

N°s 374114, 374183, 383009
Syndicat interprofessionnel
des radios et télévisions
indépendantes et société Vortex

5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies
Séance du 17 juin 2015
Lecture du 22 juillet 2015

CONCLUSIONS

Mme Fabienne LAMBOLEZ, rapporteur public

La diversification des opérateurs de services de radiodiffusion par voie hertzienne terrestre est l'un des trois « impératifs prioritaires » consacrés par l'article 29 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. A cet effet l'article 41 de la loi fixe a institué un dispositif dit « anti-concentration », composé d'un ensemble de mesures destinées à limiter le nombre d'autorisations pouvant être détenues par un même opérateur.

Son premier alinéa fixe notamment un plafond de population couverte. Il dispose qu' *« une même personne physique ou morale ne peut, sur le fondement d'autorisations relatives à l'usage de fréquences dont elle est titulaire pour la diffusion d'un ou plusieurs services de radio par voie hertzienne terrestre en mode analogique, ou par le moyen d'un programme qu'elle fournit ..., ... disposer en droit ou en fait de plusieurs réseaux que dans la mesure où la somme des populations recensées dans les zones desservies par ces différents réseaux n'excède pas 150 millions d'habitants »*. Ce plafond limite tant la croissance externe des opérateurs, par acquisition d'autres opérateurs titulaires d'autorisations d'émettre, que la croissance interne par l'obtention directe de nouvelles autorisations. Il est applicable non seulement à la délivrance initiale des autorisations mais aussi pendant toute la durée de celles-ci – ce qui a déjà contraint par le passé certains grands groupes à céder des radios, ou à renoncer à des acquisitions.

Initialement fixé à 15 millions d'habitants, le plafond a été porté à 150 millions en 1994 mais n'a jamais été modifié depuis, malgré plusieurs tentatives du CSA, appuyées par le Gouvernement, de le relever. Il est en effet apparu à partir du milieu des années 2000 que le premier opérateur national de radio – le groupe NRJ, titulaire d'autorisations pour quatre services largement diffusés sur l'ensemble du territoire national – approchait dangereusement les 150 millions : à la fin de l'année 2012, sa desserte a été évaluée à 149,5 millions d'habitants.

Dans le même temps, l'absence de transparence sur la méthode mise en œuvre par le CSA pour procéder à cette évaluation a été soulignée à plusieurs reprises tant par des acteurs du secteur que par des parlementaires. C'est en effet seulement en décembre 2012 que le CSA a rendu publique cette méthode pour la première fois, par un communiqué, avant de la formaliser par une délibération du 11 décembre 2013, publiée au Journal Officiel, relative à la fixation des règles permettant de déterminer la somme des populations desservies par un service de radio autorisé en mode analogique par voie hertzienne terrestre.

La loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 impose d'ailleurs désormais au CSA de rendre public, dans son rapport annuel, un état détaillé présentant la situation des entreprises audiovisuelles à l'égard des limites fixées notamment par l'article 41. Dans son rapport pour 2014 le CSA a souligné l'inadéquation du plafond, basé sur des hypothèses technologiques, démographiques et techniques datant du début des années 1990.

Sur le fond, et sans rentrer dans le détail, on peut dire que la méthode appliquée par le CSA était assez sommaire au début des années 1990 et qu'elle s'est progressivement sophistiquée, avec le développement à partir de 1996 de modèles de simulation informatique s'inspirant des recommandations formulées par l'Union internationale des télécommunications. Ces recommandations sont elles-mêmes évolutives ; elles suivent les progrès informatiques et l'amélioration de la qualité des émetteurs et des récepteurs de radio.

La délibération du 11 décembre 2013 prévoit que le CSA se fonde sur deux types de critères : d'une part les chiffres de population authentifiés par décret issus du recensement, d'autre part des paramètres techniques détaillés en annexe à la délibération, qui diffèrent selon que les services sont diffusés en modulation de fréquence ou en modulation d'amplitude. Pour la bande FM, la méthode de calcul est fondée sur trois paramètres : des données topographiques, un seuil de réception et un modèle de propagation.

Les données topographiques ne varient pas par rapport à la méthode antérieure. En revanche la délibération modifie les deux autres paramètres.

Le seuil de réception est le niveau de signal minimal en-deçà duquel la réception du service n'est en principe pas garantie. Il varie en fonction de la densité des habitations et des infrastructures. L'annexe retient une valeur unique, fixée à 54 décibel micro-volt par mètre (dBµV/m) à 10m/sol, et prévoit la « *prise en compte des 4 principaux brouilleurs constants* ». Les brouillages sont les troubles apportés à la réception d'un signal par un signal « brouilleur » émis depuis une zone proche et une fréquence voisine.

Le modèle de propagation estime la variation du signal radio selon la distance à l'émetteur et la topographie du terrain. L'annexe prévoit que le modèle de propagation est le modèle statistique de la recommandation de l'UIT-P 1546.

Sous les n°s 374114 et 383009, le Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes (SIRTI) vous demande d'annuler la délibération du 11 décembre 2013 et le rejet opposé par le CSA à son recours gracieux.

Sous le n° 374183 la délibération est également attaquée par la société Vortex.

Vous joindrez ces requêtes qui soulèvent des moyens largement identiques.

Le CSA ne conteste pas l'intérêt à agir du SIRTI mais oppose une fin de non-recevoir à la requête de la société VORTEX, qui diffuse le service Skyrock. Compte tenu de l'orientation très libérale de votre jurisprudence en ce qui concerne l'intérêt à agir des exploitants de radio, l'intérêt à agir de la société VORTEX nous paraît devoir être admis.

* Un premier moyen, soulevé dans les deux requêtes, est tiré de ce que le CSA aurait incompétemment édicté des dispositions réglementaires.

Le caractère réglementaire de la délibération n'est pas contesté en défense par le CSA, et ne nous paraît pas douteux, s'agissant de la fixation d'une méthode de calcul. Il ressort par ailleurs des termes mêmes de la délibération attaquée qu'elle ne se borne pas à fixer des lignes directrices dont le CSA pourrait s'écarter au cas par cas en fonction de considérations d'ordre général ou de circonstances propres à chaque situation particulière.

La compétence du CSA pour adopter de telles dispositions nous paraît également certaine, malgré l'absence dans l'article 41 de la loi du 30 septembre 1986 de disposition habilitant expressément le Conseil à fixer des règles en la matière.

Vous avez en effet reconnu de longue date compétence au CSA pour édicter les mesures réglementaires indispensables à l'exercice des pouvoirs de contrôle et de régulation que le législateur lui a confiés, lorsque la loi ne l'a pas expressément prévu.

Le CSA tire ainsi directement compétence :

- de l'article 29, relatif à la délivrance des autorisations de diffusion de radio par voie hertzienne en mode analogique, pour fixer des catégories de services de radio et leurs caractéristiques (18 février 1994 *Société Performance SA RFM et autres* n°s 120805 124806 124808 124809 au Rec. p. 91, 27 juin 1997 *Société NRJ* n° 168084 au Rec. p. 268),
- de l'article 15, relatif à la protection de l'enfance et de l'adolescence, pour fixer des critères garantissant l'adéquation des procédés techniques de contrôle de l'accès aux programmes (9 février 2005 *Société Canal Calédonie* n° 265869 au Rec.p. 39),
- des articles 1^{er} et 13, pour fixer les règles propres à assurer une présentation équilibrée de l'ensemble du débat politique national (Ass. 8 avril 2009 *H... et M...* n° 311136 au Rec. p. 140),
- de l'art. 3-1, pour fixer les règles permettant d'assurer la transparence et le caractère non discriminatoire de la numérotation des services de télévision (2 juin 2010 *Société Canalsatellite* n° 309618 aux T. p. 965),
- et de l'article 30-1 pour fixer les règles d'attribution des numéros logiques des services de télévision (11 avril 2014 *Association Bocal et autres* n°s 362916 362954 362992 363015 à paraître aux T., soulignant l'absence de dispositions législatives ou réglementaires en la matière).

Vous veillez naturellement à ce que l'exercice de cette compétence découlant de l'habilitation implicite du législateur demeure limité aux mesures strictement nécessaires à la mise en œuvre de ces pouvoirs de contrôle et de régulation. Vous avez ainsi annulé pour incompétence des délibérations du CSA fixant des règles de financement des services de radio par la publicité (18 février 1994 *Société performance SA RFM et autres* précitée), ou d'accès à la publicité télévisuelle (3 juillet 2000 *Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres* n°s 218358 218458 219038 219262 au Rec. p. 289)

Au cas d'espèce, la délibération se borne à fixer les éléments nécessaires à l'estimation de la population des zones desservies par les services de radio autorisés - estimation qui est indispensable à la vérification par le CSA du respect du plafond fixé par le premier alinéa de l'article 41 de la loi.

Nous vous invitons donc à écarter ce premier moyen, par votre raisonnement habituel.

* Les moyens de légalité interne font rentrer dans le cœur du sujet, qui est d'une extrême technicité.

Deux chiffres produits par le CSA en réponse à une mesure d'instruction diligentée par votre 5^{ème} sous-section illustrent très concrètement l'enjeu qui s'attache à la contestation de la délibération attaquée. La population totale couverte par les quatre radios du groupe NRJ (NRJ, Chérie FM, Nostalgie, Rire et chansons) est estimée pour l'année 2014 à 151,5 millions d'habitants selon l'ancienne méthode, pour seulement 117,5 millions selon la nouvelle méthode fixée par la délibération attaquée.

Le débat porte sur le critère du seuil de réception, qui varie en fonction de la densité des habitations et des infrastructures.

L'Union internationale des télécommunications recommande de retenir trois seuils de réception différents suivant la nature des zones concernées : 74 dB μ V/m en zone urbaine dense, 66 dB μ V/m en zone périurbaine, et 54 dB μ V/M en zone rurale. Mais le modèle informatique dont dispose le CSA ne lui permet pas de retenir plusieurs seuils de réception, et fonctionne avec un paramètre unique.

Jusqu'en 2010, le Conseil a retenu le seuil de 60 dB μ V/m, ce qui avait pour effet de sous-estimer la population couverte en zone rurale, d'estimer assez fidèlement la population des zones périurbaines et de surestimer la population des zones urbaines denses. A ce seuil était associée une intégration forfaitaire des brouillages, faute que le modèle informatique soit capable de modéliser ce paramètre spécifique.

L'abaissement du seuil de réception à 54 dB μ V/m permet une meilleure estimation de la population en zone rurale mais accroît la surestimation pour les zones urbaines. En revanche, et c'est là une nouveauté, la prise en compte des brouillages est assurée de manière beaucoup moins forfaitaire qu'auparavant : conformément aux recommandations de l'UIT la nouvelle méthode intègre désormais une variable relative aux brouillages, avec la prise en compte des « quatre principaux brouilleurs constants ». En réponse à la mesure d'instruction, le CSA a précisé en substance qu'il s'agit des quatre brouilleurs qui nuisent le plus, pour un émetteur donné, à la réception du service. Et il apparaît que sans la prise en compte de ces brouilleurs constants, la couverture totale des radios du réseau NRJ serait en 2014 de 169,5 millions d'habitants. Ce sous-paramètre est ainsi déterminant pour apprécier le respect du seuil fixé par l'article 41 de la loi.

La délibération attaquée a également modifié le paramètre relatif au modèle de propagation, en abandonnant le modèle déterministe de la recommandation UIT 526-9 au profit du modèle statistique de la recommandation 1546-3.

Deux moyens soulevés par la société VORTEX peuvent être très facilement écartés : en elle-même la délibération ne porte aucune atteinte aux principes de pluralisme et de diversification des opérateurs, ni à la nécessité, prescrite par l'article 29 de la loi, d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence.

Deux autres moyens méritent en revanche de retenir votre attention.

La société Vortex, en premier lieu, soutient que la délibération attaquée méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme, en ce qu'elle se réfère aux « quatre principaux brouilleurs constants ».

Le degré minimal requis d'intelligibilité varie selon les destinataires de la norme, et la complexité d'une méthode de calcul n'est pas, en soi, contraire à l'objectif de clarté et d'intelligibilité (28 juillet 2008 *SCARA* n° 290726 à propos d'un arrêté fixant les modalités de calcul de redevances aériennes, aux T. sur un autre point). Il vous est certes arrivé, dans une matière aussi technique que la circulation aérienne, de tenir compte « en tout état de cause » de l'existence d'une présentation complémentaire de la norme sur d'autres supports d'information (18 février 2004 *Commune de Savigny-le-Temple* n° 251016, inédite, à propos de règles d'approche des aéroports, ou 12 février 2014 *Le Dû et autres* n° 363655 inédite, à propos du dispositif de circulation aérienne en région parisienne).

Au cas d'espèce, le CSA a précisé en réponse à la mesure d'instruction que la prise en compte des « quatre principaux brouilleurs constants » correspond pour chaque fréquence aux quatre brouilleurs principaux – ceux qui perturbent le plus la réception du signal. Les notions de « brouillage » et de « brouilleurs » sont définies par l'UIT et connues des spécialistes. La norme ainsi explicitée nous paraît présenter un degré suffisant d'intelligibilité pour le public de spécialistes chargé d'en assurer la mise en œuvre, et nous vous invitons à écarter ce moyen.

Le SIRTII, en deuxième lieu, soutient que la méthode adoptée par la délibération attaquée serait entachée d'erreur d'appréciation en ce qu'elle associe le seuil de réception de 54 dBμV/m à la prise en compte des quatre principaux brouilleurs constants. Il en résulterait une réduction artificielle de l'estimation des populations desservies. Le syndicat souligne que le CSA continue d'ailleurs d'employer le seuil de 60 dBμV/m pour ses propres travaux de planification de l'usage du spectre hertzien. Il fait également valoir que l'Agence nationale des fréquences, consultée en 2012 par le CSA, avait souligné les incertitudes de la nouvelle méthode et proposé au CSA d'effectuer des mesures, ce qui n'a pas été fait.

La question de la fiabilité des méthodes d'évaluation des populations desservies est inédite. Vous l'avez rencontrée une seule fois, sans avoir à vous prononcer, à propos d'une décision d'autorisation¹.

Il convient d'abord de préciser le degré de votre contrôle sur la méthode de calcul retenue par le CSA – et sur ce point l'hésitation est permise. L'extrême technicité de la matière pourrait appeler un contrôle restreint (cf. notamment 21 mai 2003 *Union des industries utilisatrices d'énergie* n° 237466 aux T. p. 965 retenant un contrôle restreint de l'évaluation par le pouvoir réglementaire de la contribution des installations utilisant l'énergie éolienne dans la détermination de certains tarifs d'énergie ; 23 juillet 2003 *Société CLL Pharma* n° 243926 : contrôle restreint de la fiabilité de la démonstration de la bioéquivalence entre un médicament générique et le princeps). Un contrôle normal nous paraîtrait toutefois plus en adéquation avec l'orientation générale de la jurisprudence récente, alors que la loi ne laisse pas de marge dans l'appréciation du plafond.

¹ 5^{ème} sous-section jugeant seule, 15 mai 2013 *Société EURL Sud Radio + et autres* n°s 359044, 359045, 359046, 359047 aux T. sur un autre point

Nous vous l'avons dit, il ressort du dossier que l'abaissement du seuil de réception améliore la fiabilité de l'estimation de la desserte des zones rurales, accroît la surestimation des zones urbaines - où sont concentrés les plus importants viviers de population desservie et induit un effet nouveau de surestimation des zones périurbaines. Il est vrai que rien ne permet de quantifier même sommairement l'ordre de grandeur général de ces effets de surestimation, ni la correction qu'y apporte la prise en compte plus fine qu'auparavant des phénomènes de brouillages, à travers les « quatre principaux brouilleurs constants ». L'Agence nationale des fréquences, consultée par le CSA en 2012, avait d'ailleurs souligné les incertitudes de la nouvelle méthode et proposé au CSA d'effectuer des mesures pour en apprécier plus précisément l'impact, ce qui n'a pas été fait.

En définitive, il nous semble que la question n'est pas de savoir si la nouvelle méthode s'approche au plus près de la réalité – il est clair que c'est aujourd'hui techniquement hors de portée – et qu'il convient plus modestement d'apprécier si par rapport à la méthode précédente, celle de 2010, il y a un recul ou au contraire un progrès dans la précision des estimations de populations desservies. Si la nouvelle méthode marque un progrès, alors son adoption n'est pas entachée d'erreur d'appréciation, quand bien même elle serait perfectible². Si en revanche elle marque un recul, alors son adoption est entachée d'illégalité.

Vous pourriez être tentés de compléter les éléments d'information technique dont vous disposez après la mesure supplémentaire d'instruction effectuée par votre 5^{ème} sous-section en requérant l'avis d'un ou plusieurs tiers compétents en matière de radiofréquences. La démarche serait certes inhabituelle pour apprécier la légalité d'un acte réglementaire, mais ne se heurte à aucun obstacle de principe. Le degré de votre contrôle est sans incidence à cet égard puisque comme vous le savez, le juge peut recourir à une expertise y compris pour des appréciations relevant du contrôle restreint (cf. en dernier lieu 20 mars 2013 *Société Addmedica* n° 356661 356663 359439 361789 363195 aux T. p. 848)³.

Il vous faudrait alors faire un choix entre une expertise classique, et la procédure plus légère d'avis technique introduite à l'article R. 625-2 du code de justice administrative par le décret du 22 février 2010. Ces dispositions permettent à la formation de jugement de charger une personne de fournir un avis sur les points qu'elle détermine, « *lorsqu'une question technique ne requiert pas d'investigations complexes* ». Elles ont à ce jour reçu une seule application, dans une décision du 28 mars 2012 *Société Direct Energie et autres* n° 330548 332639 332643 au Rec. p. 130. Nous observons qu'en l'espèce, le sujet appelle des investigations d'une certaine complexité - en tout cas d'une nature très différente de la question comptable d'ordre général qui a été posée par la décision de 2012 précitée.

Il nous a toutefois semblé que le recours à une mesure d'investigation complémentaire de cette nature revêtirait un caractère frustratoire- ce qui est prohibé par votre jurisprudence constante sur les expertises, et devrait l'être également pour l'avis technique.

² cf. à propos de la méthode de détermination du montant des redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques 12 octobre 2010 *Société Bouygues Telecom et autres* n° 332393 332421 332394 336802 336904 au Rec. p. 378

³ Cf. également 28 février 1968 *Ministre de l'agriculture c. Q...* n° 72998 aux T. p. 850, 2 mars 1979 *INAO* n°s 99319 04024 au Rec. p. 90, 26 avril 1985 *Société Smanor* n° 41852 45416 au Rec. p. 127

Une approche pragmatique devrait en effet vous conduire à écarter le moyen, en vous fondant sur les constats suffisants que la nouvelle méthode est plus sophistiquée que la précédente (avec une bien meilleure prise en compte des brouillages), qu'elle présente moins de risques de sous-estimation, et qu'elle ramène le premier opérateur à un niveau très éloigné du plafond fixé par la loi malgré les effets de surestimation qu'elle induit – ce qui permet de s'en accommoder pour apprécier le respect du plafond fixé par la loi au moins pendant quelque temps. Une expertise n'aurait de sens que pour vérifier la fiabilité des résultats produits par le logiciel informatique du CSA à partir des variables de calcul intégrées dans ce logiciel. Ce serait une démarche très lourde, et nous ne voyons pas la nécessité d'y procéder : à nos yeux, le doute que les écritures des parties avaient jeté sur la pertinence et l'adéquation des paramètres de calcul a été suffisamment levé par la mesure d'instruction. Et les écritures ne font pas naître de doute sur la fiabilité du modèle informatique mis en œuvre à partir de ces paramètres. Il nous paraît dans ces conditions expédient de lever dès aujourd'hui la suspicion dont fait l'objet la nouvelle méthode de calcul.

PCMNC au rejet des requêtes.