N° 400412
SIRTI et autres

5ème et 4ème chambres réunies
Séance du 2 octobre 2017
Lecture du 25 octobre 2017

Décision inédite au recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

En vertu de l'article 48 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*, le cahier des charges qui définit les obligations d'une société nationale de programme est fixé par décret. Le décret n°2016-416 du 5 avril 2016 a modifié ce cahier des charges pour élargir les possibilités de diffusion de messages publicitaires. Auparavant réservée à des messages de publicité collective et d'intérêt général sur l'ensemble des chaînes du groupe Radio France, la publicité n'est plus permise que sur trois de ces chaînes, France Inter, France Info et France Bleu, mais est ouverte à la publicité de marque. Sont seulement exclues les publicités pour les boissons de plus de 1,2 degré d'alcool, et pour les opérations commerciales de promotion du secteur de la distribution. Le plafonnement de 30 mn par jour en moyenne sur l'année pour les programmes nationaux est remplacé par un encadrement plus segmenté et, en définitive, plus contraignant : 17 mn par jour en moyenne par trimestre civil, 30 mn pour tout jour donné, dont 3 mn par jour en moyenne annuelle entre 7 et 9 h, 8 mn pour un jour donné sur cette tranche, et 1 mn 30 s au maximum par séquence de messages publicitaires toujours sur cette tranche, la plus écoutée. Enfin, la part des recettes provenant d'un même annonceur est plafonnée à 15 % des recettes publicitaires annuelles définitives que la société perçoit pour l'ensemble de ses programmes.

Cette ouverture à la publicité commerciale inquiète, malgré son caractère sélectif et encadré, les trois syndicats professionnels qui vous saisissent quant aux perspectives de recettes publicitaires de leurs membres, concurrents de Radio France. Leur inquiétude est alimentée par le fait que cette modification du cahier des charges fait suite à la condamnation symbolique de Radio France pour concurrence déloyale, par jugement du tribunal de commerce de Paris du 6 octobre 2015 rendu à leur demande. Ce jugement relève que l'ensemble des noms de marque prohibés dans l'état antérieur du cahier des charges représentait plus du quart des recettes publicitaires annuelles du groupe (évaluées à 42 millions d'euros en 2014).

Mais dans le cadre étroit du recours pour excès de pouvoir, la contestation qu'ils sont recevables à vous présenter ne devrait pas aboutir.

1/ Sur le plan de la **légalité externe**, ils invoquent tout d'abord un **vice de procédure** tenant à l'absence d'étude d'impact préalable. Cependant, s'ils font valoir plusieurs dispositions de la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

loi du 30 septembre 1986 qui imposent une telle étude avant des décisions d'importance comparable (art 28, avant-dernier alinéa, art. 31, art. 42-3), ils reconnaissent qu'aucune de ces disposition ne s'applique à la modification du cahier des charges d'une société nationale de programme. Et il ne vous appartient pas de suppléer prétoriennement l'inconsistance qu'ils critiquent dans les règles de procédure décidées par la loi.

Quant à la circulaire du Premier ministre du 17 février 2011 *relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales* et celle du 17 juillet 2013 *relative à la mise en œuvre du gel de la réglementation*, vous jugez de manière constante que des circulaires de ce type « *qui se bornent à fixer des orientations pour l'organisation du travail gouvernemental* » ne peuvent être utilement invoquées pour soutenir qu'un décret serait irrégulier, faute d'avoir été accompagné d'une étude d'impact (9 juillet 2007, Syndicat EGF BTP et autres, n° 297711, p. 298). Cette solution a été explicitement confirmée encore cette année au sujet de la circulaire du 17 juillet 2013 (17 mars 2017, *Syndicat français de l'industrie cimentière*, n°392865, aux tables sur un autre point).

2/ Les requérants soutiennent ensuite que le décret aurait été élaboré dans des conditions impropres à garantir l'**impartialité** du pouvoir réglementaire, dans la mesure où l'Etat est représenté au conseil d'administration de Radio France notamment par le directeur général des médias et des industries culturelles, qui aurait eu la responsabilité de l'élaboration du décret et a été chargé de l'organisation de la consultation publique préalable. Serait ainsi méconnu le principe général d'impartialité de l'administration, qui doit régir l'élaboration de toute décision administrative (17 juin 1927, *Sieur Vaulot*, 93027, p. 683 ; Sect 29 avril 1949, *Bourdeaux*, 82790, p. 188 ; avis, 8 avril 2013, *R…*, n°364558, T. 409).

L'argumentation aurait une consistance sérieuse si le directeur général des médias et des industries culturelles n'était pas investi des mêmes intérêts publics, à savoir ceux de l'Etat pour le secteur dont il a la charge, tant dans ses fonctions principales à la tête d'une administration centrale qu'en qualité de représentant de l'Etat au conseil d'administration de Radio France, désigné sur le fondement de l'article 47-2 de la loi qui prévoit que le conseil d'administration comprend quatre représentants de l'Etat. Mais dès lors que ces intérêts sont les mêmes, il ne saurait y avoir méconnaissance du principe d'impartialité. A la situation critiquée ici paraît transposable votre jurisprudence relative à la notion de conseiller municipal intéressé à l'affaire faisant l'objet d'une délibération du conseil municipal, pour l'application de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales : vous jugez en effet que la participation en qualité de représentant de la commune à un organisme qui lui est rattaché ou à une commission administrative n'est pas constitutive d'un intérêt personnel à l'affaire qui devrait conduire le conseiller en cause à s'abstenir d'une délibération du conseil municipal relative à cet organisme ou à cette commission (23 octobre 1995, *commune de Moisselles et SEMSOMAC*, 125961, inéd.)

3/ Dernier moyen de légalité externe : selon les requérants, l'Autorité de la concurrence aurait dû être saisie pour avis du projet de décret, en application des dispositions de l'article L. 462-2 du code de commerce qui imposent sa consultation « sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : (…) 1° De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives. »

Mais le décret n'impose par lui-même aucune restriction quantitative d'accès au marché de la publicité à aucun service de radio autre que les services de radio France. Or, s'agissant de ces

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

derniers, la portée du décret n'est pas de les soumettre à des restrictions quantitatives nouvelles, même en tant qu'il contingente la durée du temps qui peut être consacré sur leurs ondes à des messages publicitaires, elle est d'ouvrir à trois des services de radio France un accès au marché de la publicité commerciale qui leur était jusqu'ici interdit.

Ce dernier moyen de légalité externe ne paraît donc pas mieux fondé que les précédents.

4/ Sur le plan de la **légalité interne**, les requérants développent de manière particulièrement nourrie le moyen tiré d'une **violation des règles du droit de la concurrence** contenues dans la législation nationale et dans le droit communautaire. Mais leur longue et intéressante argumentation se ramène, si l'on recherche les règles de droit précisément applicables, à invoquer la violation de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article L. 420-2 du code de commerce. Ces deux séries de dispositions prohibent l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

Cependant, il ressort de votre jurisprudence bien établie que cette prohibition n'est susceptible d'être saisie dans un contentieux d'excès de pouvoir et de fonder l'annulation de l'acte contesté que dans le cas où il est démontré que cet acte conduit nécessairement son bénéficiaire, par exemple une institution investie de droits exclusifs, à abuser de la position dominante qu'il détient sur un marché (Sect. 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance et autres*, n°122644, p. 328).

En l'espèce, les requérants démontrent efficacement les asymétries existant entre la situation du groupe Radio France et celle de ses concurrents privés, voire la position dominante de ce groupe sur les ondes radiophoniques. Avec sept radios, dont la diffusion est garantie sur la plus grande partie du territoire national grâce à un droit de préemption sur les fréquences disponibles, qui lui assure l'exploitation de 2 407 fréquences, soit environ 30 %, le groupe recueille 25% des parts d'audience en moyenne (contre 18,5 % pour le groupe RTL, 15 % pour le groupe NRJ, 12,5 % pour le groupe Lagardère, 11 % pour le groupement « Les Indés radios » représentant plus de 130 radios FM). Grâce au produit de la contribution à l'audiovisuel public, le groupe perçoit une aide d'Etat qui représente 92 % de ses ressources dans son budgert 2016 (619,5 millions d'euros sur 674,8), ce qui lui a permis sur la décennie écoulée une croissance notable de ressources dans le temps même où baissaient le chiffre d'affaires du marché publicitaire d'ensemble, lequel constitue au contraire la principale ressource des concurrents privés de Radio France, pour un montant global un peu supérieur à celui des ressources publiques de Radio .

Néanmoins, la position dominante de Radio France sur ce marché précis, celui de la publicité radiophonique, à supposer qu'il constitue dans son ensemble un marché pertinent, n'est pas établie. Le groupe n'a jusqu'ici recueilli que 3 % du marché, alors même que, comme le montre le jugement du tribunal de commerce mis en avant par les requérants, il a osé s'affranchir illégalement de certaines des limitations de son cahier des charges, et rien ne démontre qu'il parviendra à s'y tailler une position dominante.

En tout cas, les requérants n'établissent pas que les assouplissements apportés par le décret conduiraient nécessairement le groupe Radio France à abuser nécessairement d'une telle position. Ils ne précisent d'ailleurs guère les pratiques abusives auxquelles pourrait conduire le décret.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Notamment, la suppression de la procédure d'approbation des tarifs publicitaires de Radio France par l'autorité de tutelle ou l'absence d'interdiction expresse dans le cahier des charges d'utiliser les ressources perçues au titre de ses activités de service public pour l'exercice de sa nouvelle activité concurrentielle ne comportent pas en elles-mêmes de tels abus nécessaires.

Quant à la suppression de la mention expresse dans le cahier des charges du contrôle du conseil supérieur de l'audiovisuel sur l'objet, le contenu et les modalités de diffusion des messages publicitaires, elle est sans incidence sur les pouvoirs de même portée qu'il tient directement des articles 14 et 19 de la loi du 30 septembre 1986, énoncés d'ailleurs en termes plus précis par l'article 19 de la loi que par les stipulations dont les requérants regrettent la disparition.

5/ Les autres moyens de légalité interne, argumentés plus brièvement, ne devraient pas plus vous convaincre de l'illégalité du décret contesté. Il n'est pas à ce stade démontré que l'assouplissement de l'accès de trois des radios du groupe Radio France au marché de la publicité commerciale mettrait en péril l'équilibre économique des radios privées au point de laisser présager une **atteinte au pluralisme des courants d'expression** socioculturels et à la diversité des opérateurs. Si les requérants estiment insuffisantes les restrictions imposées à Radio France, celles-ci sont précisément définies, comme nous l'avons vu liminairement, en termes de durées maximale de diffusion, à défaut de l'être en parts de marché, sans que les paramètres retenus révèlent une **erreur manifeste d'appréciation**.

Et aucune des dispositions critiquées ne paraît entachée d'**incompétence négative**, d'**erreur de droit** ou de méconnaissance de l'**objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme de droit**.

Par ces motifs, vous rejetterez la requête.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.