

N° 367136
Syndicat interprofessionnel des Radios
et télévisions indépendantes

N° 367515 - 367516
Société Radio Média France
SARL Forum Productions

N° 367519
Association Racif

5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies
Séance du 16 janvier 2015
Lecture du 4 février 2015

CONCLUSIONS

Mme Fabienne LAMBOLEZ, rapporteur public

1. Le 15 janvier 2013, le CSA a pris les premières décisions d'attribution de fréquences pour la distribution et la diffusion de services de radio numérique terrestre (RNT). Vous examinez aujourd'hui les requêtes dirigées contre plusieurs de ces décisions.

Nous avons déjà évoqué le lancement de la RNT dans nos conclusions sur deux décisions du 31 mai 2013 (n° 356900 *SIRTI* aux T. p. 820 et n° 356953 *SIRTI*), et nous limiterons aujourd'hui notre présentation du contexte à quelques points essentiels.

Sur le plan technique, la radio numérique terrestre n'a pas vocation à se substituer à la radio diffusée en mode analogique (sur la bande FM), à la différence de ce qui s'est passé pour la télévision où le numérique a définitivement pris la place de l'analogique. En radio, l'analogique et le numérique ont vocation à coexister.

La radio numérique sera diffusée sur deux bandes de fréquences : la bande III (également appelée VHF), et la bande L. Elle diffère de la radio analogique sur trois points : elle permet le « multiplexage » – c'est-à-dire que chaque fréquence peut diffuser plusieurs services de radio ; sa réception nécessite un récepteur spécifique pour lire le signal émis ; enfin du point de vue des fonctionnalités offertes, elle permet d'associer des textes, des images et des vidéos au son « brut ».

Un cadre juridique spécifique a été mis en place par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, plusieurs fois modifiée depuis.

L'article 28-4 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit l'organisation par le CSA d'une consultation publique, qui a eu lieu en 2005 et 2006.

Quant à la procédure et aux conditions d'attribution des fréquences de radio numérique terrestre, elles sont fixées par l'article 29-1 – l'article 29, dont vous êtes familiers, ne s'appliquant plus que pour l'attribution d'une même fréquence à une seule radio, donc pour le mode analogique.

Le I de l'article 29-1 est relatif aux modalités de l'appel à candidatures, que le CSA a la faculté de réserver à des **distributeurs** de service – ce qui n'est pas possible avec le mode analogique, pour lequel seuls des **éditeurs** de services peuvent se voir délivrer une autorisation d'émettre. Les II et III sont relatifs, respectivement, aux autorisations délivrées aux éditeurs et aux distributeurs.

En application de ces dispositions le CSA a en premier lieu lancé en 2008 un appel à candidatures ouvert aux **éditeurs** pour l'attribution de fréquences en bande III dans le ressort des douze comités techniques radiophoniques métropolitains. Des raisons techniques liées notamment aux disponibilités en fréquences ont toutefois amené le CSA à décider à la fin de l'année 2011 de ne pas mener la procédure à terme, ce que vous avez jugé légal par l'une des décisions du 31 mai 2013 précitées (n° 356900). L'appel d'offres a ultérieurement été relancé, mais sur une base géographique plus limitée - dans le ressort des seuls comités techniques radiophoniques de Paris, Marseille et Nice - par une décision du 12 avril 2012. Le CSA a attribué au total 107 autorisations sur la bande III à des éditeurs, par une série de décisions du 15 janvier 2013. Sur cette bande, la radio numérique a effectivement démarré en juin dernier.

Sous les n°s 367515, 367516 et 367519 la SARL Radio Media France, la SARL Forum productions et l'Association Racif vous demandent chacune d'annuler d'une part le rejet opposé à leur propre candidature, d'autre part trois autorisations délivrées à des services concurrents.

En deuxième lieu le CSA avait lancé en novembre 2011 un appel à candidatures portant sur l'ensemble du territoire national, réservé aux distributeurs de services, pour l'attribution de fréquences en bande L. Les deux seules candidatures enregistrées ont été déclarées recevables, et le 15 janvier 2013, le CSA a autorisé un seul distributeur, la SAS Onde Numérique. Sa décision est attaquée sous le n° 367136 par le SIRTI, dont nous vous exposerons la requête en premier.

2. N° 367136

La SAS Onde Numérique est autorisée à distribuer vingt services de radio multiplexés à temps complet (les sept radios publiques éditées par Radio France, quatre radios éditées par la SA A2PRL, filiale du groupe Lagardère (Dixit, Mot pour mot, Twiggy, Gaïa), cinq services édités par la société Onde Numérique elle-même (Psy and Co, H comme Histoire, XY, Wanabi, Passion sports), Europe 1 + , BFM TV (la bande sonore de la chaîne de télé BFM), Ouf 2 et Euronews Radio. L'autorisation porte également sur deux services autres que de radio ou de télévision au sens de l'article 30-5 de la loi du 30 septembre 1986, édités par Onde Numérique : MusicaA, qui est un service permettant un accès interactif à 43 thématiques musicales différentes, et Info trafic, service d'information routière.

Tous ces services ont pour caractéristique commune d'être sans publicité : Onde Numérique sera un service de diffusion payant, financé par abonnement. La durée de l'autorisation est de dix ans (soit la durée maximale de tous les types d'autorisation TV et radio, prévue par l'article 28-1 de la loi), renouvelable sans appel aux candidatures deux fois par période de cinq ans (ce qui est la stricte reprise de l'article 28-1).

La décision fixe des « engagements de couverture » destinés à assurer une montée en charge progressive de la desserte du territoire et de la population : au moins 20 % de la population dans au moins trois régions administratives à échéance de trois ans, au moins 40 % de la population dans au moins 11 régions à échéance de cinq ans, au moins 60 % de la population dont au moins 25 % dans chaque région à échéance de sept ans.

Sur le plan technique, la décision identifie 67 allotissements, qui correspondent à autant de canaux de diffusion et doivent chacun comporter un site d'émission. Elle fixe la norme technique de diffusion. Elle prend acte que la diffusion s'effectuera par voie hybride satellitaire et terrestre.

Enfin il est prévu que l'autorisation peut être retirée en cas de modification substantielle des données au vu desquelles elle a été délivrée, et que la société doit informer le CSA de toute modification de son capital social portant sur plus de 10 % des parts ou des droits de vote.

* La première question est celle de l'intérêt à agir du SIRTI, contesté en défense tant par le CSA que par la société Onde Numérique, qui soutiennent que le syndicat requérant n'a pas intérêt à attaquer l'autorisation accordée à un distributeur de services dès lors que son objet social est la défense des intérêts d'une certaine catégorie d'**éditeurs**, les éditeurs indépendants, et qu'aucun de ces éditeurs n'a participé à l'appel d'offres.

Ils vous invitent ainsi à faire une application assez mécanique de la jurisprudence sur l'intérêt à agir des syndicats et celui des non-participants à un appel à candidatures.

Cette fin de non-recevoir nous paraîtrait toutefois devoir être écartée, si vous deviez y statuer expressément, compte tenu des particularités de la décision attaquée et du processus à l'issue duquel elle est intervenue.

D'une part, le SIRTI avait contesté le parti consistant à exclure par principe les éditeurs de l'attribution de fréquences en bande L, en vous demandant d'annuler l'appel à candidatures de 2011. Par l'une des décisions de 2013 précitées vous avez toutefois estimé que cet appel à candidatures, en dépit de ses indéniables spécificités, constituait un acte préparatoire insusceptible de recours, comme il est classique en la matière (n° 356953). Le droit au recours effectif exige donc que le SIRTI puisse contester le résultat de la procédure, ce qui ne peut avoir lieu qu'au stade de l'octroi de l'autorisation de distribution quand bien même le syndicat représente une catégorie d'acteurs qui structurellement ne pouvait concourir. Vous avez d'ailleurs déjà tenu compte en matière audiovisuelle des particularités, en droit ou en fait, d'une procédure d'appel à

candidatures pour admettre l'intérêt à agir d'une société n'ayant pas candidaté (29 janvier 1999 *Société Télé Free Dom* n° 170078 aux T. p. 938, 26 juillet 2011 *Société de communication et de production audiovisuelle et Fautra* n° 325853 aux T. p. 1067).

D'autre part, la décision avalise le bouquet d'éditeurs composé par Onde Numérique. Elle affecte ainsi de manière indirecte, mais certaine, les intérêts défendus par le SIRTI, dont l'intérêt à agir contre l'autorisation doit dès lors être reconnu (cf. 15 mai 2013, *Société EURL Sud-Radio + et autres* n°s 359044 359045 359046 359047 aux T. p. 751).

* Vous ne vous attarderez pas sur l'unique moyen de légalité externe, tiré du défaut de quorum, qui manque en fait : il ressort du procès-verbal de la séance du 15 janvier 2013 que les neuf membres du CSA ont délibéré sur la décision attaquée.

Les moyens de légalité interne, au nombre de huit, sont de difficulté inégale.

* Par un premier moyen, très substantiel, le SIRTI soutient que la décision attaquée aurait pour effet de placer Onde Numérique en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante et méconnaîtrait, dès lors, tant les articles 29 et 29-1 de la loi du 30 septembre 1986 que l'article L. 420-2 du code de commerce et l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - qui sont l'un et l'autre directement invocables pour contester la légalité d'un acte administratif (Sect. 3 novembre 1997 *Sté Million et Marais* p. 406 pour le droit national de la concurrence, et Sect. 8 novembre 1996 *FFSA* n° 122644 p. 441 pour les règles issues du droit communautaire).

La nécessité d'éviter les abus de position dominante – ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence – est l'un des impératifs prioritaires dont l'article 29 et l'article 29-1 par renvoi prescrivent au CSA de tenir compte, au même titre que la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels et la diversification des opérateurs. Le CSA soutient en défense que ces dispositions de la loi de 1986 seraient seules applicables, au motif qu'elles devraient être regardées comme des dispositions spéciales dérogeant aux dispositions générales de l'article L. 420-2 du code de commerce qui prohibe l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Cette argumentation n'est absolument pas convaincante : il est clair que la notion d'abus de position dominante dans la loi de 1986 n'a aucune autonomie par rapport à celle du code de commerce, et l'absence de renvoi exprès à la législation commerciale s'explique d'ailleurs par l'antériorité de quelques mois de la loi sur l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dont sont issues les dispositions sur la concurrence, codifiées depuis.

L'appréciation d'une éventuelle position dominante et d'un éventuel abus de celle-ci nécessite d'abord identifier le ou les marchés pertinents – définis par l'Autorité de la concurrence comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou service considérés comme substituables entre eux par les demandeurs, et non substituables aux autres produits ou services offerts. Mais en application de votre jurisprudence constante une position dominante qui serait révélée par cette analyse ne

serait un motif d'illégalité que si l'autorisation avait par elle-même pour effet de placer Onde Numérique en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante.

Dans le secteur de l'audiovisuel, l'Autorité de la concurrence est régulièrement amenée à se prononcer dans le cadre du contrôle préalable des concentrations. Mais nous n'avons pas connaissance que vous ayez déjà décidé de la consulter pour apprécier la légalité d'une autorisation de distribution ou de diffusion.

La délimitation géographique du marché ne pose aucune difficulté dès lors que l'autorisation est valable pour l'ensemble du territoire national et que les services composant le bouquet distribué par Onde Numérique seront diffusés sur l'ensemble du territoire national.

C'est en revanche plus délicat pour ce qui est de la délimitation matérielle.

Pour le SIRTl, il y a un seul marché pertinent à prendre en compte, qu'il caractérise dans le dernier état de ses écritures comme le marché de la « distribution de services de radio numérique multiplexés et de services autres que de radio et de télévision diffusés sur la bande L ». Ce marché est, pour le SIRTl, distinct du marché de la radiodiffusion analogique sur la bande FM et du marché de l'édition de services de RNT sur la bande III. Plusieurs séries de considérations sont mises en avant : la différence de mode de diffusion, qui exige des infrastructures différentes, entre la bande III et la bande L (mode hybride satellitaire/terrestre pour la bande L, mode terrestre pour la bande III), la différence des normes techniques de diffusion, consacrée par un arrêté ministériel sur lequel nous reviendrons lors de la présentation du dernier moyen, la nécessité de disposer d'un **récepteur** spécifique qui ne permettra pas de recevoir la RNT sur la bande III, et enfin le caractère payant du service, qui sera proposé dans le cadre d'abonnements (pour la réception à domicile ou pour la réception en voiture). Le SIRTl s'appuie sur une décision de l'ARCEP du 11 septembre 2012 ayant défini le marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique¹.

La SAS Onde Numérique ne conteste pas cette analyse, et admet que le marché pertinent à prendre en compte est celui de l'offre de services de radiodiffusion payante sur la bande L.

Selon le CSA les critères techniques de diffusion n'ont pas à être pris en compte et les marchés pertinents doivent être déterminés principalement par les modalités de financement des services et le modèle économique des opérateurs, ce qui le conduit à identifier deux types de marchés pertinents : le marché aval de la distribution de services audionumériques payants par abonnements, qu'il n'y aurait pas lieu de limiter à la bande L, et les marchés intermédiaires de l'édition de services audionumériques payants par abonnements (radio et services autres que de radio).

Il nous semble que trois marchés pertinents pourraient en réalité être distingués :

¹ Jugée légale par une décision du 11 juin 2014 *Sté TDF et autres* n°s 363920 363949

- en premier lieu, il y a bien comme le soutient le SIRTI un marché de la **distribution** de services de radio numérique payants sur **la bande L**. Sur ce marché les demandeurs sont les éditeurs qui souhaitent diffuser un service. Il est différent du marché de la diffusion directe par les éditeurs sur la bande III en raison d'une différence fondamentale de modèle économique : en bande III, l'éditeur se finance par la publicité ; dans le bouquet d'Onde Numérique sur la bande L, les éditeurs seront financés par des redevances versées par Onde Numérique.

Or la décision attaquée a bien pour effet de placer Onde Numérique en situation de monopole sur ce marché entièrement nouveau de la distribution pour lequel, nous le rappelons, il n'y a eu que deux candidats la SAS Onde Numérique et l'association La radio numérique en bande L. A cet égard d'ailleurs nous aurions aimé, même si la préférence accordée à Onde Numérique n'est pas contestée en tant que telle par le SIRTI, que le CSA fournisse au moins quelques précisions sur les raisons qui l'ont conduit à écarter la candidature associative ; le dossier est muet sur ce point.

Toutefois il ne ressort pas du dossier, pensons-nous, qu'Onde Numérique ait été en situation d'abus automatique de la position dominante que lui confère son autorisation.

Nous relevons d'abord qu'il ne ressort nullement du dossier que la sélection par Onde Numérique des autres éditeurs composant son bouquet aurait donné lieu à des difficultés. La décision attaquée est muette sur les relations contractuelles et notamment financières entre Onde Numérique distributeur et les autres éditeurs du bouquet. Et le fait qu'Onde Numérique, distributeur, ait choisi d'être également éditeur de 5 des 20 services de radio composant son bouquet ne constitue pas un abus de sa position de distributeur.

Ensuite, il ne résulte de l'autorisation elle-même aucune privation d'accès à une « facilité essentielle » au sens du droit de la concurrence. La RNT sur la bande L n'utilise pas d'infrastructures publiques autres que les fréquences, élément du domaine. Or la décision n'a pas attribué à Onde Numérique la totalité de la ressource disponible sur la bande L, ce qui laisse ouverte l'éventualité d'autres autorisations accordées à l'avenir, si la RNT sur la bande L s'avère être un succès, même si le CSA est évidemment très prudent sur ces perspectives il est vrai incertaines. Et c'est le distributeur qui devra installer les équipements de diffusion – à l'échelle de l'ensemble du territoire, dans les 67 allotissements. On peut certes imaginer qu'à l'avenir un éventuel nouvel entrant qui serait autorisé par le CSA souhaite utiliser l'infrastructure de diffusion mise en place par Onde Numérique. Mais un éventuel abus d'Onde Numérique serait totalement étranger à l'autorisation qui lui a été délivrée. Et le mécanisme de règlement des différends prévu par l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 en cas de pratique anticoncurrentielle trouverait le cas échéant à s'appliquer.

Les deux autres marchés sont ceux de la **diffusion** de services de **radio payants** et la diffusion de services **audionumériques payants**. Sur ces marchés les demandeurs sont les auditeurs.

Le bouquet des services de **radio** diffusés par Onde Numérique est effectivement en position dominante dès lors qu'à ce jour au moins, aucun des services

de RNT diffusé sur la bande III n'est payant. Mais la décision attaquée, n'avalise aucun abus de cette position, notamment en ce qui concerne les tarifs des abonnements (de l'ordre de 10 euros par mois).

Quant au marché des services **audionumériques** autres que de radio payants, Onde Numérique n'est pas en situation de position dominante, étant confrontée à la concurrence des services de musique en ligne accessibles par internet ou par le téléphone portable.

Nous pensons donc que vous pouvez écarter le moyen, sans qu'il soit besoin en de saisir l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 462-3 du code de commerce, qui permet aux juridictions de consulter l'Autorité sur les pratiques anticoncurrentielles visées par le code de commerce et les articles 101 et 102 du TFUE.

Vous noterez par ailleurs qu'aucun moyen n'est soulevé sur les conditions de la mise en concurrence ayant abouti au choix d'Onde Numérique.

Précisons pour finir sur cette question que c'est très certainement la première fois que l'invocation d'une atteinte à la concurrence revêt une place aussi centrale dans la contestation de la légalité d'une décision d'attribution d'une fréquence de radio ou de télévision. La seule décision d'annulation dans laquelle vous ayez retenu un abus de position dominante est une décision du 24 octobre 2008 *Société Vortex* n° 304549 au Rec. p. 356, mais elle était fondée également sur la méconnaissance d'autres objectifs prioritaires de l'article 29. La question de la position dominante n'était d'ailleurs pas évoquée dans les conclusions de J.-P. Thiellay.

* Le SIRTl soutient ensuite que la progressivité des engagements de couverture annexés à la décision serait trop faible et méconnaîtrait ainsi l'objectif de gestion optimale de la ressource radioélectrique. Nous vous avons exposé les trois paliers intermédiaires de couverture être atteints à horizon de trois ans, cinq ans et sept ans (à cette échéance 60 % de la population répartis dont au moins 25 % de chaque région), sachant que l'autorisation est de dix ans. Eu égard au caractère radicalement nouveau du mode de diffusion qui nécessitera l'installation d'équipements coûteux sur tout le territoire, il n'apparaît pas que cette approche réaliste méconnaisse l'objectif de gestion optimale du spectre.

* Un autre moyen est tiré de la violation des impératifs de sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socioculturels et de diversification des opérateurs. Le III de l'article 29-1 de la loi de 1986 impose, par renvoi à l'article 29, le respect de ces deux impératifs prioritaires dans la composition de l'offre de services de radio validée par l'autorisation accordée au distributeur. Le SIRTl soutient à cet égard que doivent être pris en compte non seulement les 20 services de radio composant le bouquet, dont 5 sont édités par Onde Numérique, mais également les services MusicaA, qui regroupe 43 « bibliothèques musicales » et Info-Trafic, édités par Onde Numérique.

Ce dernier point n'est pas totalement évident en droit. En effet ces deux derniers services ne sont pas des services de radio au sens très précis de l'article 2 de la

loi, qui suppose la réception simultanée par l'ensemble du public d'une suite ordonnée d'émissions. Ce sont des services autres que de radio et de télévision qui relèvent de l'article 30-5 de la loi, lequel renvoie, classiquement, aux objectifs prioritaires de l'article 29 pour la délivrance des autorisations de **diffusion**. Une interprétation très littérale conduirait ainsi à en exclure la diffusion de ces « services autres » dans le cadre d'un bouquet de **distribution**, mais ce ne serait pas conforme, selon nous, à l'importance que le législateur a accordée à la sauvegarde du pluralisme et à la diversification des opérateurs. Or même en tenant compte de Musicaa et d'InfoTrafic, il nous semble que le bouquet composé par Onde Numérique présente une diversité suffisante tant du point de vue des opérateurs (Radio France, le groupe Lagardère, plusieurs éditeurs indépendants, Onde Numérique) que du contenu des services, qui couvrent des thématiques très variées (en plus des généralistes : le sport, l'enfance, l'histoire, la littérature et la culture, les voyages et la découverte de la planète, la psychologie, et la musique à travers France Musique et le service Musicaa).

* Est encore invoquée une méconnaissance de l'obligation de reprise des services déjà autorisés en mode analogique, fixée par le III de l'article 29-1. Toutefois cette obligation ne vaut que pour les services qui en font la demande, et il ne ressort pas du dossier que d'autres éditeurs que Radio France auraient présenté des demandes en ce sens, après la publication de la liste des candidatures recevables.

* Ne nous paraît pas davantage fondé, en tout état de cause, le moyen tiré de ce que la présence des sept radios éditées par Radio France dans un bouquet de diffusion payant méconnaît les missions et obligations de service public incombant à Radio France en application de l'article 43-11 de la loi de 1986, dès lors que ces radios continueront à être diffusées gratuitement en mode analogique. Quant à la circonstance que le gouvernement ait renoncé à exercer le droit d'attribution prioritaire qu'il tient de l'article 26 de la loi, pour l'attribution à Radio France de fréquences sur la **bande III**, qui est gratuite, elle est inopérante à l'encontre de la décision attaquée.

* L'article 41 de la loi fixe un certain nombre de règles « anti-concentration », et interdit notamment en son avant-dernier alinéa, pour ce qui est des services de radio, qu'un titulaire d'une ou plusieurs autorisation(s) dispose d'une « *audience potentielle cumulée terrestre dépassant 20 % des audiences potentielles cumulées de l'ensemble des services de radio ... diffusés par voie hertzienne terrestre* ». Le SIRTI soutient que ce plafond serait largement dépassé dès lors qu'Onde Numérique serait amenée à diffuser 48 services de radio couvrant l'ensemble du territoire national (les 5 services du bouquet plus les 43 thématiques musicales du service MusicaA). La prémisse du moyen est toutefois erronée, car comme nous l'avons déjà dit, MusicaA n'est pas un service de radio *stricto sensu*, et seuls ces services sont visés par l'article 41. Et il ne ressort pas du dossier qu'avec 5 services de radio, Onde Numérique soit en situation de dépasser le seuil de 20 %.

* La SAS Onde Numérique est une petite société, créée en 2009. Le SIRTI soutient que le CSA ne pouvait choisir cet opérateur sans méconnaître certains des critères fixés par l'article 29, que sont l'expérience acquise dans les activités de communication (1°) et le financement et les perspectives d'exploitation du service (2°). Il résulte toutefois de la lettre même de l'article 29-1 que si les critères mentionnés aux 1° à 5° de l'article 29 s'appliquent aux autorisations accordées aux éditeurs de services

de radio numérique, en application du II, seuls les « impératifs prioritaires » de l'article 29 s'appliquent aux autorisations accordées à des distributeurs de services de radio numérique.

Nous en arrivons enfin au dernier moyen invoqué à l'encontre de cette première décision. Il est tiré de ce que l'article de la décision attaquée relatif aux normes techniques de diffusion méconnaîtrait les prescriptions de l'arrêté interministériel du 3 janvier 2008 ayant fixé les normes de diffusion de la RNT dans la bande L et dans la bande S. Nous vous épargnerons les détails techniques de l'argumentation et de l'arrêté. Sachez simplement que dans sa version initiale, applicable à la date de la décision attaquée, celui-ci prescrivait, dans le cas d'une diffusion par voie hybride satellitaire et terrestre, le recours à une norme européenne pour la diffusion dans la bande L (la norme européenne TR 102 525) et dans la bande S (une autre norme européenne). La SIRTI soutient que la décision attaquée, qui se réfère uniquement à la norme TR 102 525 (celle de la bande L) serait illégale au motif qu'Onde Numérique utiliserait la bande S dans le sens « espace-terre ». Mais cette assertion n'est corroborée ni par les pièces du dossier, ni par la décision attaquée qui n'attribue aucune fréquence en bande S – et pour cause l'ARCEP est seule compétente à l'égard de cette bande. Sur cette même question nous paraît également devoir être écarté l'argument tiré d'une référence illégale à deux recommandations de l'Union internationale des télécommunications.

Vous rejetterez donc cette première requête, si vous nous suivez. Pour ce qui est des frais irrépétibles, vous pourrez mettre 3500 € à la charge du SIRTI à verser à la SAS Onde Numérique.

3. N°s 367515, 367516, 367519

Nous en venons aux trois requêtes de candidats malheureux à l'attribution d'une fréquence en bande III. Elles posent quelques questions inédites mais aucune n'est délicate, et vous retiendront moins que la requête du SIRTI.

La SARL Radio Media France, qui était candidate pour la diffusion d'un service de catégorie D dénommé « Lounge Radio », vous demande d'annuler, outre le rejet opposé à sa candidature qui n'a été retenue dans aucune des trois zones, trois autorisations délivrées à des services concurrents : à la SARL Médi 1 France et la SARL Paname pour l'exploitation de services éponymes et à la SAS Onde Numérique pour le service intitulé « On'R, la radio de toute la famille ».

La SARL Forum productions vous demande d'annuler le rejet opposé à sa candidature pour un service intitulé « Météo Life », ainsi que les trois autorisations également attaquées sous le numéro précédent. Sa requête comporte les mêmes moyens que la précédente.

Enfin l'association RACIF conteste le rejet opposé à sa candidature à l'attribution d'une fréquence pour la diffusion d'un service de catégorie A, ainsi que les trois autorisations délivrées respectivement à la SARL Médi 1 France, à Onde Numérique et à la SAS Go on Media France pour le service « Goom hits ».

Vous pourriez joindre ces requêtes qui posent des questions communes et sont en partie dirigées contre les mêmes décisions.

Vous commencerez par écarter le moyen tiré du défaut de quorum.

Pour rejeter les candidatures respectives de la SARL Radio Media France pour le service à dominante musicale « Lounge Radio » et de la SARL Forum productions pour le service « Météo Life », le CSA s'est fondé dans chaque cas sur un même motif de procédure, tenant à ce que les dossiers de candidature déposés par ces deux sociétés avant la date limite de dépôt des candidatures, fixée au 31 mai 2012, ne comportaient pas de plan de financement prévisionnel, ni de description précise de la programmation du service proposé. Ces éléments ont certes été fournis postérieurement, mais le CSA a estimé qu'ils constituaient des modifications substantielles de la demande, et il a par conséquent déclaré ces candidatures irrecevables. Le raisonnement suivi est conforme à la jurisprudence issue en particulier d'une décision du 28 février 1996 *Syndicat national des radios privées*, n° 142463 aux T. p., et ne repose pas sur une « inexactitude matérielle », contrairement à ce qui est soutenu. L'égalité de traitement entre les candidats à un appel à candidatures exige en effet que les éléments substantiels du projet aient été déposés avant la date limite de dépôt.

La candidature de l'association Racif en revanche a été rejetée par comparaison de l'intérêt respectif de son projet et de celui des autres candidats. Elle proposait une radio se définissant comme « la radio des cultures œcuméniques islamiques en France », avec une grille de programmes à forte dominante culturelle. Le CSA lui a préféré, dans chacune des trois zones, la candidature de Radio Orient, diffusant également des programmes culturels mais avec une programmation plus diversifiée qu'il a estimé être mieux à même de répondre aux attentes du public.

Plusieurs moyens tirés de la violation de l'article 29 sont invoqués, en termes assez peu clairs. Le motif de refus est en premier lieu argué d'« inexactitude matérielle ». Redressant le moyen, vous constaterez que ce motif ne repose pas sur une inexacte application des articles 29 et 29-1 combinés de la loi de 1986, et ne paraît en l'espèce entaché d'aucune erreur d'appréciation de l'intérêt respectif des programmes, contrairement à ce qu'entend soutenir l'association. Par ailleurs, le refus opposé à l'association Racif ne porte en lui-même aucune atteinte aux trois impératifs prioritaires de l'article 29 (diversification des opérateurs, sauvegarde du pluralisme, prohibition des atteintes à la concurrence). Enfin, et on touche là à un point de droit inédit, il nous semble que l'association n'est pas fondée à se prévaloir d'une méconnaissance de l'avant-dernier alinéa de l'article 29, qui fait obligation au CSA d'attribuer une part suffisante des fréquences à des services associatifs. Ces dispositions ne sont en effet pas comprises dans le champ du renvoi à l'article 29 effectué par le II de l'article 29-1, qui porte seulement sur les impératifs prioritaires et les critères du 1° à 5°.

Nous en venons à l'autorisation accordée au service Médi 1 France, contestée par les trois requêtes. Il s'agit d'un service consacré à l'univers du Maghreb et de ses relations avec la France, s'appuyant sur l'expérience acquise au Maroc où il est diffusé depuis 1981 et recueille une très forte audience (20 millions d'auditeurs quotidiens). Ce service est édité par la SARL du même nom, qui est une filiale de la SOFIRAD elle-même détenue en partie par l'Etat. Mais il n'en résulte nullement, contrairement à ce qui

est soutenu, que la société Médi 1 France devrait être regardée comme une entreprise du secteur public de la communication audiovisuelle au sens du titre III de la loi de 1986. Le CSA était ainsi fondé à lui accorder une autorisation selon la procédure et en application des critères fixés à l'article 29-1 de la loi.

Les requérantes tentent également de démontrer que la société ne présenterait pas de garanties de financement et de perspectives d'exploitation suffisantes, en méconnaissance du critère fixé par le 2° de l'article 29 – qui doit effectivement être respecté, par application du II de l'article 29-1, dès lors qu'il s'agit cette fois d'une autorisation accordée à un éditeur. Mais contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il ne ressort des pièces du dossier et en particulier des extraits du registre du commerce ni que la société avait cessé son activité, ni qu'elle était dissoute ; il y a simplement eu changement d'adresse ce qui a donné lieu aux formalités prescrites par l'article R. 123-25 du code de commerce. Quant à la circonstance que la SOFIRAD, société mère, soit elle-même en liquidation, elle est sans incidence sur le patrimoine et l'existence de sa filiale. Est également invoquée mal à propos car inopérante la méconnaissance de l'article 40 de la loi de 1986, qui ne s'applique qu'aux opérations capitalistiques concernant les titulaires d'autorisation de diffusion, et non à la délivrance de ces autorisations. Et nous ne nous attarderons pas sur la critique par l'association Racif de l'appréciation de l'intérêt comparé du programme de Médi 1 France et d'un certain nombre d'autres services autorisés. Nous précisons simplement que compte tenu du nombre très élevé des autorisations accordées dans chaque zone, le « prisme » d'appréciation de l'intérêt respectif des différents programmes est nécessairement un plus lâche que dans le contentieux des autorisations « classiques », en mode analogique, auquel vous êtes habitué.

La deuxième autorisation attaquée est celle d'Onde Numérique qui se trouve donc également bénéficiaire d'une autorisation de diffusion sur la bande III. Les trois requérants soulèvent en premier lieu un moyen tiré de l'abus de position dominante, par une argumentation largement identique à celle de la requête précédente, et un peu complétée. Elle est d'ailleurs contradictoire en ce qu'il soutenu, cette fois, qu'il faudrait tenir compte de l'ensemble des autorisations de diffusion dont bénéficie Onde Numérique sur la bande L et sur la bande III. Nous ne nous attarderons pas sur ce moyen : nous vous avons indiqué que l'édition de services de radio numérique sur la bande III nous paraît constituer un marché pertinent distinct de celui des services de même nature sur la bande L, et en tout état de cause la décision attaquée n'a même pas pour effet de placer Onde Numérique en situation de position dominante sur la bande III où il ne dispose que d'une seule autorisation, sur 107 délivrées.

Est également repris de la requête du SIRTI, et pas davantage fondé, le moyen tiré de l'atteinte aux objectifs prioritaires de diversification des opérateurs et de sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels.

Le seul moyen réellement autonome se fonde sur l'article 8 du décret n° 87-239 du 6 avril 1987, qui dispose que « *les messages publicitaires doivent être clairement annoncés et identifiés comme tels* ». Mais la circonstance que le programme d'On'R diffusé sur la bande III sera composé à partir d'extraits des programmes des cinq services thématiques édités par Onde Numérique sur son propre bouquet de distribution n'est pas de nature à les faire regarder comme un « message publicitaire »

au sens du décret, même si On'R est conçue comme la « vitrine » sur la bande III des émissions du bouquet de la bande L. Le moyen ne peut en tout état de cause qu'être écarté. Est également infondé un moyen au demeurant obscur de l'association Racif, tiré d'une violation de l'obligation pour les éditeurs de respecter les engagements pris dans les conventions avec le CSA.

La troisième autorisation attaquée, par trois moyens, est l'autorisation délivrée pour les trois zones au service Paris Paname, axé sur un genre musical particulier, la chanson à texte d'expression française. D'une part l'intérêt de ce « créneau » pour le public est assez évident. D'autre part, la circonstance que la SARL ait été immatriculée au registre du commerce et des sociétés et n'ait ainsi acquis la personnalité morale que quatre mois après la décision attaquée n'est constitutive d'aucune méconnaissance de l'article 29 et en particulier de son 2°. Enfin le moyen tiré d'une erreur d'appréciation de l'intérêt respectif de ce service et des services Lounge Radio et Météo Life est inopérant dès lors que l'autorisation accordée à Paris Paname ne repose pas sur une comparaison avec ces services, dont la candidature a été déclarée irrecevable.

Nous achevons donc ces longues conclusions avec l'autorisation délivrée au service Goom Hits, service musical destiné à un public adulte et jeune adulte. La circonstance que cette thématique soit représentée par d'autres programmes autorisés ne révèle à elle seule aucune méconnaissance des impératifs prioritaires de sauvegarde du pluralisme.

Nous vous invitons donc à rejeter chacune des trois requêtes. Pour ce qui est des frais irrépétibles, nous vous proposons de mettre à la charge de SARL Radio Media France et Forum productions et de l'association RACIF le versement de 3500 euros chacune à la SARL Medi 1 France.

Tel est le sens de nos conclusions.