine musical (avec moins de nouvelles production, mais à l'intérieur, en contrepartie, de plus de titres francophones) et les radios spécialisées dans la promotion de jeunes talents (avec moins de titres francophones, mais plus de nouveaux talents). La loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 a ajouté un troisième cas de quota différencié, pour les radios « spécialisées dans la découverte musicale » et permis au CSA d'abaisser la proportion de titres diffusés dans les langues de France en contrepartie d'engagements en matière de diversité musicale dont la nature est définie par la loi elle-même – c'est ce que la profession appelle, semble-t-il, un « bonus ».

La loi du 7 juillet 2016 a aussi, en sens contraire, exclu la prise en compte, pour la vérification du respect des proportions fixées par la convention, d'une part de la diffusion des titres sur lesquels l'émission d'œuvres en français a tendance à se concentrer : « dans l'hypothèse où plus de la moitié du total des diffusions d'œuvre musicales d'expression française ou interprétées dans une langue régionale en usage en France se concentre sur les dix œuvre musicales d'expression française ou interprétées dans une langue régionale en usage en France les plus programmées par un service, les diffusions intervenant au-delà de ce seuil ou n'intervenant pas à des heures d'écoute significative ne sont pas prises en compte pour le respect des proportions fixées par la convention ». On aboutit ainsi, selon la profession, à un « malus » pour la vérification du quota.

C'est ce dernier état de la loi dont les requérants contestent la conformité à la Constitution, par des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées à l'appui de leurs requêtes dirigées, pour le syndicat des radios indépendantes (SIRTI), contre un acte à portée générale du CSA – la communication du 23 novembre 2016 sur la méthode de vérification du respect par les radios de leurs obligations de diffusion de chansons d'expression française, et, pour la société Ouï FM, contre un acte individuel, la mise en demeure que le CSA lui a adressée le 26 juillet 2017 à propos du respect de ses propres obligations en la matière.

Les dispositions contestées sont applicables aux deux litiges et n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution. Trois types d'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution sont invoqués.

1/ Tout d'abord, une méconnaissance du principe d'égalité, à deux égards : par rapport aux éditeurs de musique en flux sur l'internet (« streaming »), d'une part, et par rapport aux radios de service public, d'autre part.

La ressource radioélectrique, c'est-à-dire le spectre des fréquences d'émission utilisables, est une ressource naturelle, et elle est « rare », au sens économique, c'est-à-dire qu'elle n'existe qu'en quantité limitée, et même fixe pour ce qui la concerne, alors qu'elle présente un intérêt majeur pour l'exercice de la liberté d'expression. C'est ce qui justifie qu'elle soit légalement traitée comme une dépendance du domaine public de l'Etat, le « domaine public hertzien » (art. L. 2111-17 du code général de la propriété des personnes publiques). Sa rareté contraint à soumettre son utilisation à autorisation administrative, fréquence par fréquence, afin d'éviter que son utilisation par les uns n'entrave son utilisation par les autres, voire que son utilisation par trop d'émetteurs la rendent inutilisable pour tous. Dans ce cadre, l'obligation d'émettre une proportion suffisante d'œuvres dans les langues de France n'est qu'une contrepartie de l'autorisation, délivrée à titre gratuit, de faire usage de cette ressource commune rare, en émettant sur la fréquence autorisée, contrepartie que le législateur a pu instituer dans des buts d'intérêt général tels que la défense et la promotion de la langue française et des langues de France ou le renouvellement de la création musicale dans ces langues (Assemblée, 8 avril 1998, *Société Serc Fun radio*, n° 161411, A).

A cet égard, les éditeurs de *streaming* sont placés dans une situation très différente. Ils n'utilisent pas, en vertu d'une autorisation administrative, une ressource publique rare mais font librement usage d'une ressource illimitée, ou qui n'est limitée que par des possibilités techniques en constante progression. Cette différence de situation en

relation directe et objective avec les finalités de la loi justifie la différence de traitement dont elle s'accompagne. Au demeurant, comme l'auditeur de *streaming* sélectionne librement, immédiatement, de manière interactive, le choix d'œuvres qu'il écoute, et qu'il a pour cela accès depuis la France à l'ensemble de la discographie disponible sur l'internet mondial, l'efficacité d'obligations imposées à certains éditeurs de *streaming* pour la promotion des langues de France serait particulièrement douteuse et donc difficile à justifier comme proportionnées à l'objectif poursuivi.

Il n'apparaît pas non plus au stade de ces questions prioritaires de différence de traitement inconstitutionnelle avec les radios de service public. Les requérants critiquent l'exclusion de ces radios du champ des quotas définis au 2° bis de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986. Mais les articles 43-11 et 44 de la loi du 30 septembre 1986 prévoient bien pour les sociétés nationales de programmes, notamment Radio France, un ensemble d'obligations de service public qui incluent « la promotion de la langue française et, le cas échéant, des langues régionales » et la mise en valeur de « la diversité du patrimoine culturel et linguistique de la France ». En renvoyant à leur cahier des charges les précisions qu'appellent ces principes, au lieu de les encadrer plus précisément elle-même, la loi ne leur réserve pas un traitement différent, éventuellement inégalitaire, mais respecte la compétence du pouvoir réglementaire, en l'espèce confié spécialement au CSA, pour organiser le service public, alors qu'il lui appartient de définir elle-même avec suffisamment de précisions les obligations imposées aux entrepreneurs privés. De ce point de vue, l'invocation du principe d'égalité est presque inopérante. C'est au cahier des charges de s'y conformer, par comparaison avec les conventions passées avec les éditeurs sans mission de service public. Il pourra le faire dans un équilibre différent, dans la mesure où les articles 43-11 et 44 de la loi mettent à la charge de Radio France et des autres sociétés nationales de programmes un ensemble d'obligations et d'objectifs plus large que la liste des obligations fixées aux diffuseurs privés figurant à l'article 28, dont toutes les rubriques ne sont d'ailleurs pas obligatoires – puisque « la convention porte sur un ou plusieurs des points » énumérés.

2/ Les requérants critiquent ensuite une incompétence négative du législateur, conduisant à méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, du fait de l'imprécision, selon eux, de la notion de « musique de variété » sur laquelle est assise la détermination du quota.

Consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 24 août 1789, le principe de légalité des délits et des peines s'applique notamment devant les organismes administratifs dotés d'un pouvoir de sanction comme le CSA.

Les requérants soutiennent en particulier que le CSA n'aurait pas la même conception de la variété que les professionnels de l'édition de musique, pour lesquels il s'agit d'un style musical qui se distingue de nombreux autres styles contemporains tels que le rock, le reggae, le funk, le rap, le hip-hop, la techno par exemple. Et chacun peut constater en magasin l'influence de cette nomenclature technique sur l'organisation des rayonnages des grands distributeurs de produits culturels. Le CSA, au contraire, inclurait dans la notion de variétés ces styles spécifiques.

En réalité, il semble bien qu'il y en ait deux acceptions possibles, mais seulement deux, et que celle qu'a employée le législateur est celle qui est la plus connue du sens commun, non la conception technique élaborée par les professionnels.

On peut trouver l'une des explications les plus éclairantes et convaincantes de la notion de variétés au sens commun dans le Grand dictionnaire encyclopédique Larousse (éd. 1985), qui la définit ainsi :

« Variétés : spectacle de music-hall composé de numéros de disciplines multiples et aussi variées que possible. A travers le disque et la radio, le terme a évolué et englobe tout ce qui n'est pas musique classique (...) »

Si on ramène le concept à la musique comportant des paroles, puisque les dispositions en cause ont pour objet la mise en œuvre de quotas linguistiques, on peut retenir qu'au sens de la loi, il s'agit de l'ensemble de la chanson populaire et de divertissement éditée aux XXème et XXIème siècles et accessible à un large public, par opposition à l'art lyrique, au chant savant, à la chanson ancienne.

En outre, la question de la précision de la notion, s'agissant de son incidence sur le respect du principe de légalité des délits et des peines, est à relativiser dans le cadre particulier des pouvoirs de sanction du CSA à l'égard des titulaires d'autorisation, compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Se prononçant sur la conformité à la Constitution du texte adopté par le Parlement et qui allait devenir la loi du 17 janvier 1989 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, a estimé que les pouvoirs de sanction conférés par le législateur au CSA ne sont susceptibles de s'exercer qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation de services de communication audiovisuelle de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires, et faute pour les intéressés de respecter ces obligations ou de se conformer aux mises en demeure qui leur ont été adressées. C'est sous réserve de cette interprétation que les articles en cause ont été déclarés conformes à l'article 8 de la Déclaration de 1789 et à l'article 34 de la Constitution, et cette réserve d'interprétation assure notamment le respect du principe de légalité des délits et des peines. En effet, le CSA ne peut prononcer une sanction contre le titulaire d'une autorisation qu'en cas de réitération d'un comportement ayant fait auparavant l'objet d'une mise en demeure par laquelle il l'a éclairé sur ses obligations et qu'il est en mesure de contester. Une telle mise en demeure est donc de nature à éclairer les éditeurs de services de radio sur la portée que le CSA donne à la notion de musique de variétés.

3/ Enfin, est invoquée une atteinte disproportionnée à la liberté de communication, à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.

Le droit de propriété n'est nullement en cause : les éditeurs de services de radio ne sont propriétaires ni de la ressource radioélectrique qui leur est affectée, ni des autorisations administratives qui leur sont délivrées pour l'usage de cette ressource.

Quant à la liberté de communication et à la liberté d'entreprendre, qui sont au contraire effectivement limitées par le dispositif, c'est l'institution en 2016 du « malus » qui rendrait cette restriction disproportionnée. En excluant du numérateur une part des titres francophones les plus diffusés, cette mesure aboutirait à une majoration de fait des

quotas. Mais la mesure n'a en réalité ni pour objet ni pour effet, par elle-même, d'augmenter le quota – elle oblige seulement les éditeurs à veiller à une diversité suffisante des titres qu'ils diffusent au sein du quota. Cette contrainte nouvelle se justifie par l'objectif d'intérêt général consistant à promouvoir la diversité du patrimoine musical et à favoriser la création, en évitant la concentration de la programmation sur un nombre restreint de titres. Et le quota, avec son « malus », est équilibré par les possibilités de « bonus » également prévues.

Les requérantes développent des arguments assez convaincants quant aux effets pervers, voire à l'inefficacité du dispositif dans le cadre contemporain, avec l'apparition, grâce au web et à l'internet, de modes d'écoute concurrents de l'écoute de la radio diffusée par voie hertzienne. Cependant, il s'agit d'une discussion qui ne paraît pas affecter la constitutionnalité de la disposition critiquée, même dans sa proportionnalité, mais mettre en cause l'opportunité du dispositif, à l'égard duquel le Parlement dispose d'un pouvoir d'appréciation qui n'est pas celui du juge constitutionnel.

Les questions soulevées, qui ne sont pas nouvelles, ne présentent donc pas le caractère sérieux qui justifierait leur renvoi Conseil constitutionnel – vous ne les lui renverrez pas.