

# La saga de la cinq

*Vandenbeylaardt Lise  
Université de Liège*

## Introduction

La télévision, par son impact sur l'opinion, opère une véritable fascination auprès des hommes politiques ; quelles que soient les tendances idéologiques, le petit écran demeure l'objet de toutes les convoitises.

On peut s'interroger sur les raisons de cet engouement :

Les hommes politiques se servent-ils de la télévision comme d'un instrument destiné à les aider à gouverner ou uniquement dans le but d'assouvir une soif de puissance personnelle ou bien les deux à la fois ?

Nous n'avons ni l'intention ni la prétention d'apporter une réponse à cette question. Nous avons choisi seulement de décrire la "Saga de la Cinq" qui me paraît constituer une illustration éloquent de cette fascination.

Sous Valéry Giscard d'Estaing, la loi du 7 août 1974 procéda au démantèlement de l'Office de la Radiodiffusion et Télévision Française par la création notamment de trois sociétés nationales de programmation : TF 1, A2 et FR 3.

Le gouvernement socialiste poursuivit ce processus de démonopolisation d'Etat de l'audiovisuel en consacrant par l'adoption de la loi du 29 juillet 1982, la liberté de diffusion et de programmation : quatre nouvelles chaînes de télévision, Canal plus, la Cinq, TV 6 et la Sept firent leur apparition sur la scène de l'audiovisuel français.

## § 1. NAISSANCE DE LA CINQ

### A. Cadre juridique

La loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle proclame pour la première fois la liberté de communication. Elle organise l'exercice de cette liberté en ce qui concerne les services privés de télévision selon trois régimes juridiques différents : l'autorisation de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle ou du gouvernement, la déclaration préalable et la concession de service public.

La Haute Autorité délivre les autorisations en matière de services locaux de radiodiffusion sonore par voie hertzienne et de radio-télévision par câble (article 17 de la loi du 29 juillet 1982). Les services de télématique interactive sont soumis en principe au régime de la déclaration préalable. Toutefois, à titre transitoire, ils dépendent d'une autorisation préalable du gouvernement jusqu'en janvier 1986 au plus tard (article 77 de la loi du 29 juillet 1982).

Les services de télévision par voie hertzienne *destinés au public en général* ne peuvent faire l'objet de contrats de concession de service public conclus par l'Etat avec des personnes morales de droit public ou de droit privé (article 79).

Tout autre service de communication audiovisuelle nécessite une autorisation du gouvernement.

Le régime varie donc en fonction des moyens techniques de diffusion voire de l'étendue de cette diffusion ; télévision par voie hertzienne destinée au public en général : concession de service public ; télévision par voie hertzienne qui n'est pas destinée au public en général : autorisation du gouvernement ; télématique : déclaration préalable.

Le postulat socialiste est le suivant : les fréquences hertziennes appartiennent au domaine public ; ce mode de communication (la télévision par voie hertzienne) constitue donc un service public.

Dès lors, il ne peut être soumis à un régime d'autorisation administrative délivré par un organisme indépendant mais bien au seul régime de la concession de service public.

Le monopole de programmation est aboli du moins dans les textes.

Il faudra, cependant, patienter jusqu'en janvier 1985 pour voir se profiler la véritable concrétisation de la libération des ondes. (Certes, le 6 décembre 1983, le gouvernement avait concédé un service de télévision crypté, mais le concessionnaire restait néanmoins une société mixte).

Les pouvoirs publics ne se sont pas, en effet, empressés de faire place aux initiatives privées en ce domaine.

Le 4 janvier 1985, lors d'une allocution télévisée, le Président de la République se déclara favorable à l'ouverture de l'espace audiovisuel aux télévisions privées.

Cette déclaration de François Mitterrand mit un terme à la politique de blocage menée par le gouvernement. En effet, le Secrétaire d'Etat chargé des Techniques de la communication avait annoncé en mars 1984 les intentions du gouvernement en déclarant que si le monopole de l'Etat était aboli en droit, un monopole de fait serait maintenu pendant les cinq années à venir ; il s'agissait, dans ce délai, d'assurer prioritairement le développement du plan câble et du satellite.

Pourquoi dès lors un tel revirement en janvier 1985 ?

En fait, le gouvernement a bien dû se résoudre à céder aux pressions des divers milieux intéressés, tant politiques qu'économiques, déçus par les retards et le peu de rentabilité du plan câble et du satellite.

L'année 1984 fut marquée par l'éclosion des télévisions pirates et par la formation et le dépôt de nombreux projets de télévisions privées. (Jacques Chirac déposa le 30 novembre 1984 une demande d'autorisation pour trois télévisions privées dans la région parisienne).

Après la manifestation géante en faveur de l'école libre, après l'échec de la loi sur la presse, après le soutien massif des jeunes à N.R.J. (station libre suspendue pour excès de puissance), François Mitterrand ne tenait pas à se

laisser devancer une nouvelle fois par la droite sur le terrain des libertés. L'explosion des télévisions privées était imminente, le gouvernement socialiste avait tout intérêt, à un an des élections législatives, à prendre les devants en se posant comme le "libérateur des ondes".

## **B. Candidature de l'association Berlusconi-Seydoux-Riboud**

Le 31 octobre 1985, la presse dévoile le projet de télévision privée de l'association Berlusconi-Seydoux-Riboud. Cette association a déposé sa candidature à la chaîne multiville dite "généraliste" le 28 octobre 1985. Qui sont ces hommes ? Quelle est l'origine de cet amalgame pour le moins surprenant quand on connaît la profonde aversion du gouvernement socialiste pour la "désorganisation" italienne de l'audiovisuel ? Pour la "télévision Coca-Cola" ? Silvio Berlusconi dirige en Italie, via une société holding la Fininvest, trois chaînes de télévision privées : Canal 5, Italia 1 et Rete 4. Son sens particulièrement développé des affaires lui a valu en Italie le surnom de "sua Emittenza" (intraduisible jeux de mots entre émetteur et éminence) et de "fossoyeur du cinéma italien" en France... Il a l'intention de créer en Europe un réseau de télévision susceptible de rivaliser avec les plus grands réseaux américains. Pour réaliser cette ambition, il tente de s'introduire en Espagne où il vient de racheter les plus importants studios de télévision et s'intéresse avec une convoitise non dissimulée au satellite de télévision directe TDF 1.

Jérôme Seydoux, petit-fils de Schlumberger, président directeur général du groupe de Chargeurs (qui coiffe l'UTA (Transport aérien), PRICEL (textile), SPONTEX (éponges), Les Chargeurs Réunis (transport maritime) et Christophe Riboud, fils de Jean Riboud, président directeur général de la multinationale Schlumberger, lui-même administrateur directeur général de l'Institut des Sondages I.F.O.P., prennent en fait dans cette association, la succession de Jean Riboud décédé en octobre 1985.

En effet, c'est Jean Riboud qui, après avoir échoué dans sa tentative de faire émettre Canal Plus en clair, prit contact en juin 1985 avec Silvio Berlusconi.

Il a l'intention de se porter candidat à l'une des futures chaînes nationales privées. Et pour ce faire, il n'envisage comme partenaire que Berlusconi, le seul homme qui ait réussi à créer en Europe un empire de l'audiovisuel. Un associé de taille s'imposait pour faire le contrepois à la candidature de la Compagnie Luxembourgeoise de Télévision (C.L.T. (1)) et pour pouvoir

(1) Actionnaires de la C.L.T. : AUDIOFINA 29,3% ; FRATEL 25,3% ; SCHLUMBERGER 12,3% ; PARIBAS 10,3% ; MOET HENNESY 8,2% ; COMPAGNIE FINANCIERE HOLDING 5% ; DIVERS 9,6%.

tenir tête à l'éventuel rival, le groupe Hersant(2). Début août 1985, il confie à Bernard Miyet (ancien président directeur général de la SOFI-RAD(3), limogé par Laurent Fabius et devenu conseiller pour l'audiovisuel de Schlumberger), le soin de préparer un projet de télévision commerciale. Ce dossier sera en fait défendu par ses héritiers.

Le seul concurrent sérieux qu'aie rencontré le tandem Berlusconi-Seydoux fut la Compagnie Luxembourgeoise de Télévision.

Celle-ci avait conclu en octobre 1984 avec la France, un accord aux termes duquel la C.L.T. devait se voir concéder deux des canaux du futur satellite TDF 1 et l'exclusivité de la publicité sur ces canaux. Le feu vert donné par le Président de la République en janvier 1985 aux télévisions privées remit tout en question : la clause d'exclusivité ne présentait plus qu'un intérêt secondaire dès lors que des chaînes privées hertziennes terrestres, à vocation commerciale, envahiraient le marché. La C.L.T. conditionna alors sa mise en orbite à l'octroi de la concession de la future chaîne généraliste. Le 31 juillet 1985, la C.L.T., associée à Télé Monte Carlo, reçut l'assurance de se voir confier cette future chaîne généraliste.

Cependant, ces négociations furent interrompues en août 1985 à la suite de l'annonce faite par le président directeur général de l'I.N.A., Jacques Pomonti, que la C.L.T. ne ferait pas partie de la société d'exploitation du satellite TDF 1.

En octobre 1985, Jacques Rigaud, administrateur délégué de la C.L.T. rappela à grands cris les accords de 1984. Il tenta sa dernière chance à la mi-novembre 1985 en s'associant à Europe 1.

En fait, cette dernière tentative était perdue d'avance car à ce moment, le choix du gouvernement était déjà fait.

Les négociations proprement dites du contrat de concession de la Cinq furent menées dans la plus grande discrétion. Toutefois, l'annonce de l'attribution de la concession à l'association Berlusconi-Seydoux ne surprit pas grand monde.

On connaissait en effet, les réticences du Président de la République envers la C.L.T.. François Mitterrand n'est pas prêt d'oublier les persiflages de certains éditorialistes de R.T.L., la reconduction de Jacques Rigaud à son poste d'administrateur délégué, alors qu'il avait proposé Jacques Pomonti, la nomination de Gaston Thorn à la tête de la C.L.T.

(2) Le groupe Hersant contrôle près de 30% des titres de la presse quotidienne d'information politique et générale française. Le groupe a pris le contrôle en 1986 de quatre nouveaux titres : le Progrès de Lyon, l'Union de Reims, l'Indépendant du Haut-Jura, les Nouvelles Calédonniennes. Début 1987, il s'est porté acquéreur de 24% des parts du quotidien belge, le Soir.

(3) Bernard Miyet fut en effet contraint de démissionner pour être remplacé par Gérard Unger, plus proche de Laurent Fabius. On reprochait à Bernard Miyet d'avoir négligé Europe 1 dont l'audience avait enregistré une baisse sensible et d'avoir laissé trop de liberté à l'éditorialiste économique, Jean Boissonnat.

Il se méfie d'Albert Frère, patron du groupe Bruxelles Lambert, actionnaire principal de la C.L.T.. On se souviendra de "L'affaire Paribas" : lors de l'annonce de la nationalisation des banques françaises en 1981, Albert Frère réussit à faire échapper à la nationalisation tous les avoirs étrangers de Paribas (capitaux belges et suisses) en créant une société PARGESA. L'association de ce dernier avec Rupert Murdoch, président directeur général de Sky Channel et de la Twentieth Century Fox, en septembre 1985, était loin d'apaiser ses appréhensions. Le gouvernement socialiste préféra attribuer la concession au tandem Seydoux-Berlusconi qui lui présentait un projet de chaîne mis sur pied par un ami intime du Président de la République, Jean Riboud.

Devant la volonté affichée de l'opposition de privatiser deux des chaînes publiques après mars 1986 et devant la quasi certitude du rachat par Robert Hersant d'une de ces chaînes privatisées, il choisit de se doter d'une chaîne sympathisante, opérationnelle dès avant les élections de mars 1986.

### **C. Amendement tour Eiffel (15 novembre 1985).**

Les négociations et la conclusion du contrat de concession ont eu pour toile de fond la procédure législative de la loi du 13 décembre 1985 portant modification de la loi du 29 juillet 1982. Ce projet de loi, adopté au Conseil des Ministres le 2 octobre 1985, a pour objet principal d'instituer le cadre juridique des télévisions privées. C'est au cours de l'examen de ce projet à l'Assemblée nationale que Georges Fillioud, Secrétaire d'Etat chargé des Techniques de la communication, déposa le 15 novembre 1985, le fameux amendement baptisé depuis "amendement Tour Eiffel" visant à permettre à "l'établissement public de diffusion d'installer et exploiter sur les toits, terrasses et superstructures des propriétés bâties publiques ou privées, les moyens de diffusion par voie hertzienne et poser les équipements nécessaires à leur fonctionnement". En fait, cet amendement avait pour but d'empêcher que la Ville de Paris ne puisse s'opposer à l'installation sur la Tour Eiffel des émetteurs nécessaires à la diffusion de la Cinq. La Ville de Paris est en effet propriétaire à 51% de la société d'exploitation de la Tour Eiffel d'où partent les émissions des trois chaînes publiques et de Canal Plus. Aux termes d'une convention avec cette société d'exploitation, T.D.F. est autorisé à diffuser les chaînes publiques sur les fréquences UHF. Il est également prévu que les chaînes de services publics pourront émettre en VHF (c'est le cas de Canal Plus). Mais cette convention est muette en ce qui concerne les chaînes privées en VHF. Or, toutes les antennes parisiennes sont dirigées vers les émetteurs de la Tour Eiffel. Si dès lors, une nouvelle chaîne utilisait un autre site pour émettre, les Parisiens devraient modifier leur installation de réception. Au lieu de trois millions de téléspectateurs potentiels, 300.000 seulement recevraient la chaîne sans changement.

L'enjeu était donc de taille : si la Ville de Paris refusait son accord à T.D.F. pour la diffusion de la Cinq, aucun concessionnaire ne tenterait l'aventure et l'existence de cette cinquième chaîne serait plus que compromise. En septembre 1985, T.D.F. avait entamé des négociations avec le Maire de Paris. Celui-ci était prêt à négocier à deux conditions : - que l'on réserve une bonne fréquence à la future chaîne locale parisienne ; - qu'un nouvel accord financier soit mis au point en ce qui concerne les chaînes publiques et que l'on prévoit un intéressement au chiffre d'affaires des opérateurs. Or, contrairement aux prévisions du gouvernement, il apparaît qu'une seule fréquence, la fréquence 33 est immédiatement disponible sans qu'il soit nécessaire de modifier des antennes ou des émetteurs. Et c'est précisément cette fréquence que Jacques Chirac désire réserver à sa future chaîne locale. Les négociations s'éternisant sans plus grand espoir, le gouvernement pressé par le temps, (le nécessaire devait être fait pour que le Président puisse annoncer l'attribution de la concession de la Cinq lors de sa conférence le 21 novembre 1985), décida de "réquisitionner" par surprise la Tour Eiffel en faisant adopter cet amendement le 15 novembre 1985. Le vote de cet article provoqua l'explosion de l'hémicycle. L'opposition hurla au "hold-up légal" à "la nationalisation de la Tour", à "la spoliation". Jacques Chirac déclara le 20 novembre 1985 à la séance des questions et réponses à l'Assemblée Nationale que la première mesure que prendrait l'opposition éventuellement devenue majoritaire serait d'annuler cette concession. Il n'apprécie guère ce coup de force du gouvernement. Non seulement, il serait privé de la fréquence qu'il destinait à sa future chaîne locale mais aussi il craint que la Cinq qui dispose de la meilleure fréquence n'absorbe l'essentiel du marché publicitaire. D'autant plus que Berlusconi s'est révélé être un fin démarcheur en Italie, proposant des formules nouvelles au publicitaires. L'avenir de la chaîne locale parisienne risque bien de s'en ressentir.

L'opposition tenta de freiner la procédure lorsque le texte fut soumis au Sénat. L'examen du projet fut suspendu à la demande de la Commission des Affaires culturelles désireuse de procéder à des auditions supplémentaires relatives à l'amendement gouvernemental. Le texte finalement adopté au Sénat le 28 novembre 1985 limitait la faculté accordée à T.D.F. à la réalisation et à l'exploitation des seules installations déclarées d'utilité publique, et subordonnait l'exercice à des conditions conciliant les intérêts du service public et les droits des particuliers et revoyait enfin le régime d'indemnisation des propriétaires "victimes" de la servitude. Ces trois restrictions furent rejetées par l'Assemblée Nationale en troisième et dernière lecture le 29 novembre 1985. Les sénateurs ont aussitôt saisi le Conseil constitutionnel. Et c'est par rapport à ces trois points que s'est articulée l'argumentation d'inconstitutionnalité au fond de la saisine sénatoriale. Avant d'examiner celle-ci, nous reproduirons le texte attaqué pour faciliter la compréhension de ces moyens et la décision du Conseil constitutionnel.

Article 3-II du projet de loi modifiant la loi sur la communication audiovisuelle : “L’Etablissement public de diffusion peut installer et exploiter sur les toits, terrasses et superstructures des propriétés bâties publiques ou privées les moyens de diffusion par voie hertzienne et poser les équipements nécessaires à leur fonctionnement. L’installation des moyens de diffusion par voie hertzienne et la pose des équipements ne peuvent faire obstacle au droit du propriétaire de démolir, réparer ou surélever. Lorsque pour l’étude, la réalisation et l’exploitation des installations, l’introduction des agents de l’établissement public de diffusion est nécessaire, elle est autorisée par le Président du tribunal de grande instance statuant comme en matière de référé. Il n’est dû au propriétaire d’autre indemnité que celle correspondant au préjudice résultant des travaux d’installation, de pose ou d’entretien des moyens de diffusion par voie hertzienne ou des équipements nécessaires à leur fonctionnement. Cette indemnité, à défaut d’arrangement amiable, est fixée par le tribunal administratif. Les actions en indemnités sont prescrites dans le délai de deux ans à compter du jour où les travaux ont pris fin”.

Les sénateurs invoquent la violation de l’article 17 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen qui porte que “la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige et sous la condition d’une juste et préalable indemnité”. Or, la disposition attaquée n’impose aucune appréciation de l’utilité publique des servitudes qu’elle institue, aucune procédure permettant de garantir que leur importance n’excède pas les exigences du service, aucune procédure d’information ni même de notification aux propriétaires concernés. Ils estiment qu’il s’agit d’une restriction illimitée et injustifiée du droit de propriété.

Ils soutiennent également que l’amendement ne prévoit aucune procédure d’indemnisation du préjudice résultant de l’existence même de la servitude alors qu’elle peut entraîner la diminution ou la privation de jouissance des propriétés. Quant à la procédure, ils font valoir qu’en déposant l’amendement lors de la première lecture du projet à l’Assemblée Nationale après l’échec de la Commission mixte paritaire, le gouvernement a commis “un détournement de pouvoir” au regard de l’article 45 de la Constitution. Ils prétendent que les dispositions issues de l’amendement sont “entièrement nouvelles et sans lien nécessaire avec le projet en discussion” et donc “que le gouvernement n’aurait pu les soumettre au parlement que par le dépôt d’un projet de loi” (4).

Le Conseil constitutionnel se prononça le 13 décembre 1985.

Il commença par réfuter l’argument de procédure, estimant que l’article 3-II du projet de loi n’était pas dépourvu de tout lien avec le projet en

(4) Décision du Conseil Constitutionnel du 13 décembre 1985 n° 85-198 DC. L’Actualité juridique - Droit administratif - 20 mars 1986, p. 171.

discussion et que le gouvernement avait donc bien usé de son droit d'amendement comme il en avait le pouvoir en vertu de l'article 45 de la Constitution. Il poursuivit par l'exclusion de la référence à l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme sur lequel était fondée essentiellement la saisine. La gêne imposée, par l'établissement de la servitude, est jugée supportable et non susceptible de vider le droit de propriété de son contenu. Cependant, le Conseil constitutionnel conclut à l'inconstitutionnalité de l'article 3-II de la loi modifiant la loi du 29 juillet 1982. Il considéra en effet, qu'en permettant à l'établissement public de procéder à des travaux et installations non précisés sur des propriétés privées ou publiques et en autorisant ses agents à pénétrer à l'intérieur des propriétés y compris dans les locaux d'habitation, l'article 3-II, faute de précision suffisante, pourrait entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il *appartenait à la loi de sauvegarder*.

Qu'en l'espèce le législateur n'avait pas déterminé la nature des garanties nécessaires.

“Qu'en tout état de cause, il devait poser la règle que la servitude doit être établie non par l'établissement public mais par une autorité de l'Etat et prévoir le principe d'une procédure destinée à permettre aux intéressés d'une part d'être informés des motifs rendant nécessaire l'établissement de la servitude, d'autre part, de faire connaître leurs observations ; que faute d'avoir prévu une procédure d'information et de réclamation assortie de délais raisonnables, les dispositions de l'article 3-II relatives à l'institution de la servitude doivent être déclarées inconstitutionnelles” (5).

Il estime que l'article 3-II alinéa 4 concernant l'indemnisation violait le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques. Car “la rédaction de cet alinéa écarte la réparation de tous préjudices autres que ceux strictement précisés” et interdit la réparation des préjudices pouvant se révéler tardivement (6).

Le Conseil constitutionnel déclara les autres dispositions de la loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 conformes à la Constitution et cette loi fut promulguée le jour même. (Loi du 13 décembre 1985).

Seul l'article 3-II de la loi fut jugé inconstitutionnel. En fait, le Conseil constitutionnel ne conteste pas le principe de la création de la servitude d'utilité publique, il se conteste de corriger les erreurs des rédacteurs de l'amendement. En effet, il semblerait qu'ils aient purement et simplement retranscrit certains articles du Code des Postes et des Télécommunications. Seulement, ces textes datent du siècle dernier ! Ils ignorent par la force des choses la Constitution de 1958 qui a modifié notamment en matière de

(5) Décision du Conseil Constitutionnel du 13 décembre 1985 n° 85 - 198 DC. L'Actualité juridique - Droit administratif - 20 mars 1986, p. 172.

(6) L'Actualité juridique : o.c.



servitude le partage entre le réglementaire et le législatif. Et la question des garanties relève à présent du législatif et non plus du réglementaire.

Cette sanction du Conseil n'a eu en réalité qu'un seul effet : retarder la promulgation de l'article 3-II de la loi modifiant la loi relative à la communication audiovisuelle. Il convient de mentionner qu'entre-temps, le contrat de concession de la Cinq a été conclu et que celle-ci s'est engagée à diffuser à partir du 20 février 1986. Dès lors les jours sont comptés !

Le gouvernement mit tout en œuvre pour écourter ce retard. Tirant les conséquences de la décision du Conseil, un nouveau texte fut immédiatement soumis au parlement (le gouvernement a la maîtrise de l'ordre du jour) organisant au profit des propriétaires une procédure d'information et de réclamation préalable et obligeant T.D.F. à indemniser l'ensemble des dommages et préjudices certains et directs causés tant par les travaux d'installation réalisés par T.D.F. que par l'existence et le fonctionnement des émetteurs. Cette loi fut promulguée dans les dix jours de la décision du Conseil. (Loi du 23 décembre 1985 qui introduit un nouvel article 34-I à la loi du 29 juillet 1982).

Un décret d'application précisa les modalités de mise en place de la servitude (Décret du 24 décembre 1985, n° 85-173), les conditions de déroulement de la procédure et l'étendue de l'obligation d'information de T.D.F. (7). La servitude devra être établie au nom de l'Etat par le Commissaire de la République. T.D.F. devra présenter aux propriétaires un dossier reprenant les motifs du recours à la servitude, les raisons du choix de l'emplacement et le plan général des travaux. Les propriétaires et autres personnes intéressées disposeront d'un délai non inférieur à vingt jours pour présenter leurs observations.

## **D. Première version du contrat de concession et du cahier des charges de la Cinq**

### *1. Le contrat de concession*

Le contrat de concession de service public de la Cinq fut signé le 19 novembre 1985. La concession est attribuée à trois personnes physiques, Silvio Berlusconi, Jérôme Seydoux et Christophe Riboud agissant pour le compte d'une société anonyme en formation sur base de l'article 79 de la loi du 29 juillet 1982.

(7) Ce décret fut immédiatement déféré au Conseil d'Etat par la Ville de Paris. "Cette requête rejetée par le Conseil d'Etat le 9 juillet 1986 reposait sur deux moyens de légalité interne qui chacun posaient une question de droit : le premier concernait la force exécutoire des décisions prises "comme en matière de référé", le second portait sur la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution selon lequel "l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi". (L'Actualité juridique - Droit administratif - 20 octobre 1986, p. 547).

L'Etat concède un service de télévision par voie hertzienne sur l'ensemble du territoire national, ce service ayant pour objet la programmation et la diffusion d'émissions de télévision (article I du contrat de concession). La concession est accordée pour une durée de dix-huit ans, renouvelable une ou plusieurs fois (article 4). Le concessionnaire devra recevoir l'autorisation de l'Etat pour la céder partiellement ou totalement (article 6).

La concession est soumise aux obligations de continuité et d'adaptation du service dans les conditions prévues au cahier des charges (article 7).

L'article 2 du contrat de concession impose curieusement une série d'obligations générales de service public au concessionnaire. Curieusement, car ce n'est pas l'objet du contrat de concession de poser de telles obligations qui devraient figurer logiquement au cahier des charges. L'article 2 prévoit en effet, l'obligation de diffuser un volume annuel d'heures d'émission et de production originales devant atteindre 250 heures la troisième année et 500 heures à partir de la quatrième année, l'obligation de consacrer un pourcentage progressif de son budget de programme à la réalisation et l'acquisition de programmes d'expression française devant atteindre 50% du budget fin du cinquième exercice, l'interdiction de programmer des émissions contraires aux lois, à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à la sécurité du pays, l'interdiction de favoriser une famille de pensée, de croyance ou d'opinion, l'obligation d'aménager un droit de réponse, l'obligation de conserver une objectivité et une impartialité rigoureuses dans les informations et les communications et enfin celle d'avertir les téléspectateurs lorsqu'il programmera des émissions susceptibles de heurter leur sensibilité et notamment le public des enfants et des adolescents.

La diffusion des programmes de la Cinq sera assurée par l'établissement public de diffusion (créé par l'article 34 de la loi du 29 juillet 1982) avec lequel une convention devra être passée (article 3). Le contrat délimite les modalités de cette diffusion. L'Etat se réserve donc le monopole de la diffusion par l'intermédiaire de T.D.F.. Le contrat prévoit notamment diverses dispositions assurant les meilleures conditions techniques de diffusion à la cinquième chaîne. L'article 3 8° offre au concessionnaire la faculté de renoncer à la diffusion de ses programmes (définitivement ou provisoirement) ou de les suspendre dans certaines régions ou agglomérations en raison du déséquilibre économique qu'entraînerait la diffusion dans ces zones, à charge de justifier ce déséquilibre. Il pourra même, sans encourir de pénalité ou d'indemnité, renoncer à la concession dès la fin de la troisième année (article 15).

Le concessionnaire bénéficie, en outre, (article 3 9°) d'un droit prioritaire à l'utilisation d'une des fréquences radio-électriques affectées à la France, permettant d'assurer la diffusion des programmes par voie de satellite de télévision directe.

Il est également assuré de profiter des conditions économiques et financières au moins égales aux meilleures offertes à tout autre utilisateur du ou des satellites de télévision directe (article 3 9°, 2è alinéa). Le concessionnaire

re obtient la garantie de bénéficier des conditions d'exploitation, de programmation et de diffusion aussi favorables que celles dont viendrait à bénéficier tout service de télévision francophone destiné au public en général, sur l'ensemble du territoire (article 7 alinéa 2).

Tout déséquilibre important dans l'exploitation de la concession résultant de circonstances extérieures aux parties contractantes sera compensé soit financièrement par l'Etat soit par une révision du contrat de l'accord du concessionnaire ou, si les circonstances l'imposent, par la renonciation du concessionnaire à la concession (article 10).

L'article 11 prévoit, après une description fort détaillée du paysage audiovisuel, la faculté pour le concessionnaire d'obtenir soit une compensation financière si un déséquilibre important survenait, soit la résiliation de plein droit de la concession dans chacun des cas suivants :

- modifications législatives, réglementaires ou contractuelles du secteur audiovisuel existant à la date du contrat, notamment dans les modalités de fonctionnement et de financement, particulièrement en ce qui concerne les accords ou règlements relatifs à la publicité et la non-interruption des programmes ;
- augmentation (ceci est prévu jusqu'en 1992) en volume des recettes publicitaires des trois chaînes publiques, TF 1, A2 et FR3 au-delà du pourcentage de l'ensemble des ressources annuelles du service public de radio-télévision tel qu'il ressort de la loi des finances pour 1985 ;
- privatisation d'une ou plusieurs chaînes publiques ou transformation du statut de Canal Plus.

Une indemnité de nature à compenser intégralement le préjudice subi selon les règles habituelles de droit est prévue en cas de renonciation à la concession. L'Etat s'engage en ce cas à se substituer au concessionnaire pour l'exécution des contrats en cours et la reprise du mobilier (article 11 3°). Cette même indemnité sera exigible en cas de non respect de l'article 13 et l'article 3 (article 11 2°).

Le concessionnaire sera admis à bénéficier des mêmes droits et avantages accordés à d'autres services de télévision du secteur public ou aux concessionnaires de service public qui se verraient affecter prioritairement un ou plusieurs réseaux câblés (article 12).

L'Etat s'engage à appliquer à la concession de la Cinq toute disposition législative, réglementaire, ou contractuelle, même tacite, ainsi que tout avantage technique dont toute entreprise privée exploitant un service de télévision par voie hertzienne destiné au public en général pourrait bénéficier et qui semblerait plus favorable au concessionnaire (article 13).

A cet égard, la convention avec T.D.F. assurera au concessionnaire la priorité d'installation des émetteurs sur les meilleurs sites de diffusion utilisés par tout autre service de télévision par voie hertzienne dans les zones considérées.

Le concessionnaire s'engage à diffuser à partir du 20 février 1986 (article 15) et à se conformer au cahier des charges dans l'exploitation du service

(article 16). Il est tenu de déposer un rapport annuel sur l'exécution des dispositions du cahier des charges (article 16).

En cas de déchéance pour faute grave, le concédant peut pourvoir à la continuation du service au moyen d'une adjudication. Si après deux tentatives, l'adjudication s'avère infructueuse, le concessionnaire sera définitivement déchu de tous les droits et tous les biens dépendant de la concession deviendront la propriété de l'Etat sans indemnité (article 18).

Au terme de la concession pour quelque cause que ce soit, à l'exception de la déchéance pour faute grave ou de la disposition de l'article 15, l'Etat s'engage à prendre la suite des obligations du concessionnaire dans tous les contrats et marchés conclus dans l'intérêt du service (article 17).

Si l'Etat décide de la poursuite du fonctionnement du service, le concessionnaire sera titulaire d'un droit de préférence pour exploiter la nouvelle concession (s'il propose des conditions au moins équivalentes à celles des autres concessionnaires).

## 2. *Le cahier des charges.*

Le cahier des charges comporte quatre types d'obligations : obligations relatives à la programmation, à la diffusion des émissions, aux ressources publicitaires et au contrôle.

### a) Obligations relatives à la programmation

L'ensemble des émissions programmées par le concessionnaire doit permettre aux téléspectateurs de se distraire, de s'informer et de s'éduquer (Article 2).

Le concessionnaire doit respecter un délai de 24 mois jusqu'au 1er mars 1990, de 36 mois ensuite, entre la date de l'obtention du visa d'exploitation et la diffusion à l'antenne d'une oeuvre cinématographique de long métrage inscrite au registre du Centre National de la Cinématographie. Ce délai ne pourra être inférieur à 24 mois lorsqu'il s'agira d'oeuvres coproduites par le concessionnaire. Il lui sera interdit de programmer des films le mercredi soir, le vendredi soir, sauf les oeuvres de caractère ciné-club, le samedi entre 14 h et 23 h30 et le dimanche entre 14 h et 20 h30. Il devra respecter les quotas suivants à compter de la fin du cinquième exercice :

- 60% au moins d'oeuvres provenant de la Communauté européenne ;
- 50% au moins d'oeuvres d'expression originale française et le pourcentage d'oeuvres d'expression originale française apprécié globalement sur les cinq premiers exercices devra atteindre au moins 25% (article 3).

Le pourcentage de programmes d'expression française y compris les oeuvres mentionnées à l'article 3 devra atteindre 30% à partir de la fin du troisième exercice et 50% à partir de la fin du cinquième exercice (article 4). Le concessionnaire est autorisé à prendre des participations à la production cinématographique (article 5).

## b) Obligations relatives à la diffusion des émissions

L'article 6 précise les modalités que devra contenir la convention avec T.D.F.

## c) Obligations relatives aux ressources publicitaires

Les seules ressources auxquelles peut faire appel la Cinq sont les recettes publicitaires et les recettes provenant de l'exploitation du service. La Cinq sera à cet effet autorisée à diffuser des messages et des écrans publicitaires y compris en interrompant les programmes. Certains secteurs lui sont cependant proscrits : pas de publicité pour les boissons alcoolisées de plus de 9 degrés, l'édition littéraire, musicale et cinématographique. De nouveaux secteurs lui seront ouverts à partir de janvier 1988 : la distribution et la presse (article 7).

## d) Obligations relatives au contrôle

L'Etat se réserve le droit de vérifier à tout moment la conformité des émissions aux obligations de programmation contenues dans le cahier des charges (article 8). Le concessionnaire communiquera, chaque année, aux ministres compétents le rapport du Conseil d'administration et les rapports des commissaires aux comptes à l'Assemblée générale ainsi que le bilan de la future société.

Ces documents, dès qu'ils furent rendus publics, engendrèrent un concert de protestations. Les articles 3, 7, 10, 11, 12, 13 et 15 du contrat de concession retinrent particulièrement l'attention des observateurs.

Ils accusent le gouvernement de *figer le paysage audiovisuel* (article 11), de faire de la Cinq *la chaîne "la plus favorisée"* (articles 3, 7, 10, 12, 13), les conditions de diffusion que ce soit par satellite, par câble, par ondes s'alignant automatiquement sur les avantages de toute autre chaîne présente et à venir. Ils s'insurgent contre le *manque de transparence et l'arbitraire de la procédure d'attribution de la concession*. Ils soulignent le *déséquilibre du contrat en faveur du concessionnaire* qui, en dépit de ses obligations de continuité de service public, est *autorisé à renoncer à la concession* au bout de la troisième année ou tout au moins à suspendre ou interrompre la diffusion dans les zones non rentables. Alors que l'Etat garantit le concessionnaire contre tout déséquilibre de son exploitation.

Juridiquement les critiques relatives à l'absence de procédure d'appel d'offre pour le choix du concessionnaire ne sont pas fondées. L'administration a un pouvoir discrétionnaire quant au choix de son partenaire. La conclusion du contrat en elle-même est conforme au droit des concessions. L'équilibre des sujétions et obligations entre l'Etat et la chaîne relève de clauses plus discutables. Les privilèges accordés à la Cinq sont considérables. Toutefois, l'octroi de privilèges voire d'une exclusivité au bénéfice du

concessionnaire est traditionnel en la matière. On peut également s'interroger sur l'engagement de l'Etat à verser des compensations financières dans toutes les hypothèses qui auraient pour effet de modifier les conditions normales d'exploitation. Mais la jurisprudence administrative admet le principe du versement d'une indemnité en cas de modification du service.

On ne peut pas soutenir non plus que la Cinq ne soit investie d'aucune mission de service public. Car l'exigence d'impartialité, de distraction, d'éducation, les impératifs précis sur la limitation du nombre de programmes étrangers, sur les obligations d'achat de productions françaises, sur les diffusions de films sont constitutifs de missions de service public. Cependant, les clauses 3, 8° et 15 du contrat de concession paraissent contestables au regard du principe de continuité.

Le cahier des charges provoqua une levée de boucliers de la part des professionnels du cinéma, exploitants, producteurs, réalisateurs, acteurs qui contestent vivement les dérogations accordées à la Cinq au régime de diffusion et de programmation imposés aux chaînes publique en matière cinématographique.

Le délai de diffusion des films est en effet de trois ans pour les chaînes publiques. Or, la Cinq pourra les programmer deux ans seulement après l'obtention du visa et ce jusqu'en 1990. La Cinq est tenue comme les chaînes publiques de ne pas diffuser aux jours et heures de grande fréquentation des salles de cinéma, cependant elle est autorisée à en diffuser le samedi matin et le dimanche matin contrairement aux chaînes publiques.

La diffusion des œuvres cinématographiques ne devra respecter les mêmes quotas que les chaînes publiques qu'à la fin du cinquième exercice. Ce quota est fixé à 25% pendant les premières années au lieu de 50% (% films d'expression française par exemple). Le cahier des charges des chaînes publiques stipule que les émissions de fiction doivent être à 60% au moins d'expression originale française. Cette disposition vise à éviter le déferlement des séries étrangères. Elle n'est pas prévue au cahier des charges de la Cinq qui porte seulement que 50% des émissions (en général) doivent être françaises, (30% les trois premières années). Dès lors, il serait loisible à la nouvelle chaîne de programmer 50% de variétés françaises et 50% de téléfilms américains pour respecter son obligation. Le gouvernement justifie ces dérogations pour la plupart transitoires de la manière suivante : "En raison des délais techniques nécessaires pour la constitution du réseau et de la lenteur prévisible pour la conquête de son audience, la montée en charge de la cinquième chaîne sera très progressive. Son équilibre économique ne pourra être atteint qu'après cinq ou six ans. (...) Il est indispensables de moduler les exigences du cahier des charges pendant les premières années où la ponction opérée par la cinquième chaîne sur le marché publicitaire sera réduite et que par conséquent, ses ressources de-

meureront limitées" (8). Ce souci, tout à fait légitime, nous semble-t-il, pour le lancement d'une chaîne de télévision dont l'investissement se monte à plus ou moins 1,5 milliard de francs (français) et dont le budget annuel avoisine 450 millions de francs n'est pas partagé du tout par les professionnels du cinéma qui rappellent à corps et à cris l'engagement de Laurent Fabius en janvier 1985. Le Premier Ministre, aussitôt après l'allocation télévisée du Président, s'était empressé de rassurer le cinéma en déclarant que les cahiers des charges des chaînes privées seraient au moins aussi favorables au cinéma et à l'industrie des programmes que ceux des chaînes publiques.

L'industrie cinématographique redoute que les exceptions consenties à la Cinq provoquent la dérégulation du marché audiovisuel si elles venaient à se généraliser. Elle s'engage à "boycotter" la Cinq en ne lui vendant aucun film.

L'article 8 du cahier des charges fit également couler beaucoup d'encre. Cet article autorise la Cinq à diffuser des écrans publicitaires au cours de ses émissions. Alors que le cahier des charges des télévisions publiques précise que "la publicité doit être obligatoirement programmée dans des écrans spécialisés, de durée limitée intervenant à l'occasion d'interruptions normales des programmes". Or, non seulement la Cinq peut interrompre ses programmes par des écrans publicitaires mais elle n'est pas obligée de les distinguer de ses programmes. Cette dérogation à la non interruption des programmes répond à un souci commercial, le financement de la Cinq étant exclusivement basé sur cette publicité. De nouveaux secteurs de publicité seraient également ouverts à la Cinq.

A partir du 31 décembre 1987, elle sera autorisée à diffuser de la publicité pour la presse et la distribution, secteurs réservés jusqu'alors à la radio et à la presse écrite.

La dérogation relative à la presse écrite fut consentie sur l'insistance de Jérôme Seydoux soucieux de recueillir les faveurs du monde de la presse plutôt hostile à la création d'une chaîne commerciale en raison des retombées sur le marché publicitaire.

Les sociétés d'auteurs redoutent le "saucissonnage" des œuvres cinématographiques. Ils contestent la légalité de cet article 8 au regard de la loi sur les droits d'auteurs. Cette législation consacre un droit moral des auteurs, droit indépendant de leurs droits patrimoniaux et incessible. Ils sont toujours en mesure d'intervenir s'il leur apparaît que les modalités de la diffusion portent atteinte à l'intégrité de leur œuvre pour exiger que celle-ci soit préservée, et ce quelle que soit la personne à qui ils ont cédé leurs droits

(8) "Analyse du contrat de concession et du cahier des charges de la Cinq", p. 3 - Secrétariat d'Etat auprès du Premier Ministre chargé des Techniques de la communication - Service de Presse - 2 décembre 1985.

de diffusion et quelles que soient les clauses du contrat. Il nous paraît que ce grief est dépourvu de tout fondement.

#### **E. Loi du 13 décembre 1985 modifiant la loi du 29 juillet 1982**

Cette loi intéresse l'objet de notre étude à plusieurs égards. Elle reprend le mécanisme qui existait déjà en matière de radios locales et de réseaux de télédistribution : elle introduit une distinction entre les zones de diffusions locales et les autres. La Haute Autorité se voit désormais attribuer un bloc de compétences pour autoriser l'ensemble des services locaux de communication (article 17 nouveau de la loi du 29 juillet 1982).

Les services de télévision autres que locaux relèvent de la compétence du gouvernement dans le cadre du régime de la concession de service public prévu à l'article 79 nouveau de la loi du 29 juillet 1982. L'article 80-1 nouveau définit le service local de télévision par voie hertzienne par sa zone de desserte maximale, limitée à 60 km dans sa plus grande dimension. L'article 79 est également complété par un second alinéa qui prévoit la publication obligatoire des contrats de concession de service public et des cahiers des charges au Journal Officiel. Cette disposition est rétroactive. Les contrats de la Cinq et de Canal Plus devront être publiés.

Le gouvernement entend ainsi répondre aux critiques concernant le secret des négociations et le manque de transparence de la procédure.

Le monopole de l'établissement public de diffusion est non seulement maintenu mais renforcé. Il est chargé de la diffusion de tous les services de télévision par voie hertzienne locaux ou nationaux (article 34 nouveau).

Le gouvernement justifie cette option par le souci de prévenir les désordres et les gênes dans l'espace hertzien compte tenu de la rareté des fréquences. C'est la solution déjà adoptée par le contrat de concession de la Cinq. Cet article 34 nouveau ne fait qu'entériner une situation de fait pour les services de télévision par voie hertzienne autres que locaux. Pour assurer cette diffusion, T.D.F. peut bénéficier d'une servitude lui permettant d'installer sur les immeubles les équipements nécessaires à l'exécution de sa mission (article 34-1). Un nouvel article 88-1 prescrit que les cahiers des charges doivent comporter des précisions relatives au volume et à la nationalité des œuvres cinématographiques diffusées, à la grille horaire de programmation de ces œuvres, au délai à compter de la délivrance du visa d'exploitation au terme duquel la diffusion télévisée de ces œuvres peut intervenir. Le gouvernement entend réaffirmer sa volonté de protéger l'industrie cinématographique française. On se rappellera la colère du monde du cinéma à propos du cahier des charges de la Cinq.

L'article 84 de la loi du 29 juillet 1982 est abrogé. Il fixait un plafond de 80% pour la part de ressources publicitaires dans le montant total de financement d'un service de communication audiovisuelle autre qu'une radio locale privée. Cet article était, en effet, peu compatible avec le principe du financement exclusif de la chaîne par la publicité.



La Cinq pourra dès lors avoir recours au financement publicitaire à 100%.

#### F. Critiques de la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle.

La Haute Autorité manifesta publiquement ses craintes quant à l'avenir des télévisions privées en France à la suite de la signature précipitée du contrat de concession de la Cinq (27 novembre 1985).

Elle mit le gouvernement en garde contre les risques que comporte l'autorisation d'une chaîne de télévision nationale privée *avant même* la promulgation de la loi fixant le cadre juridique des télévisions privées et la mise en place de la procédure publique de détermination des fréquences disponibles. Cette première chaîne de télévision privée a de fortes chances, en effet, de se voir octroyer les meilleurs fréquences au détriment des chaînes privées futures.

La Haute Autorité mit l'accent également sur la nécessité de prévoir des garanties et des obligations proches de celles qui sont imposées aux chaînes publiques.

Après avoir rappelé sa mission d'intervention dans la régulation des nouveaux espaces de liberté prévus par la loi du 29 juillet 1982, la Haute Autorité revendiqua un droit de regard tant sur les télévisions privées nationales que locales.

La Haute Autorité, instituée par la loi du 29 juillet 1982, est chargée notamment de garantir l'indépendance du service public de radiodiffusion sonore et de la télévision. Elle s'est vu confier le soin de délivrer les autorisations en matière de télévision par câble (article 17 ancien de la loi du 29 juillet 1982). Cette mission fut étendue aux télévisions locales par voie hertzienne par la loi du 13 décembre 1985 (article 17 nouveau).

La Haute Autorité regrette cependant que les télévisions privées par voie hertzienne destinées au public en général (services de télévision par voie hertzienne *autre que locaux*, article 79 nouveau de la loi du 29 juillet 1982) échappent à son contrôle. Il est vrai qu'un seul régime juridique d'autorisation délivré par un organisme unique, solution proposée par l'opposition, aurait l'avantage de la clarté et de la simplicité.

Cette solution faciliterait en outre la mission de la Haute Autorité étant donné que les concessions de service public et leur condition d'attribution ont inévitablement des incidences sur l'économie des stations locales. La Haute Autorité, tenue à l'écart des négociations du contrat de la Cinq, entend par cette déclaration rappeler au gouvernement qu'il n'est plus le seul maître d'œuvre de la communication audiovisuelle.

Lorsque la Haute Autorité prétend revendiquer un droit de regard sur les télévisions privées nationales, elle ne réclame rien d'autre en fait que la stricte application de la loi. En effet, l'article 15 de la loi du 29 juillet 1982 prévoit que la Haute Autorité donnera son avis sur les cahiers des charges contenant des obligations de service public. Or, comme elle l'a souligné incidemment dans sa déclaration, le gouvernement ne lui a pas soumis

pour avis le cahier des charges de la Cinq, concession de service public, visé sans aucun doute par cet article 15.

La Haute Autorité dévoile ainsi à travers d'une communication officielle, avant même que les documents ne soient rendus publics (ils le furent le 2 décembre 1985) la première faille de la concession de la Cinq à l'association Berlusconi-Seydoux.

### G. Vices du premier contrat

La Compagnie Luxembourgeoise de Télévision, le Bureau de liaison de l'industrie cinématographique (B.L.I.C.) et la Société d'auteurs et compositeurs dramatiques, adversaires farouches de la Cinq déposèrent en novembre et en décembre 1985 des recours au Conseil d'Etat contre la décision du Secrétaire d'Etat chargé des Techniques de la communication de signer le contrat de concession le 19 novembre 1985, ce contrat et le cahier des charges qui lui était annexé.

Ces recours ont mis en exergue trois vices dont était entachée la procédure d'attribution de la concession à la Cinq. Tout d'abord, le contrat de concession a été conclu entre le *Secrétaire d'Etat* chargé des Techniques de la Communication et *trois personnes physiques* pour le compte d'une société en voie de constitution. Il s'agit d'une violation flagrante de l'article 79 de la loi du 29 juillet 1982 qui stipule expressément que la concession de service public ne peut être attribuée qu'à des *personnes morales* de droit public ou de droit privé. Ce contrat aurait dû être conclu par une société légalement constituée. Ensuite, comme je l'ai souligné supra, l'article 15 de la loi du 29 juillet 1982 a également été foulé aux pieds par le gouvernement. La Haute Autorité n'a pas été consultée à propos du cahier des charges de la Cinq. Troisième irrégularité, le contrat a été négocié et signé par le seul Secrétaire d'Etat chargé des Techniques de la Communication. Il n'a été contresigné par aucun autre ministre. Il aurait dû au moins porter la signature du Ministre des Finances et du Budget puisque le contrat engage financièrement l'Etat. Le Secrétaire d'Etat n'a été investi d'aucune délégation. Ces irrégularités sont les conséquences de la précipitation du gouvernement qu'explique largement la proximité des échéances électorales. Le gouvernement, après l'épreuve du Conseil constitutionnel, se devait cette fois de réagir rapidement, parce que le Conseil d'Etat allait très certainement se prononcer dans un délai bref. Il est de tradition en effet qu'il n'intervienne pas dans un problème politiquement sensible durant les deux mois précédant une consultation électorale. Afin d'éviter une décision négative du Conseil d'Etat, le gouvernement annonça le 30 décembre 1985 sa volonté de modifier les points litigieux de "l'acte de naissance de la Cinq". Ce faisant, il bloquait en fait les recours au Conseil d'Etat, se ménageant un délai de répit pour corriger les diverses irrégularités dénoncées.

## H. Décret du 7 janvier 1986 pris pour application de l'article 79 de la loi du 29 juillet 1982.

Pris en application de l'article 79 de la loi du 29 juillet 1982, le décret du 7 janvier 1986 (publié au Journal Officiel le 8 !) précise le régime juridique de la concession de service public. En réalité, ce décret a surtout pour objet de couvrir les illégalités les plus flagrantes du contrat de concession de novembre 1985. En effet, l'article 3 stipule que "le traité de concession est signé, au nom de l'Etat, par le *Ministre chargé des Techniques de la Communication*; il est *approuvé par décret après avis de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle*".

Ce décret porte en outre que le contrat de concession, dont la durée maximale est fixé à 20 ans, et le cahier des charges détermineront les règles de production, de programmation et de diffusion du service concédé. Le cahier des charges précisera les obligations imposées au concessionnaire du service public en vue d'assurer le respect des principes généraux définis au titre Ier de la loi de juillet 1982 (exemple: obligation ayant pour but d'assurer le respect du pluralisme, de l'anonymat des choix des usagers et les droits de réponse).

Il prévoit l'attribution du monopole de diffusion en matière de concession à l'établissement public de diffusion. Les conditions de diffusion seront fixées par une convention passée entre T.D.F. et le concessionnaire, approuvée par un arrêté conjoint du Ministre des P.T.T. et du Ministre chargé des Techniques de la Communication.

### I. Avis de la Haute Autorité

Le projet du nouveau cahier des charges fut soumis à la Haute Autorité conformément au décret du 7 janvier 1986.

Celle-ci rendit un avis défavorable le 15 janvier 1986. Elle renouvela en les amplifiant les critiques qu'elle avait déjà formulées d'autorité le 27 novembre 1985. Elle condamne les conditions de création de la Cinq et les dispositions du contrat de concession qui lui forge un statut de la télévision "la plus favorisée". La Haute Autorité préconise le respect d'un quota minimum de 300 heures de productions originales françaises (hors cinéma) la première année et de 800 heures à la fin de la troisième année dont 50 de fictions originales françaises la première année et 100 heures la seconde.

Elle estime, en outre, que la Cinq doit être soumise aux mêmes règles que les chaînes publiques en matière de diffusion de films: délai de 36 mois, pas de film le mercredi soir et le vendredi soir après 20 heures, pas de film le dimanche avant 20 heures, 60% d'œuvres émanant de la Communauté économique européenne, 50% d'œuvres d'expression française, pas plus de 250 titres par an. En matière de publicité, elle propose une seule interruption pour la diffusion de spots dans les œuvres cinématographiques et les

documentaires de création. Elle suggère que le temps consacré à la diffusion des messages publicitaires soit limité à 12% du temps d'antenne quotidien et se prononce même contre la diffusion de spots pour les boissons alcoolisées de moins de 9 degrés.

La Haute Autorité souhaiterait une régime de portée générale assurant des conditions de concurrence normales entre les chaînes privées et publiques.

#### **J. Arrêté dérogatoire au décret-loi du 12 novembre 1938 concernant la nationalité des concessionnaires de service public**

Le gouvernement, alerté par les critiques des détracteurs de la Cinq, s'est rendu compte qu'il avait omis de prendre un arrêté dérogatoire au décret-loi du 12 novembre 1938 qui interdit de concéder un service public à un étranger (sauf dérogation). Cette lacune fut comblée par un arrêté pris par le Premier Ministre le 17 janvier 1986.

Je reviendrai sur ce point lors de l'analyse de l'arrêt du Conseil d'Etat. (Voir infra).

#### **K. Signature des nouveaux documents le 17 janvier 1986**

La course contre la montre du gouvernement touche à sa fin. Après avoir rectifié les erreurs précédentes en un temps record, il ne lui restait plus qu'à signer une nouvelle version du contrat de concession.

Un décret du 18 janvier 1986 approuvant le traité de concession et le cahier des charges conformément à l'article 3 du décret du 7 janvier 1986 fut publié au Journal Officiel le 19 janvier 1986. Il est signé par le Premier Ministre, le Secrétaire d'Etat chargé des Techniques de la Communication, le Ministre de l'Economie et le Secrétaire d'Etat chargé du Budget et de la Consommation.

##### *1. Le nouveau contrat de concession*

Le contrat est conclu cette fois conformément à l'article 79 de la loi du 29 juillet 1982, entre le Secrétaire d'Etat chargé des Techniques de la Communication (article 3 du décret du 7 janvier 1986) et la société FRANCE 5 (9), société anonyme, représentée par son président directeur général, Jérôme Seydoux. Cette seconde version n'apporte guère de modification à la première à l'exception de quelques points que l'on analyse ici.

L'article 2 du contrat initial figure à présent au cahier des charges. Ce transfert répond à deux impératifs :

(9) Voir infra la composition du capital de la société FRANCE 5, société d'exploitation de la Cinq.

- Le décret du 7 janvier 1986 en son article 2 porte que le cahier des charges détermine les obligations imposées au concessionnaire en vue d'assurer le respect des principes généraux définis au Titre I de la loi du 29 juillet 1982. Or, l'article 2 prévoyait notamment l'exigence d'un droit de réponse, l'interdiction de favoriser une famille de pensée...

Sa place n'était pas au contrat de concession.

- L'article 15 de la loi du 29 juillet 1982 et l'article 3 du décret du 7 janvier 1986 prescrivent que le cahier des charges des concessions de service public est soumis à la consultation de la Haute Autorité. Le cahier des charges doit comporter pour que cette consultation soit régulière *toutes* les obligations de service public imposées au concessionnaire.

C'est donc également dans le but de respecter ces dispositions que l'article 2 du contrat initial fut transféré au cahier des charges.

L'article 3, 8° et l'article 15 du contrat de concession, qui avaient suscité tant de critiques, sont rayés du nouveau contrat. Ces dispositions prévoyaient, en effet, la faculté pour le concessionnaire de renoncer à la concession au bout de trois ans et ce sans indemnité et de suspendre voire d'interrompre définitivement la diffusion dans les zones qui se révéleraient non rentables.

Elles apparaissaient suspectes au vu du *principe de continuité du service public* et *déséquilibraient* en outre, le contrat en faveur du concessionnaire. Le droit des concessions de service public, derrière lequel le gouvernement s'était retranché pour parer aux critiques portant sur le choix discrétionnaire du concessionnaire et la situation privilégiée offerte à la Cinq, risquait bien cette fois de se retourner contre lui, Car il ne faut pas perdre de vue que ce procédé, séduisant à bien des égards, consiste à concéder un *Service Public*. De ce fait découle une série de règles auxquelles le concessionnaire doit se conformer. Il doit notamment respecter scrupuleusement l'obligation de continuité du service public. Le concessionnaire n'est aucunement délié de son obligation si l'exploitation du service ne lui procure aucun profit voire même si elle ne conduit qu'à un déficit ! Il n'est exonéré de cette obligation que par la force majeure. Ces dispositions étaient donc susceptibles d'être interprétées comme transgressant le droit des concessions et d'être sanctionnées par les tribunaux. Conscient de ce que l'opposition était bien disposée à mettre tout en œuvre "pour se débarrasser de la Cinq", le gouvernement s'inclina en supprimant les articles litigieux. D'autant plus qu'ils pouvaient être suspectés, en outre, de contribuer au déséquilibre du contrat en faveur du concessionnaire, déséquilibre dénoncé à maintes reprises par les détracteurs de la Cinq. Les avantages fournis au concessionnaire doivent en effet être la stricte contrepartie de ses obligations.

Le gouvernement tenta de rééquilibrer le contrat en revoyant quelques dispositions. L'article 11 du traité fut corrigé en ce sens : la Cinq disposait de la faculté de choisir en cas de modification du paysage audiovisuel entre la résiliation de la concession et la compensation financière s'il en résultait

un déséquilibre important. Le nouvel article 11, 1° confie ce choix à l'Etat à présent. C'est à lui qu'incombe désormais la décision d'accepter la réalisation ou de compenser le préjudice. Cependant le gouvernement prit le soin d'introduire un article 11, 3° qui prévoit *l'obligation pour l'Etat de faire droit à la demande de résiliation du concessionnaire* s'il résulte de la modification du paysage audiovisuel (ou du non respect des articles 2 et 13), un bouleversement de l'économie du contrat. En clair, sous l'empire de l'ancien contrat, le concessionnaire avait le choix entre la résiliation et le compensation financière en cas de déséquilibre important du contrat. A présent c'est l'Etat qui choisit, mais il est obligé d'accorder la résiliation s'il résulte de la modification du paysage audiovisuel un bouleversement de l'économie du contrat.

En fait, en cas de bouleversement économique du traité, la situation du concessionnaire est inchangée, il obtiendra la résiliation du contrat de concession. L'idée demeure donc fondamentalement la même, mais les apparences sont sauvées !

L'article 11, 3° ancien prévoyait en cas de réalisation de la clause résolutoire prévue à l'article 11, 1°, une indemnité de nature à compenser intégralement le préjudice, le calcul obéissant aux règles habituelles de droit. Les alinéas 3 et 4 organisaient la procédure d'indemnisation, la reprise des obligations du concessionnaire par l'Etat etc... L'article 11, 4° nouveau qui le remplace se contente de souligner qu'il sera dû au concessionnaire une indemnité de nature à compenser intégralement le préjudice et renvoie pour le surplus à l'article 16 qui organise de façon générale une procédure d'indemnisation. En conséquence, les alinéas 2 et 3 de l'article 9 qui instituaient un recours à l'expertise pour déterminer le montant du préjudice subi en cas de modification du service ainsi que les différents paramètres d'évaluation de ce préjudice sont supprimés.

L'article 6 interdisant toute cession totale ou partielle de la concession est complété par l'exigence de l'agrément du concédant pour la cession de 20% au moins du capital ou ayant pour conséquence un changement d'actionnaire majoritaire. L'Etat se réserve ainsi un droit de regard plus étendu sur le direction de France 5, craignant sans doute que le partenaire italien tellement décrié par la presse et l'opposition, ne grignote les parts françaises. Ces diverses modifications ne mettent pas en cause le régime de faveur accordé à la Cinq : clause de la télévision "la plus favorisée", protection contre toute concurrence etc...

## 2. *Le second cahier des charges*

Le cahier des charges n'est que légèrement remanié. Il prévoit une obligation nouvelle à charge du concessionnaire : assurer un service quotidien de 16 heures au minimum. Cette adjonction répond toujours au même souci, se conformer à la notion de service public. Il exige à présent qu'une distinction claire soit établie entre les programmes et la publicité. L'article 8

est complété de la manière suivante : "la publicité de marque doit être clairement annoncée comme telle". Cette modification n'est qu'une maigre consolation pour les sociétés d'auteurs. La Cinq sera obligée désormais de verser une cotisation annuelle de 500.000 francs (français) pour la première année et 725.000 francs (français) pour les années ultérieures au service d'observation des programmes. On a vu que la concédant se réservait le droit de vérifier à tout moment le respect des obligations du cahier des charges (contrat de concession et décret du 7 janvier 1986).

Suite aux recours déposés au Conseil d'Etat en janvier 1986 contre les nouveaux documents, le gouvernement prit un avenant (publié au Journal Officiel le 19 février 1986) complétant l'article 4 du cahier des charges relatif à la diffusion des œuvres cinématographiques. Cet article 4 ne fixait pas le volume des œuvres cinématographiques que la Cinq serait autorisée à diffuser durant une période déterminée comme il aurait dû le faire selon l'article 88-1 de la loi de 1982 (introduit par la loi du 13 décembre 1985). La Haute Autorité s'était pourtant prononcée à ce sujet le 15 janvier 1986. Cet avenant du 18 février 1986 précisa : "le nombre de films diffusés n'excèdera pas 250 titres par an".

(Nous y reviendrons lors de l'analyse de l'arrêt du Conseil d'Etat).

Les anciens documents furent déclarés nuls et nonavenus par un avenant du 17 janvier 1986 complété par un avenant du 23 janvier 1986.

Le gouvernement, par la signature des nouveaux contrats, rendit caducs les recours dirigés contre les premiers tout en les utilisant dans l'intervalle pour mettre en marche les procédures nécessaires à l'installation du réseau de diffusion. Par cette manœuvre, il postposa également la décision du Conseil d'Etat à propos des recours déposés fin janvier par la C.L.T., le B.L.I.C. et les sociétés d'auteurs. Le Conseil d'Etat ne se prononcera, en effet, qu'après les élections législatives en raison des incidences politiques que pourrait provoquer cet arrêt.

(fin de la première partie)