

**N° 396842**

**Association Oxygène**

**5<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 9 juin 2017**

**Lecture du 30 juin 2017**

**Décision à mentionner aux tables du recueil Lebon**

## **CONCLUSIONS**

**M. Nicolas POLGE, rapporteur public**

Le décret n°2013-730 du 13 août 2013 a attribué à la cour administrative d'appel de Paris la compétence pour connaître en premier et dernier ressort, pour les requêtes enregistrées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014, des litiges relatifs aux décisions prises par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en application des articles 28-1, 28-3 et 29 à 30-7 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*, à l'exception de celles concernant les services de télévision à vocation nationale. Cette compétence porte donc notamment sur les litiges relatifs aux décisions prises par le CSA en application de l'article 29, pour autoriser ou ne pas autoriser la diffusion de services de radio par voie hertzienne terrestre et à cette fin publier la liste des fréquences disponibles et lancer ou ne pas lancer des appels à candidature.

En l'espèce, l'association Oxygène, autorisée par le CSA à diffuser son service de radio dans plusieurs zones de Seine-et-Marne, tente depuis plusieurs années par diverses procédures d'obtenir de nouvelles autorisations qui lui permettraient de consolider cette diffusion locale. Dans la présente affaire, avec l'assistance d'un expert antérieurement employé par le CSA pour ses compétences techniques, elle a sollicité le lancement d'un appel à candidatures pour deux fréquences, 89,3 MHz et 107,9 MHz, dans la zone de Fontainebleau, pour lesquelles elle avançait des arguments techniques précis tendant à démontrer leur disponibilité dans la zone de Fontainebleau. Le CSA s'y est refusé, en précisant pour sa défense devant la cour administrative d'appel que l'attribution de la fréquence 89,3 MHz serait de nature à perturber la réception d'une autre radio autorisée sur la ressource 89,4 MHz depuis Paris et, d'autre part, s'agissant de la fréquence 107,9 MHz, que des contraintes importantes tirées de la proximité avec la bande de fréquences affectée à la direction générale de l'aviation civile et au ministère de la défense pour la sécurité aérienne ne permettait pas son exploitation pérenne.

Cet aspect de la décision du CSA est devenu irrévocable du fait du rejet du recours de l'association Oxygène par la cour administrative d'appel de Paris et de votre décision du 22 juillet 2016 au stade de la procédure d'admission des pourvois en cassation, qui n'admet que les conclusions du pourvoi dirigées contre l'autre partie de l'arrêt, laquelle rejette les conclusions de l'association tendant à l'annulation du refus par ailleurs exprimé par le CSA de rechercher d'autres fréquences disponibles dans cette zone.

S'appropriant la substance de l'argumentation du CSA, la cour a relevé que le CSA conduisait un travail d'identification des fréquences disponibles, zone par zone de diffusion, selon une planification décidée à l'avance, dans le cadre de laquelle il avait affecté prioritairement ses moyens aux études de fréquences dans des secteurs géographiques autour de Paris pour lesquels l'offre radiophonique était manifestement inférieure à celle de Fontainebleau. La cour a admis que « dans ces circonstances, il n'appartenait pas au CSA de procéder systématiquement à une recherche sur l'ensemble du spectre hertzien de la zone de Fontainebleau afin de rechercher d'autres solutions permettant d'ouvrir l'éventail de fréquences sur cette zone et de permettre au secteur associatif d'y avoir une présence ».

L'association Oxygène soutient que ces motifs révèlent une erreur de droit, parce que selon elle le CSA ne peut refuser d'organiser un appel à candidatures que s'il est établi qu'il n'existe pas de fréquence disponible, et qu'il doit donc justifier de l'absence de fréquences disponibles. Le CSA serait ainsi tenu de rechercher les fréquences disponibles, à la demande.

Relevons que la présomption de légalité dont bénéficie toute décision administration met plutôt en principe à la charge de celui qui la conteste d'établir son illégalité. Votre jurisprudence précise toutefois (26 novembre 2012, *Mme C...*, n°354108, p. 394) que si le juge de l'excès de pouvoir peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance, en particulier lorsque c'est l'administration qui la détient, et qu'il revient dès lors au juge, « avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction ».

Or, effectivement, les moyens du CSA pour identifier les fréquences éventuellement disponibles sont sans commune mesure avec ceux de la plupart des candidats potentiels à l'attribution de ces fréquences.

Le pourvoi pose donc bien la question déterminante de savoir si en l'absence de fréquence disponible connue dans une zone, le conseil supérieur de l'audiovisuel doit y procéder à une recherche exhaustive de disponibilités lorsqu'il est saisi d'une demande de lancement d'un appel à candidatures.

La question est inédite, car vous n'avez jusqu'à présent été saisis que de litiges relatifs à des situations où l'existence de fréquences disponibles était connue.

Et vous avez jugé que pour refuser de soumettre à appel à candidatures une fréquence inutilisée, le CSA doit se fonder sur des considérations techniques qui rendraient impossible l'utilisation de la fréquence, ou bien sur l'une des limites à la liberté de la communication énumérées à l'article 1er de la loi (29 juillet 1998, *SARL JL Electronics* n°164115, T. 1153). Un corollaire de ce principe est que l'omission d'une fréquence disponible dans un appel à candidature pourrait entacher d'illégalité les refus d'autorisation opposés aux candidats non retenus (11 avril 2014, *Association calédonienne pour la liberté d'expression et le pluralisme des médias et autres*, n°

358223, T. 845). De même, selon votre décision du 27 juillet 2015, *SARL Média Bonheur*, n°374185, B, à la suite de l'annulation contentieuse d'un refus d'autorisation, le CSA, qui doit statuer à nouveau sur la demande d'autorisation au vu des circonstances de droit et de fait existant à la date à laquelle il se prononce, doit notamment lancer un nouvel appel à candidature, auquel sera candidat de plein droit le candidat illégalement évincé, s'il apparaît qu'une fréquence autre que celles ayant fait l'objet de l'appel à candidatures est disponible. Ce n'est qu'en l'absence de toute fréquence disponible à la date à laquelle il doit statuer à nouveau sur la demande d'autorisation que le CSA n'a d'autre choix que de la rejeter.

Comme le soutient le pourvoi, ces solutions se fondent sur les principes qui président au régime de police dans le cadre duquel peuvent être utilisées les fréquences pour la diffusion de services de radio par voie hertzienne terrestre et sur la mission du CSA. L'article 1er de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication a d'abord affirmé que « l'établissement et l'emploi des installations de télécommunication, l'exploitation et l'utilisation des services de télécommunication sont libres ». Il a ensuite proclamé que « la communication audiovisuelle est libre », à partir de la loi du 17 janvier 1989, puis, depuis la loi du 21 juin 2004, que « la communication au public par voie électronique est libre ». Selon l'article 3-1, le CSA a pour raison d'être de garantir l'exercice de cette liberté, dont les seuls motifs légaux de limitation sont énumérés au deuxième alinéa de l'article 1er.

Y figurent notamment « les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication ». A cet égard, c'est seulement la rareté, au sens économique, de la ressource hertzienne, le nombre limité, et non illimité de fréquences utilisables qui justifie le régime d'autorisation auquel l'article 29 de la loi subordonne l'usage des fréquences pour la diffusion de services de radio par voie hertzienne terrestre et la procédure de publication de listes de fréquences disponibles et d'appels à candidature organisée par cet article.

Il s'en déduit nécessairement que, comme le soutient le pourvoi, la recherche de l'existence de fréquences disponibles ne saurait être laissée à la seule discrétion du conseil supérieur de l'audiovisuel. Les décisions qu'il prend pour procéder ou ne pas procéder à des recherches, les planifier, sélectionner les zones auxquelles il prévoit de consacrer prioritairement ses moyens dans cette recherche sont susceptibles d'être contestées devant la cour administrative d'appel de Paris. Il en va notamment ainsi de son programme de travail annuel de recherche de fréquences disponibles.

Les obligations du CSA vont-elles jusqu'à l'obliger à procéder à une recherche exhaustive de fréquences disponibles pour toute zone pour laquelle il est saisi d'une demande de lancement d'appel à candidatures ?

L'application d'une telle règle, souhaitée par le pourvoi, se heurterait rapidement à une impossibilité matérielle, en cas de multiplication des demandes en ce sens. La loi admet que des contraintes techniques justifient de réserver au CSA le pouvoir d'autoriser l'usage des fréquences pour la diffusion de services de radio par voie hertzienne terrestre. Vous devez vous-même admettre que des contraintes matérielles, pour partie techniques, pour partie tout simplement budgétaires, autorisent le CSA à sélectionner ses cibles.

Dans le cas où un opérateur le saisit d'éléments techniques précis sur la disponibilité de fréquences déterminées, sa mission consistant à garantir la liberté de communication devrait le conduire à vérifier cette disponibilité. De même, si des éléments convaincants sont apportés sur l'insuffisance de l'offre dans une zone et l'existence de projets de radios de nature à la compléter, il devrait intégrer l'étude technique de cette zone à échéance rapprochée à son programme de travail. Une insertion dans son programme annuel pourrait être le bon niveau de planification pour ce type d'études plus large qui exige plus de moyens et de temps. Les obligations du CSA pourraient difficilement aller au-delà.

Les motifs de l'arrêt attaqué reflètent bien cet équilibre et ne révèlent donc pas d'erreur de droit.

Vous devriez donc rejeter le pourvoi.