



Décision n° 06-D-29 du 6 octobre 2006
relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE
Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu les lettres enregistrées le 19 décembre 2003 et le 9 juin 2004, sous le numéro 03/0091F, par lesquelles la société Canal 9 a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en date du 15 juillet 2004 ;

Vu les engagements proposés par le GIE Les Indépendants en date du 6 juin 2006, modifiés lors de la séance du 12 septembre 2006 et transmis sous forme écrite au Conseil de la concurrence le 15 septembre 2006 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Canal 9 et NRJ, le Groupement des Radios Régionales de France (G2RF) et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Canal 9 et du GIE Les Indépendants entendus lors de la séance du 12 septembre 2006 ;

Le représentant de la société NRG Group étant entendu au titre de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

1. Par lettres enregistrées le 19 décembre 2003 et le 9 juin 2004, la société Canal 9 a saisi le Conseil de la Concurrence de pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la radiophonie.
2. La société Canal 9 exploite la radio locale Chante France. Le GIE Les Indépendants est un groupement d'intérêt économique qui a pour principal objet la commercialisation des espaces publicitaires des radios à zone de diffusion locale ou régionale auprès d'annonceurs nationaux ou internationaux. Chante France a demandé son adhésion au GIE au printemps 2000, puis le 6 novembre 2002 et le 9 septembre 2003. Ses demandes n'ont pas reçu de réponse. Estimant remplir les conditions d'appartenance au GIE, édictées par celui-ci dans son contrat constitutif et dans son règlement intérieur, et considérant en outre que l'appartenance au GIE est le seul moyen pour les radios locales d'accéder à la publicité nationale, Canal 9 a saisi le Conseil de la concurrence des comportements du GIE le 19 décembre 2003. Le GIE a formellement refusé la candidature de la radio plaignante, le 16 avril 2004.
3. Dans sa saisine, Canal 9 critique l'absence d'objectivité et de transparence des conditions d'adhésion au GIE, ainsi que le traitement arbitraire des candidatures. Ces pratiques auraient eu comme résultat l'impossibilité de fait pour Chante France d'accéder au marché de la publicité nationale.

A. LE SECTEUR DE LA PUBLICITÉ RADIOPHONIQUE

1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE RADIOS ET LEUR ACCÈS A LA PUBLICITÉ NATIONALE

4. Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) classe les radios en cinq catégories :
La catégorie A : services associatifs éligibles au fonds de soutien à l'expression radiophonique. Relèvent de cette catégorie les radios associatives dont les ressources commerciales provenant des messages de publicité ou de parrainage sont inférieures à 20 % de leur chiffre d'affaires. Ces radios ont pour vocation d'être des radios de proximité, communautaires, culturelles ou scolaires. Radio Courtoisie, Radio Pays, Radio Libertaire, Radio Soleil font partie des radios de catégorie A émettant à Paris.
La catégorie B : services locaux ou régionaux indépendants ne diffusant pas de programme national identifié. Relèvent de cette catégorie les radios éditées par des sociétés ou des associations, dont la zone de desserte couvre une population inférieure à six millions d'habitants et qui sont indépendantes des réseaux nationaux. Elles ne doivent diffuser le programme national identifié de ces derniers. Relèvent également de cette catégorie les radios parisiennes indépendantes des réseaux nationaux bien que la zone de Paris couvre une population supérieure à six millions d'habitants. Tel est le cas à Paris, de Méditerranée FM, de Radio J, de Ado FM, de Oui FM, et de Média Tropical. Il convient de souligner la particularité de la radio Chante France qui, bien qu'appartenant au même groupe que le réseau national Skyrock, a néanmoins été classée par le CSA en catégorie B.

La catégorie C : services locaux ou régionaux diffusant le programme d'un réseau thématique national. Relèvent de cette catégorie les radios dont la zone de desserte, à l'inverse des radios de catégorie B, couvre une population de plus de six millions d'habitants. Elles se caractérisent par la diffusion quotidienne d'un programme d'intérêt local et, en complément, d'un programme identifié fourni par un réseau thématique à vocation nationale. MFM Royan, Nostalgie Provence, NRJ Cherbourg appartiennent par exemple à cette catégorie.

La catégorie D : services thématiques à vocation nationale. Relèvent de cette catégorie les radios dont la vocation est la diffusion d'un programme thématique (musical, économique...) sur le territoire national. Elles ne peuvent procéder à des décrochages locaux. C'est, par exemple, le cas de Fun Radio, Radio Nova, BFM, Skyrock.

La catégorie E : services généralistes à vocation nationale. Relèvent de cette catégorie les radios dont la vocation est la diffusion sur le territoire national d'émissions qui font une large part à l'information et offrent une grande diversité de programmes. Elles ont la possibilité, dans la limite d'une heure, d'effectuer des décrochages destinés à la diffusion d'informations locales. Les radios RMC Info, RTL et Europe 1 appartiennent à la catégorie E.

2. LA DISTINCTION ENTRE LA PUBLICITÉ NATIONALE ET LA PUBLICITÉ LOCALE

5. Les autorités de concurrence ont déjà eu l'occasion de se pencher sur le secteur de la radio. En effet, le Conseil de la concurrence a défini à plusieurs reprises le marché de la publicité radiophonique (décisions du Conseil de la concurrence n° 93-D-59 du 15 décembre 1993, n° [96-D-44](#) du 18 juin 1996, n° [2000-D-45](#) du 18 janvier 2001, avis n° 94-A-26 du 15 décembre 1994 relatif à la prise de contrôle par la Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion des stations Fun Radio et M40). Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, quant à lui, a eu l'occasion de distinguer, au sein du marché de la publicité radiophonique, entre la publicité nationale et la publicité locale (lettre du 29 mai 1998 au directeur général de NRJ relative à une concentration sur le marché de l'espace publicitaire radiophonique).
6. Contrairement à la publicité locale, qui est réservée aux radios de catégorie A, B et C, la publicité radiophonique nationale est ouverte à tous les types de radios. Cependant, compte tenu du caractère limité de leur couverture géographique, les radios de dimension locale n'offrent d'intérêt pour les annonceurs nationaux que si elles se groupent. En effet, contrairement à la publicité locale, la publicité nationale a vocation à être diffusée sur l'ensemble du territoire national, sans limitation géographique. C'est dans cet objectif que le GIE Les Indépendants a été créé.

3. LE MARCHÉ DE LA PUBLICITÉ RADIOPHONIQUE NATIONALE

7. Sur ce marché de la publicité radiophonique nationale, on identifie : du côté de la demande, les annonceurs et les agences médias (ou centrales d'achat d'espace publicitaire) auxquelles les annonceurs confient la mise en place de leurs campagnes publicitaires et, du côté de l'offre, les régies publicitaires.
8. Le secteur de la radio est dominé par quatre grands groupes : un groupe public, Radio France (France Inter, France Info, Le Mouv', France Bleu), et trois privés, Lagardère Active Publicité (Europe 1, Europe 2, RFM), RTL Group (RTL, RTL2, Fun Radio) et NRJ

Group (NRJ, Chérie FM, Rires & Chansons, Nostalgie). Cette structure se retrouve dans la vente d'espaces publicitaires au niveau national, qui est presque exclusivement assurée par les régies des quatre leaders du secteur : Radio France Publicité, Lagardère Active Publicité, IP France (RTL Group), et NRJ Régies. Les trois grandes régies privées détiennent à elles seules environ 90 % du marché.

9. A côté de ces trois grands groupes privés, Skyrégie, qui appartient au groupe Orbus, commercialise les offres de Skyrock et de Chante France et RMC Régies qui commercialise les offres de RMC et BFM. Leur part de marché est beaucoup moins importante que celle des trois grands groupes.
10. L'espace publicitaire radiophonique national des radios du GIE est commercialisé par Régie Radio Music (RRM), filiale de Lagardère Active Publicité.
- 11.

ANNONCEURS NATIONAUX (télécommunications, automobile, cosmétiques, banques, etc...)					
↓ AGENCES MÉDIAS (CENTRALES) : CARAT 30 %, MPG 30 %, ZENITH					
OU RÉGIES PRIVÉES					
	LAP 30 % (contrôlée par Lagardère Active Broadcast)	IP 30 % (contrôlée par RTL Group)	NRJ 30 % (contrôlée par Groupe NRJ)	SKYRÉGIE 8 % (Groupe Orbus)	RMC RÉGIES 2%
Stations et réseaux contrôlés par l'actionnaire contrôlant la régie	Europe 1 Europe 2 RFM	RTL Fun Radio RTL 2	NRJ Nostalgie Rire & Chansons Chérie FM	Skyrock Chante France	RMC + BFM (Nextradio)
Stations, réseau ou groupement non contrôlés par l'actionnaire contrôlant la régie	Radios Autoroutes GIE Les Indépendants - Produit " <i>Les Indépendants</i> " - Puissance Capitale	Sud Radio Wit FM	MFM		

B. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

12. La société Canal 9 exploite la radio locale Chante France. Canal 9 appartient au groupe Orbus, qui détient par ailleurs Skyrock. Ainsi, le groupe Orbus présente la particularité de regrouper un réseau à vocation nationale thématique, Skyrock, lequel exploite 123 fréquences dont 90 environ en catégorie D, et une radio locale de catégorie B, Chante France. Chante France ne diffuse que de la publicité locale et de façon ponctuelle de la publicité extra-locale. Pour ceci, elle passe par la régie du groupe Orbus, qui commercialise également la publicité de Skyrock.

13. Créé en 1992, le GIE Les Indépendants a pour finalité d'agrèger les audiences de certains opérateurs radiophoniques de dimension locale afin de fournir une offre d'espaces publicitaires groupés leur permettant d'accéder au marché publicitaire national. Ainsi, l'objet social du GIE est limité à cette activité d'intermédiaire entre les radios et la régie. Le GIE Les Indépendants regroupe l'essentiel de l'audience de la catégorie B (radios locales).
14. Deux statuts existent au sein du GIE, celui de membre et celui d'adhérent : les radios membres sont responsables sur leurs biens propres des pertes éventuelles du GIE, ont un préavis d'un an à respecter en cas de sortie du GIE, votent aux assemblées générales notamment pour l'élection du conseil d'administration, et paient une cotisation ; les radios adhérentes ne sont pas responsables des actes du GIE, ont un préavis de six mois en cas de sortie, n'ont pas le droit de vote aux assemblées générales, et paient un droit d'entrée. Le directeur général du GIE définit les premières comme les "*copropriétaires*" du GIE, les secondes comme des "*clients*".

C. LES PRATIQUES DÉNONCÉES

15. Canal 9 considère que la seule façon pour une radio de catégorie B d'accéder à la publicité nationale est d'intégrer le GIE Les Indépendants. Or, celui-ci aurait fixé des conditions discriminatoires d'adhésion au groupement ou les appliquerait de façon discriminatoire.

1. LES CONDITIONS D'APPARTENANCE AU GIE LES INDÉPENDANTS ET AU PRODUIT "LES INDÉPENDANTS"

a) L'entrée et le maintien au sein du GIE

16. Deux documents émanant du GIE traitent des conditions d'appartenance au groupement : le "*règlement intérieur du GIE*" et le "*mode d'emploi du nouvel adhérent aux Indépendants*".

Le règlement intérieur

17. Dans l'organisation actuelle, les candidats à l'entrée au GIE n'en ont pas connaissance : le règlement intérieur s'adresse et s'impose aux adhérents et membres du GIE. S'agissant des conditions d'entrée au GIE, le règlement intérieur s'impose plus particulièrement aux membres de l'assemblée générale du GIE puisque celle-ci statue sur les entrées.
18. Les articles 6, 10, 11 et 12 du règlement intérieur définissent les critères que doivent remplir les radios pour pouvoir être admises au sein du GIE. Seuls les articles 10 et 12 relatifs à l'indépendance sont en cause :
 - Article 10 – Catégorie de radio : l'article 10 ouvre la possibilité au GIE de faire entrer en son sein aussi bien des radios de catégorie B (plus spécifiquement concernées par l'objet du GIE) que des radios relevant d'autres catégories. Le critère fondateur pour admettre les radios est l'indépendance de celles-ci, qui peut être appréciée "*en particulier, aussi bien sur le plan du capital et des dirigeants que sur celui des programmes, et ce dans le cadre du pouvoir discrétionnaire attribué à l'Assemblée Générale des membres*".

Cet article octroie donc au GIE la possibilité de faire entrer ou de ne pas faire entrer un candidat, quelle que soit sa catégorie.

- Article 12 – Autonomie : aux termes de l'article 12, l'appartenance à un réseau national est déclarée incompatible avec l'appartenance au GIE dans la mesure où de tels réseaux diffusent des messages d'annonceurs nationaux et sont ainsi concurrents du GIE sur le marché de la publicité nationale.
 - L'article 12 prévoit, en outre, la possibilité d'exclure une radio pour manquement à l'obligation d'information préalable du conseil d'administration en cas de changement de la détention ou de modification concernant la direction ou dans le cas d'un changement d'actionnaires qui serait jugé "*significatif*" par le conseil d'administration. Dans les deux cas, même si les conditions sont réunies, l'opportunité de l'exclusion est laissée à la discrétion du conseil d'administration : "*Pour tout non-respect de cette règle ou changement d'actionnaires jugé significatif par le Conseil d'Administration, le membre ou adhérent concerné pourrait faire l'objet d'une exclusion pure et simple, selon les modalités de l'article 17*". Dans le cas d'un changement d'actionnaires, les critères qui permettent une telle qualification ne sont pas précisés.
19. L'article 14 quant à lui, prévoit la possibilité pour le GIE d'instaurer une période probatoire : "*Le GIE peut décider d'une période probatoire définie librement par le Conseil d'Administration, mais dont la durée ne pourra excéder douze mois*". A l'issue de cette période probatoire, le GIE décide l'adhésion ou la refuse sans devoir justifier sa décision.
20. L'article 17 du règlement intérieur prévoit les cas de sortie d'une radio, dont la "*démission volontaire*" d'un membre ou d'un adhérent, qui peut se faire à tout moment par lettre recommandée avec accusé de réception tout en respectant un préavis ; le "*non renouvellement d'un adhérent*" par le GIE, qui ne nécessite aucune justification, et "*l'exclusion d'un adhérent ou d'un membre*", qui peut être demandée à tout moment par le conseil d'administration à une assemblée générale extraordinaire si la radio concernée ne remplit pas une condition essentielle du règlement intérieur. La régie a aussi la possibilité de demander l'exclusion d'un adhérent ou d'un membre qui ne respecterait pas les dispositions du contrat de régie nationale, et en particulier les articles relatifs à la diffusion des campagnes publicitaires nationales.
21. Par ailleurs, l'article 34 du règlement intérieur exige que pendant la durée du préavis applicable en cas de démission d'une radio, 25 % de ses recettes publicitaires nationales soient prélevées au profit du GIE. En outre, si le préavis n'est pas respecté, la radio doit verser une indemnité forfaitaire égale à 30 % du chiffre d'affaires publicité nationale qu'elle a perçu dans les douze derniers mois précédant sa décision de retrait.

Le mode d'emploi du candidat aux Indépendants

22. Le mode d'emploi du candidat aux Indépendants est le document communiqué aux candidats pour leur information sur les conditions d'entrée au GIE. Or, ce texte, censé reprendre les conditions définies dans le règlement intérieur, s'en distingue pourtant quelque peu.
23. Les critères d'adhésion exigés par le règlement intérieur et qui sont repris dans le mode d'emploi sont l'indépendance et la diffusion d'un programme en propre de plus de 84 heures. Il s'agit, d'une part, de l'indépendance vis-à-vis des groupes RTL, Europe 1 et NRJ, et d'autre part, de la diffusion du programme de nature locale, ce qui est incompatible avec la possibilité d'accepter des radios de catégories C et D.
24. En outre, le mode d'emploi ajoute des conditions d'entrée à celles énoncées au règlement intérieur : avoir une audience Médiamétrie suffisante, soit 10 000 auditeurs pendant trois

années consécutives au minimum ; réserver à la diffusion des spots un temps compris entre 3 et 5 par minute en moyenne ; être en mesure de diffuser la publicité vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept et tenir compte de la situation géographique sans autre précision.

25. D'une part, ces conditions, qui font référence à un "*notamment*", ne sont pas exhaustives ; d'autre part, remplir ces conditions ne préjuge pas de l'acceptation du candidat puisque "*l'Assemblée Générale du GIE décide souverainement de l'entrée des stations candidates qui répondent aux conditions définies [...]*".

b) L'entrée au produit "Les Indépendants"

26. Il est possible que, par application du critère d'audience, une radio soit admise au GIE sans pour autant faire partie du produit commercial "*Les Indépendants*", qui désigne le produit offert aux annonceurs et constitué de l'audience jointe des radios qui le compose.
27. Le règlement intérieur ne stipule pas explicitement les conditions dans lesquelles est effectuée la sélection des stations incluses dans le produit "*Les Indépendants*". L'article 9 définit toutefois le statut d'adhérent hors produit "*Les Indépendants*": "*Des radios adhérentes remplissant les conditions d'admission mais dont l'audience est insuffisante pour percevoir une rémunération minimale en contrepartie de la diffusion de la publicité nationale peuvent être admises dans le GIE sans faire partie du produit "Les Indépendants"*". Le critère de sélection à l'entrée au produit "*Les Indépendants*" est donc un critère d'audience. Or, le critère d'audience est aussi utilisé pour pouvoir entrer dans le GIE Les Indépendants.

2. LES MODALITÉS DE PRISE DE DÉCISIONS PAR LE GIE

28. L'article 15 du règlement intérieur du GIE traite des modalités d'entrée d'une radio. Il donne la possibilité au GIE de refuser une candidature même si celle-ci remplit les conditions d'appartenance requises. Il permet également au GIE de ne pas envoyer de dossier d'adhésion au candidat alors même que la remise d'un dossier complet est une des conditions d'adhésion requises par le mode d'emploi.
29. Si un dossier de candidature fourni par le GIE a été retourné, complété et signé par le candidat, l'adhésion n'est pas pour autant acquise. En effet, soumise au conseil d'administration, elle peut être rejetée par celui-ci, faire l'objet de sa part d'une demande d'information complémentaire ou être présentée par le conseil d'administration à l'assemblée générale. Les candidatures sont donc filtrées au stade du conseil d'administration et peuvent ainsi ne jamais faire l'objet d'un vote de l'assemblée générale. Le texte permet également au GIE de ne traiter une candidature selon aucune de ces trois options. En outre, l'assemblée générale n'a aucune explication à fournir au candidat. Un candidat peut donc ainsi ne pas être tenu informé des suites de sa demande d'entrée au GIE. Enfin, la décision favorable que peut avoir prise l'assemblée générale ne rend pas pour autant l'entrée du candidat effective puisque le conseil d'administration décide encore des conditions de la finalisation de l'entrée ainsi que de sa date.
30. L'article 11.7 du contrat constitutif du GIE prévoit que le conseil d'administration convoque les assemblées générales dont il arrête l'ordre du jour. Ceci vient confirmer l'article 15 précité, selon lequel le conseil d'administration peut (ou non) présenter une

candidature à l'Assemblée Générale, et le rôle de filtre des candidatures que peut jouer le conseil d'administration.

3. MISE EN ŒUVRE : L'APPLICATION DISCRIMINATOIRE DES CONDITIONS D'ADHÉSION

31. Il ressort de l'instruction que les conditions d'adhésion au GIE Les Indépendants n'ont pas toujours été appliquées par celui-ci de façon claire, transparente et objective, en raison notamment du fait que le critère de l'indépendance, présenté comme "*fondateur*", est formulé de façon imprécise et se prête à des interprétations variables.
32. Ainsi, rien n'est dit sur le type d'actionariat et de dirigeants qui rendraient une radio non autonome au sens de l'article 10, qui permet l'entrée des radios de catégories C et D, est ambigu puisqu'il paraît difficile de considérer ce type de radios comme étant autonomes au sens de l'article 12 à cause de leur fréquente appartenance à un réseau. La définition de réseau n'est pas par ailleurs explicitée. Surtout, cette condition de non appartenance à un réseau, même lorsqu'elle est remplie, ne suffit pas à garantir aux candidats l'entrée au GIE puisque sa prise en compte ne s'impose pas à l'Assemblée Générale du GIE.
33. Par ailleurs, le GIE a modifié son règlement intérieur afin d'accueillir des radios d'une catégorie autre que B. Ceci a été le cas pour accueillir des radios de catégories C ou D comme Montmartre FM (MFM), Nova, Radio FG, Sport O'FM, Beur FM et Couleur 3. Aux termes de l'article 12 du règlement intérieur, l'appartenance à un réseau national est déclarée incompatible avec l'adhésion au GIE dans la mesure où de tels réseaux diffusent des messages d'annonceurs nationaux et sont ainsi concurrents du GIE sur le marché de la publicité nationale. Or, la plupart de ces radios faisait partie d'un tel réseau.
34. Ainsi, MFM se qualifie lui-même de "*réseau national indépendant*" et dispose de fréquences en catégories C et D. MFM appartenant au groupe LV&Co. Le conseil d'administration s'est prononcé favorablement à son entrée sous plusieurs conditions, dont celles de ne poursuivre son développement qu'en catégorie D et de s'engager à adhérer au GIE pour une durée de 3 à 5 ans. Après la sortie de MFM du GIE, Voltage, qui faisait partie du même groupe, est restée adhérente du GIE alors que MFM était commercialisée par une régie concurrente.
35. L'article 12 permet, en outre, l'exclusion d'une radio en cas de changement d'actionnaires jugé significatif par le conseil d'administration. En 2004, M. Zenou a voulu rentrer dans le capital de Radio Thollon (membre) et de Direct FM (candidate). L'intéressé ayant créé le GIE Rire & Chansons et noué des liens avec le réseau concurrent NRJ, les deux radios ont décidé de ne pas le faire entrer dans leur capital afin de ne pas prendre le risque d'être exclues ou ne pas être admises au sein du GIE. En effet, l'Assemblée Générale a tout pouvoir pour décider de l'admission et de l'exclusion d'une radio en cas de changement d'actionnaires sans devoir justifier sa décision.
36. En ce qui concerne Chante France, son appartenance au même groupe que Skyrock, réseau national concurrent du GIE les Indépendants sur le marché de la publicité nationale, a provoqué le refus du GIE. La situation de Chante France n'est pas très différente de celle de Voltage entre les années 2001 et 2004 lorsque MFM est sortie du GIE et a été commercialisée par IP (groupe RTL), alors que Voltage et MFM faisaient partie du même groupe.
37. La rubrique "*Historique*" du mode d'emploi mentionne que les stations du GIE ont été sélectionnées en fonction de leur audience Médiamétrie et de leur situation géographique. Mais l'application de ces critères a été fluctuante.

38. L'obligation d'atteindre un seuil de 10 000 auditeurs a disparu du règlement intérieur en 1998. Alors qu'elle ne figurait pas au mode d'emploi dans sa version de 2000, elle figure dans celle de 2004 comme devant en outre être remplie pendant trois exercices consécutifs minimum. Par ailleurs, une notice d'information envoyée aux candidats au GIE (datée de mars 2006), exige une audience minimum de 3 000 auditeurs. Le GIE affirme appliquer surtout "*la règle des 10 000 francs (1 500 euros)*" selon laquelle une radio n'a pas intérêt à diffuser de la publicité nationale si celle-ci ne lui rapporte pas des bénéfices supérieurs à 1 500 euros. Le prix des messages publicitaires ayant augmenté au fur et à mesure des années, le nombre d'auditeurs nécessaire à une radio pour atteindre ce seuil a constamment baissé. Ainsi, si en 1992, pour atteindre le seuil des 1 500 euros, une radio devait avoir environ 10 000 auditeurs, aujourd'hui 3 000 auditeurs suffisent.
39. Le critère de la situation géographique est complémentaire de celui de l'audience. Ainsi, indépendamment du critère des 10 000 auditeurs, une radio peut être admise ou refusée en fonction de sa situation géographique. Or, aucune explication n'est donnée dans le mode d'emploi sur la façon dont ce critère doit être pris en compte. Cette question s'est surtout posée lors de l'admission ou le refus de radios diffusant en Île-de-France.
40. Au mode d'emploi du nouvel adhérent figure la condition d'adhésion de "*réserver à la diffusion des spots l'espace horaire suffisant (entre 3 et 5 minutes par heure en moyenne)*". La convention conclue entre le CSA et Canal 9 applicable lors de la demande d'adhésion au GIE de Chante France de novembre 2002, autorisait Chante France à consacrer à la publicité une durée quotidienne maximale de 45 minutes. Selon le GIE, cette durée était insuffisante. De plus, Chante France n'avait pas diffusé de publicité pendant l'année précédente et ne diffusait qu'un seul écran de deux minutes de publicité par heure.
41. En ce qui concerne la prise de décision de refus et sa motivation, il est arrivé que le GIE ne réponde pas aux candidatures des radios ou qu'il ne motive pas ses décisions de refus. Tel a été le cas des radios Radio Orient, Radio Alpha, Radio Flash, Clash FM ou Chante France, qui ont attendu des mois, voire des années avant de recevoir une réponse négative (quand elles en ont obtenu une) et pas toujours motivée.

D. ÉVALUATION PRÉLIMINAIRE DES PRÉOCCUPATIONS DE CONCURRENCE

Les marchés en cause

42. Sur le marché de la publicité radiophonique nationale, les annonceurs nationaux rencontrent deux types d'offres : les offres des grands réseaux nationaux qui sont appuyées sur un programme unique diffusé sur le territoire national et l'offre du GIE les Indépendants qui propose des programmes différents suivant les radios et les régions.
43. Cette différence n'est toutefois pas de nature à remettre en cause la substituabilité de ces deux types d'offre et donc à conduire à distinguer deux sous-marchés pertinents : un marché des espaces publicitaires offerts sur un réseau et un marché des espaces publicitaires offerts sur un bouquet de radios. En effet, les offres présentées par les grands réseaux nationaux et le GIE sont similaires en termes de couverture nationale et de diffusion. Le critère de l'audience étant déterminant, il apparaît que le GIE est bien en concurrence directe avec les réseaux nationaux sur un marché unique de la publicité radiophonique nationale.

44. En revanche, il est établi que la seule façon pour les radios locales d'accéder efficacement aux annonceurs nationaux est d'adhérer à un groupement. L'offre isolée ou l'adossement à un réseau est juridiquement possible mais peu attractive pour les annonceurs. Le GIE Les Indépendants est, à ce jour, le seul groupement existant permettant aux radios locales d'accéder à la publicité nationale, moyennant un prix constitué par un prélèvement sur les recettes publicitaires. Le Groupement des Radios Régionales de France (G2RF), projet lancé en janvier 2004, n'a pas encore abouti.
45. Si d'autres regroupements que celui des Indépendants sont, en théorie, envisageables, on relève qu'il est économiquement avantageux de faire partie d'un groupement puissant pouvant se prévaloir d'une audience nationale globale importante, donc attractive pour les annonceurs, ce qui ne facilite pas l'arrivée de nouveaux entrants. En effet, l'activité de publicité nationale sur les radios locales voit se manifester "naturellement" des effets de réseaux croisés : une large audience attire de nombreux annonceurs et ceux-ci à leur tour rendent attractif le fait, pour une radio locale donnée, de rejoindre un groupement important.
46. Il ressort de ce qui a été exposé qu'on ne peut exclure, à ce stade, l'existence d'un marché intermédiaire de l'accès à la publicité radiophonique nationale sur lequel des opérateurs offriraient aux radios locales ou régionales une prestation de regroupement de leur audience en vue d'une commercialisation nationale commune. Sur un tel marché, le GIE serait actuellement en situation de position dominante.
47. Enfin, il existe de multiples marchés publicitaires locaux sur lesquels les radios régionales ou locales situées dans un même bassin d'audience sont en concurrence. C'est le cas de la région Île-de-France sur lequel émet la radio Chante France. Ces marchés sont susceptibles d'être affectés par d'éventuelles pratiques du GIE dans la mesure où l'accès à la ressource constituée par la publicité nationale peut modifier les conditions de concurrence par les prix entre les radios sur le marché de la publicité radiophonique locale. Une radio équilibrant en partie ses coûts par la publicité nationale pourra plus facilement consentir des prix bas sur le marché local, même si elle doit subir l'inconvénient d'une réduction des espaces disponibles pour ses annonces locales et des contraintes sur les horaires de diffusion.

Les préoccupations de concurrence

48. Il ressort de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence et de la Commission européenne, ainsi que des juridictions nationales et communautaires que, si une structure commune regroupant des acteurs économiques devient un élément essentiel de l'accès à un marché donné, les conditions d'accès à cette structure doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires, sous peine d'être qualifiées d'entente entre les membres du groupement (voir, par exemple, les décisions du Conseil de la concurrence n° 88-D-37 du 11 octobre 1998 sur des pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires ; n° [97-D-54](#) du 9 juillet 1997 sur des pratiques mises en œuvre par le GIE des taxis radio toulonnais, confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 mai 1998 ; n° [01-D-70](#) du 24 octobre 2001 sur n° [2000-D-78](#) du 21 mars 2001 sur des pratiques mises en œuvre par le GIR Rhums Réunion ; ainsi que les arrêts du TPI T-528/93 du 11 juillet 1996 et T-206/99 du 21 mars 2001, Métropole télévision ; T-5/00 du 16 décembre 2003, FEG ; T-61/80 du 25 mars 1981, Coopérative Stremsel).
49. Le Conseil de la concurrence a d'ailleurs récemment affirmé que "*les conditions d'adhésion à une association professionnelle peuvent porter atteinte à la libre concurrence si cette adhésion est une condition d'accès au marché ou si elle constitue un avantage*

concurrentiel et si ces conditions d'adhésion sont définies ou appliquées de façon non objective, non transparente ou discriminatoire" (décision 2003-D-54 du 28 novembre 2003, sur des pratiques mises en œuvre par le réseau Climsure).

50. En l'espèce, il n'est pas contesté que la seule façon pour des radios locales d'intéresser les annonceurs nationaux pour accéder de manière significative au marché de la publicité nationale est de se regrouper et que le GIE Les Indépendants est le seul produit de couplage attractif sur le marché. Le GIE qui regroupe aujourd'hui cent cinq stations, représentait déjà, en 2004, près des deux tiers des radios de catégorie B et les trois-quarts des fréquences attribuées en catégorie B.
51. Les alternatives à l'entrée dans le GIE sont pratiquement inexistantes :
 - Les radios locales Sud Radio et Wit FM (récemment rachetées par Start) sont actuellement commercialisées par la régie IP appartenant au groupe RTL. Ceci peut s'expliquer par des raisons de complémentarité géographique entre RTL et ces deux radios locales qui couvrent la région du sud-ouest de la France. En outre, jusqu'à leur rachat par le groupe Start, RTL détenait 20 % de ces deux radios. Par ailleurs, si IP a commercialisé Sport FM pendant une période, ceci s'inscrivait dans une démarche de proposition commerciale axée sur le sport, la régie représentant plusieurs chaînes de TV sportives. Ainsi, IP n'a pas d'offre nationale destinée aux radios locales ;
 - Concernant NRJ, celle-ci ne commercialise que des radios nationales et faisant partie du groupe NRJ, mis à part le réseau MFM depuis janvier 2006 ;
 - Créé en janvier 2004, le G2RF se présentait comme une alternative réelle au GIE Les Indépendants et complémentaire de celui-ci. Ses créateurs espéraient rassembler le nombre de radios qui leur permettrait d'atteindre une part de marché suffisante afin d'intéresser un régisseur national. Cependant, le G2RF n'a pas encore vu le jour. Ainsi, le G2RF n'apparaît pas comme une alternative valable au GIE Les Indépendants, pour l'heure seul groupement à disposer d'une offre nationale incluant des radios locales ou régionales.
52. En ce qui concerne en particulier Chante France, cette radio ne fait que de la publicité locale et extra-locale. Skyrock étant déjà présent à Paris, le couplage avec Chante France n'a pas rencontré un grand succès auprès des annonceurs. D'ailleurs, Skyrégie ne commercialise plus le couplage Skyrock/Chante France.
53. Les comportements décrits aux paragraphes 15 à 41 pourraient dès lors être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles, puisqu'il est démontré que l'appartenance au GIE est une condition d'accès au marché de la publicité nationale ou constitue un avantage concurrentiel sur le marché de la publicité locale et que l'on peut raisonnablement présumer que les conditions d'admission ne sont pas suffisamment objectives et transparentes pour ne pas donner lieu à une application non discriminatoire.
54. Par ailleurs, on ne peut exclure que les pénalités imposées en cas de démission d'une radio (25 % des recettes nationales pendant la durée du préavis et 30 % du chiffre d'affaires publicité nationale perçu dans les douze derniers mois précédant sa décision de retrait en cas de non-respect du préavis) puissent avoir comme effet de verrouiller encore davantage le marché intermédiaire de l'accès des radios locales à la publicité nationale, dans la mesure où un tel marché serait retenu au terme d'une instruction au fond, ce qui pourrait constituer un abus de position dominante.

55. De ce point de vue, les effets de réseau (cf. paragraphe 45), combinés à d'importantes pénalités de sortie, engendrent des barrières à l'entrée sur le marché qui renforcent l'indice que constitue la part de marché actuellement détenue par le GIE Les Indépendants.
56. Il ressort de ce qui précède que les pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants suscitent des préoccupations de concurrence et pourraient, au terme d'une procédure contradictoire, être qualifiées au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

E. LES ENGAGEMENTS PROPOSÉS PAR LE GIE LES INDÉPENDANTS

57. Informé des préoccupations de concurrence du Conseil par la rapporteure lors de l'audition du 20 avril 2006, le GIE Les Indépendants a déclaré, lors de cette audition, envisager de vouloir suivre la procédure d'engagements prévue au I de l'article L. 464-2 du code de commerce.
58. Le GIE Les Indépendants a proposé des engagements le 6 juin 2006. Ceux-ci ont fait l'objet du communiqué de procédure du 15 juin 2006, publié sur le site Internet du Conseil de la concurrence afin de recueillir les observations des tiers potentiellement intéressés. Ces propositions initiales ont été aménagées au cours de la séance du 12 septembre 2006 pour tenir compte des observations versées au dossier lors de la consultation. Une version définitive des engagements a été transmise, par écrit au Conseil, le 15 septembre 2006.
59. Ces engagements, dans leur version finale transcrite dans le courrier du 15 septembre 2006, sont les suivants : le premier concerne des modifications du règlement intérieur sur les conditions et la procédure d'adhésion au GIE Les Indépendants ainsi que la sortie du GIE ; le deuxième vise à modifier la notice d'information envoyée aux candidats en tenant compte des modifications du règlement intérieur ainsi que le contrat constitutif du GIE. Les autres engagements traitent de la mise en œuvre et des conditions de ces deux premiers engagements. Leur texte intégral est présenté ci-après :

PREMIER ENGAGEMENT

- (i) Conditions d'appartenance au GIE et au produit national "Les Indépendants" :

*** Conditions d'éligibilité**

Toute radio qui souhaite intégrer le GIE et le produit national "Les Indépendants" (ci-après le candidat) devra remplir cumulativement les conditions d'éligibilité suivantes :

- *Audience Médiamétrie : avoir une audience référencée par Médiamétrie dans les sondages Médialocales (septembre N-1 / juin N) pour l'audience en Province et dans la 126.000 IDF (septembre N-1 / juin N) pour l'audience en Ile-de-France.*
- *Audience minimum : représenter une audience telle que, compte tenu du rapport entre les coûts encourus par le candidat pour participer au produit "Les Indépendants" et les recettes générées pour lui par la publicité apportée par ce produit, la fiabilité de la diffusion des messages publicitaires soit assurée. Cette audience minimum sera actualisée et fixée annuellement par l'Assemblée Générale du GIE et figurera dans la Notice d'Information remise à chaque candidat.*

- *Conservation des équilibres régionaux du produit national "Les Indépendants" : avoir une audience qui, ajoutée à celle des radios déjà commercialisées par le GIE diffusant dans la même région INSEE à la date de la candidature, n'entraîne pas une sur-représentation de l'audience cumulée de la région considérée dans l'audience totale des Indépendants, le rapport entre l'audience cumulée de la région considérée et l'audience totale des Indépendants ne devant pas être supérieur de plus de 5 points au rapport entre la population de cette région et la population de la France métropolitaine. Dans le cas où l'entrée d'une radio candidate au produit national conduirait à un tel dépassement, la radio candidate est inscrite sur une liste d'attente si elle remplit les autres conditions d'éligibilité. L'instruction de sa candidature est reprise lorsque son entrée ne conduit plus à un tel dépassement.*

*** Conditions d'adhésion**

Outre les conditions d'éligibilité stipulées ci-dessus, le candidat devra remplir cumulativement les conditions d'adhésion suivantes :

- *Indépendance vis-à-vis des réseaux nationaux : être une radio qui n'a aucun lien de dépendance, de droit ou de fait, ni aucune relation d'affiliation directe ou indirecte avec une personne ou un groupe exploitant ou participant de manière directe ou indirecte à l'exploitation d'un réseau de diffusion à caractère national tel que défini par l'article 41-3 4° b) de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (c'est-à-dire tout réseau qui dessert une zone dont la population recensée est supérieure à 30 millions d'habitants). Un réseau national tel que défini ci-dessus ne peut entrer dans le GIE Les Indépendants.*
- *Engagement de loyauté : signer l'engagement suivant :*
"La radio s'engage, en qualité de candidate à l'entrée au GIE, à respecter le Règlement intérieur et toutes les décisions prises en Assemblée Générale ou par le Conseil d'administration dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'Assemblée générale. La radio déclare n'avoir aucun lien de dépendance, de droit ou de fait, ni aucune relation d'affiliation directe ou indirecte avec une personne ou un groupe exploitant ou participant de manière directe ou indirecte à l'exploitation d'un réseau de diffusion à caractère national tel que défini par l'article 41-3 4° b) de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. La radio s'engage également à contribuer à la qualité et à la bonne image du GIE et du produit "Les Indépendants" sur le marché publicitaire et à ne promouvoir aucune offre publicitaire d'une radio ou d'un réseau commercialisé sur le marché national en concurrence avec celle des Indépendants. La présente déclaration restera en vigueur tant que la radio sera membre ou adhérente du GIE et cette dernière s'engage à notifier sans délai au GIE tout événement susceptible d'en altérer l'exactitude ou la sincérité".
- *Cohérence de l'image commerciale de la radio avec celle du produit national "Les Indépendants" : diffuser des programmes radiophoniques et avoir un comportement qui ne soient pas susceptibles de porter atteinte à ou de dévaloriser l'image du GIE aux yeux des annonceurs et/ou de dissuader ces derniers d'acheter des produits du GIE.*
- *Conditions techniques de diffusion et publicité :*
 - *disposer du matériel technique permettant la réception et la diffusion numérisées de la publicité nationale ;*

- affecter un interlocuteur permanent dans la radio au suivi et au contrôle de la diffusion de la publicité nationale ;
 - diffuser deux écrans par heure consacrés à la publicité nationale avec un plafond de 5 à 6 minutes par heure ;
 - respecter les demandes des annonceurs transmises par la régie quant au positionnement des messages (têtes d'écran, respect des codes de concurrence) ;
 - fournir sur demande tout élément sonore, numérisé ou écrit, permettant au GIE de vérifier la bonne diffusion des campagnes ;
- Conditions juridiques : signer le dossier d'adhésion ainsi que le Règlement Intérieur et s'engager à ce que le contrat de régie soit signé par les parties concernées.

(ii) Procédure d'admission au GIE Les Indépendants :

- Réception d'une candidature : dans le mois de la réception de la demande d'adhésion d'un candidat par LRAR, le GIE lui adresse :
- soit un courrier dans lequel sont expliquées les raisons de l'impossibilité de donner une suite favorable à sa demande si le candidat ne remplit pas une ou plusieurs conditions d'éligibilité et auquel est joint la Notice d'Information ;
 - soit un dossier d'adhésion et la Notice d'Information si le candidat remplit les conditions d'éligibilité.
- Examen du dossier de candidature :
- dans les deux mois de la réception du dossier d'adhésion, le candidat le retourne en LRAR, dûment rempli et complété des pièces nécessaires à l'examen de la candidature par le GIE ;
 - dans les deux mois de la réception du dossier d'adhésion dûment et correctement rempli et complété de toutes les pièces nécessaires à l'examen de la candidature, le GIE informe le candidat, par LRAR, que son dossier est déclaré recevable.
 - dans les quatre mois de la déclaration de recevabilité du dossier d'adhésion, le Conseil d'Administration :
 - * soit émet un avis favorable s'il constate que les conditions d'adhésion du Règlement Intérieur sont remplies ;
 - * soit émet un avis défavorable s'il constate qu'une ou plusieurs conditions d'adhésion ne sont pas remplies.

Si le Conseil d'Administration constate que la candidature ne peut être acceptée en l'état, il en indique les raisons au candidat et lui demande un complément d'informations au plus tard dans un délai de trois mois à compter de la déclaration de recevabilité du dossier d'adhésion. Le candidat dispose d'un délai d'un mois pour fournir de manière complète les informations demandées par le Conseil d'Administration. Le Conseil d'Administration émet un avis définitif, favorable ou défavorable, dans les trois mois à compter de l'expiration du délai d'un mois accordé au candidat pour fournir le complément d'informations.

Dans tous les cas, les candidatures et l'avis du Conseil d'Administration sont transmis à l'Assemblée Générale du GIE qui devra statuer au plus tard à l'expiration du délai

de quatre mois (ou cinq mois en cas de demande de complément d'information) de la déclaration de recevabilité du dossier d'adhésion par le Conseil d'Administration.

L'Assemblée Générale statue sur l'avis motivé du Conseil d'Administration pour décision. Cette décision est communiquée au candidat dans les trente (30) jours qui suivent la tenue de l'Assemblée Générale concernée.

Toutes les décisions et réponses adressées au candidat par le GIE sont motivées. Toute candidature déclarée irrecevable peut être représentée à tout moment.

- *Entrée effective du candidat dans le GIE : le Conseil d'Administration adresse au candidat la réponse, positive ou négative, à sa demande de candidature et l'informe des modalités pratiques de son entrée. Le candidat admis à entrer au GIE doit se rendre techniquement opérationnel pour diffuser la publicité nationale dans les six mois qui suivent la réception de la LRAR du Conseil d'Administration. Les entrées sont officialisées à la fin de chaque vague de résultats Médiamétrie (1^{er} janvier, 1^{er} avril, 1^{er} juillet, 1^{er} novembre), sous réserve que la radio remplisse les conditions techniques de diffusion (notamment en ayant procédé à l'acquisition d'un matériel agréé par le GIE) et les conditions juridiques. La radio et le GIE peuvent, d'un commun accord, repousser la date d'entrée si lesdites conditions ne sont pas finalisées.*
- *Période probatoire après l'entrée de la radio dans le GIE : les dispositions actuelles du Règlement Intérieur visant cette situation sont supprimées.*

(iii) Sortie du GIE Les Indépendants ou du produit national :

- *Sortie du produit national avec effet immédiat en cas d'audience, constatée par une vague Médialocales (septembre N-1 / juin N), devenant inférieure à la moitié de l'audience minimum exigée comme condition d'éligibilité, sauf circonstances exceptionnelles ;*
- *Exclusion en cas de non respect des dispositions du Règlement intérieur, notamment des conditions d'adhésion, et en particulier du critère d'indépendance vis-à-vis des réseaux nationaux ;*
- *En cas d'exclusion, le préavis est réduit à la durée restant à courir entre la signification par LRAR de la lettre de décision du GIE et la fin du mois en cours. Le GIE peut, en particulier pour permettre le respect d'engagements de diffusion de campagnes publicitaires en cours, définir un préavis plus long ne pouvant excéder la durée prévue au Règlement Intérieur ;*
- *Procédure :*
 - *si le Conseil d'administration constate le manquement par une radio à une des dispositions du Règlement Intérieur, notamment aux conditions d'adhésion, il informe la radio concernée par LRAR des manquements constatés et du risque d'exclusion qu'ils entraînent pour elle ;*
 - *Cette dernière a trente (30) jours à compter de la réception de la LRAR pour régulariser sa situation ou donner toutes explications quant aux reproches formulés ;*
 - *Le Conseil d'administration notifie à la radio, dans les 30 jours à compter de la réception de son courrier, la décision prise et ses motifs ;*
 - *Le Conseil agissant par délégation permanente de pouvoir de l'Assemblée Générale, doit faire valider cette décision par la première Assemblée Générale suivant le jour où est rendue la décision d'exclusion de la radio ;*

- *En cas d'erreurs répétées de diffusion mettant en péril la crédibilité commerciale du GIE, le Conseil d'administration peut suspendre une radio d'un produit, à titre conservatoire et sans délai. La procédure d'exclusion ouverte parallèlement à cette suspension respecte les conditions visées ci-dessus.*

*(iv) **Changement dans le capital ou les organes de direction d'une radio :** tout membre ou adhérent doit fournir au GIE, chaque fois que de besoin, dès la décision du CSA et ce sans délai, toute information concernant un changement dans son capital ou ses dirigeants. Cette information prendra la forme d'une copie de la demande adressée au CSA et de la réponse de celui-ci. En cas de non-respect de cette obligation, le GIE inflige au membre ou à l'adhérent concerné une pénalité dont le montant est fixé en Assemblée Générale.*

*(v) **Droit de sortie du GIE Les Indépendants :** Droit de sortie de 25 % des recettes publicitaires nationales d'une radio prélevées au profit du GIE Les Indépendants pendant la période de préavis en cas de sortie : les dispositions actuelles du Règlement Intérieur visant cette situation sont supprimées".*

DEUXIÈME ENGAGEMENT

"Le GIE s'engage à modifier les dispositions de la Notice d'Information qu'il envoie aux radios candidates définissant les conditions d'adhésion et la procédure d'admission en reprenant à l'identique les dispositions du Règlement Intérieur modifiées conformément au premier engagement. En outre, le GIE n'adresse plus le Mode d'Emploi aux radios candidates. Le GIE s'engage à modifier l'article 15.5 paragraphe 4 du Contrat Constitutif comme suit : "Toutes les décisions, prises aux conditions de quorum et de majorité requises, engagent les membres du Groupement, présents, absents ou dissidents ; elles sont souveraines, sans recours, et n'ont pas à être motivées, à l'exception des décisions relatives à l'admission et à l'exclusion d'une radio, lesquelles seront toujours motivées".

SUR LA MISE EN ŒUVRE DES ENGAGEMENTS

"Les dispositions du Contrat Constitutif, du Règlement Intérieur et de la Notice d'Information qui ne visent pas l'admission ou l'exclusion de radios ne sont pas concernées par les engagements proposés au point 1 [premier et deuxième engagements]. Le GIE s'engage à apporter à toute disposition du Contrat Constitutif, du Règlement Intérieur ou de la Notice d'Information les modifications éventuellement nécessaires afin de la rendre cohérente avec les engagements ci-dessus exposés.

Le GIE s'engage à soumettre les engagements des points 1 et 2 au vote de l'Assemblée Générale du GIE, objets des présents engagements qui seraient acceptés par la décision du Conseil de la concurrence. Cette assemblée générale se tiendra au plus tard dans les deux mois suivant la date de notification de la décision du Conseil de la concurrence acceptant les engagements proposés.

Des évolutions ultérieures des dispositions concernées par les présents engagements, si elles répondent à des justifications non anticoncurrentielles, ne sont pas exclues, à condition toutefois que la substance des réponses aux préoccupations de concurrence exprimées dans la présente affaire soit clairement préservée ».

60. Le GIE Les Indépendants a également souhaité préciser les limites de sa démarche en ce qui concerne la reconnaissance d'une éventuelle infraction et a indiqué que « *Les engagements proposés par le GIE ne valent ni n'impliquent de leur part une quelconque reconnaissance du bien-fondé des dénonciations soumises au Conseil par la saisissante ni, a fortiori, d'une infraction dans le chef des préoccupations de concurrence soulevées. Ces engagements sont proposés sous la compréhension et la foi de la confirmation, dans le cadre des échanges ayant eu lieu avec le Conseil de la concurrence dans la présente procédure, du fait que les décisions du Conseil de la concurrence acceptant et consacrant les engagements proposés par les entreprises pour répondre à des préoccupations de concurrence, en application du 1er alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, ne valent pas et n'impliquent pas constatation ou reconnaissance d'une quelconque infraction* ».

II. Discussion

61. Outre la partie saisissante et le commissaire du Gouvernement, deux entreprises tierces à l'affaire se sont exprimées sur la proposition d'engagements du 6 juin 2006 émise par le GIE Les Indépendants : il s'agit de NRJ Group, concurrent du GIE Les Indépendants sur le marché de la publicité radiophonique nationale, et G2RF, groupement qui a essayé d'entrer sur le marché intermédiaire de la publicité nationale accessible aux radios locales.
62. Le G2RF a déposé un dossier contenant des éléments sur le secteur et le GIE Les Indépendants mais n'a pas fait d'observations précises sur la proposition d'engagements ; quant à NRJ Group, il a jugé la proposition du GIE inadaptée aux problèmes de concurrence mais n'a pas apporté d'éléments permettant de justifier son affirmation.
63. Le commissaire du Gouvernement, s'il a considéré que les orientations générales de la proposition d'engagements répondaient aux objectifs poursuivis, a proposé plusieurs améliorations rédactionnelles et demandé des garanties sur certains points. Ses observations ont été prises en compte par le GIE dans la rédaction de la version finale envoyée au Conseil de la concurrence le 15 septembre 2006.
64. Le plaignant, Canal 9, a considéré que les deux critères principaux qui pouvaient conduire à son exclusion du GIE, à savoir l'indépendance et l'équilibre géographique, n'étaient pas justifiés et avaient un objet ou un effet anticoncurrentiel. Il a soutenu que toutes les radios qui ne sont pas elle-mêmes un réseau national devraient pouvoir faire partie du GIE. Ainsi, selon lui, les engagements proposés par le GIE ne seraient pas de nature à résoudre les problèmes de concurrence.

A. SUR LE PREMIER ENGAGEMENT

65. Dans ce premier engagement, le GIE Les Indépendants s'engage à modifier les dispositions du règlement intérieur relatives aux conditions d'appartenance, à la procédure d'admission, à l'exclusion et au droit de sortie du GIE.

a) Conditions d'appartenance au GIE et au produit national "Les Indépendants"

66. Concernant les conditions d'éligibilité, c'est-à-dire, celles qui donnent droit à recevoir un dossier de candidature qui devra être examiné par le conseil d'administration, le GIE exigera de la radio candidate trois conditions : avoir une audience référencée par Médiamétrie, représenter une audience minimum qui sera actualisée et fixée annuellement par l'Assemblée Générale du GIE et conserver les équilibres régionaux du produit national Les Indépendants.
67. Le critère de l'audience minimum paraît justifié pour des raisons de crédibilité commerciale, seules les radios dotées d'une audience suffisante étant susceptibles de garantir aux annonceurs un service fiable et de bonne qualité. Dès lors que l'application du critère renvoie à une mesure d'audience par un organisme indépendant, la sélection des radios éligibles doit être considérée comme objective et transparente.
68. Le critère de conservation des équilibres régionaux du produit national est également justifié par les conditions de la concurrence sur le marché de la publicité nationale sur lequel le produit "*Les Indépendants*" est en compétition avec d'autres offres nationales.
69. Si les caractéristiques de la demande émanant des annonceurs nationaux conduisent à mieux valoriser les offres qui présentent une répartition satisfaisante de l'audience entre les zones géographiques, notamment un bon équilibre entre l'Ile de France et les autres régions, il est rationnel pour le GIE, qui ne dispose d'aucune position privilégiée sur ce marché, de préserver un certain équilibre géographique de l'audience globale et de veiller notamment à ce que la région Ile-de-France ne soient pas sur-représentée. Certes, le fait que cet équilibre géographique ne soit pas stable au cours du temps, les audiences des différentes composantes locales du produit pouvant évoluer de façons divergentes, ne permet pas de garantir que le critère appliqué à l'entrée sera toujours vérifié. De même, le GIE, qui ne peut réguler les sorties du groupement, peut être confronté à une modification sensible de la répartition géographique de son audience en cas de départ de certaines radios. Cette situation, due au caractère composite du produit, introduit de fait une discrimination entre les radios candidates au GIE, soumises au test de la répartition géographique, et les radios déjà adhérentes qui y échappent. Mais ces inconvénients ne rendent pas pour autant illégitime l'utilisation de ce test d'entrée, qui reste le seul outil à la disposition du GIE pour limiter les risques de déséquilibre géographique de son audience.
70. Ainsi, le fait d'indiquer de façon chiffrée quel doit être le rapport maximum entre l'audience cumulée de la région considérée et l'audience totale des Indépendants permet au candidat de connaître à l'avance s'il est éligible ou non au GIE et apparaît comme un moyen proportionné et non discriminatoire pour conserver la qualité du produit offert sur un marché concurrentiel. Les objections du plaignant ne peuvent donc être accueillies sur ce point.
71. Concernant les conditions d'adhésion au GIE Les Indépendants et au produit Les Indépendants, le GIE propose de les redéfinir en retenant, outre des conditions juridiques et techniques qui ne posent pas de difficultés, les trois critères qualitatifs suivants, qui s'ajoutent aux conditions d'éligibilité : l'indépendance vis-à-vis des réseaux nationaux, la loyauté et la cohérence de l'image commerciale de la radio avec celle du produit national "*Les Indépendants*".
72. Le dernier critère, de cohérence d'image, qui relève de la politique commerciale liée au produit, n'a jamais soulevé de difficultés jusqu'à présent. Son application pourra être contrôlée dès lors que les décisions de refus d'adhésion sont motivées. De même, l'engagement de loyauté est justifié par la nécessité d'assurer, au sein du groupement

d'entreprises, une adhésion réelle au projet commun, notamment la bonne application des dispositions relatives à l'organisation, le respect de l'exclusivité accordée à la régie nationale choisie par le GIE et la défense de l'image commune du produit. Ces conditions concernant la valorisation du produit ne créent pas d'incitation à restreindre l'accès au GIE, dont l'intérêt demeure de fédérer le maximum d'audience. En toute hypothèse, une éventuelle application discriminatoire de ces critères serait facile à déceler.

73. En définitive, c'est bien le critère d'indépendance vis-à-vis des réseaux nationaux qui est contesté, à titre principal, par le plaignant. La rédaction, retenue dans la version finale des engagements, définit l'indépendance comme l'absence de dépendance de droit ou de fait ainsi que de tout lien direct ou indirect avec un réseau national, tel que défini par l'article 41-3 4° b) de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, c'est-à-dire tout réseau qui dessert une zone dont la population recensée est supérieure à 30 millions d'habitants. Elle a le mérite d'être claire, objective et précise.
74. Le plaignant considère que cette définition de la notion d'indépendance est contraire à la doctrine du CSA "*qui n'a jamais vu d'inconvénient au fait qu'un service de catégorie B soit détenu par un groupe contrôlant par ailleurs un réseau à vocation nationale, du moment que cette configuration n'affecte pas l'indépendance proprement dite du programme produit par le service autorisé en catégorie B*".
75. Mais contrairement à cette affirmation, le CSA est réticent au rachat de radios de catégorie B par des réseaux nationaux, "*l'indépendance par rapport à un réseau national [étant] un critère essentiel de la définition de la catégorie B*" (cf. lettre du CSA n° 135 du 6 novembre 2000 concernant la reprise de Alpes 1 par LV&Co). Le CSA a fait deux exceptions dans le passé, l'une concernant l'acquisition du réseau MFM par Voltage (groupe LV&Co), l'autre concernant la détention de Chante France par le groupe Orbus, détenant par ailleurs le réseau Skyrock.
76. Au surplus, le Conseil de la concurrence se détermine uniquement sur des critères de bon fonctionnement des marchés qui ne sont pas nécessairement ceux sur lesquels se fondent les décisions de régulation sectorielle prises par le CSA, qui est en charge de la défense d'intérêts plus larges que ceux de la concurrence. Or, du point de vue de la concurrence, il paraît justifié qu'un offreur ne souhaite pas établir de liens structurels ou de solidarité économique avec ses concurrents directs sur le marché. En effet, et sans considération des classements en catégorie B, C, D ou E des radios, dès lors que deux offreurs sont concurrents sur le marché de la publicité radiophonique nationale, il est préférable qu'ils n'aient pas d'incitation à poursuivre un intérêt commun et soient, au contraire, incités à rechercher leur intérêt individuel.
77. Accessoirement, si Chante France intégrait le GIE, Skyrock aurait accès à des informations commerciales importantes de son concurrent, le président de Skyrock étant également président de Chante France. Le GIE fait valoir, en particulier, que sa structure coopérative (il est un groupement d'entreprises et non une entreprise intégrée) lui impose des délais de coordination des programmations. Les contrats avec les annonceurs se négocient longtemps à l'avance afin que les radios locales réservent les espaces publicitaires nécessaires à la publicité nationale, qui est prioritaire par rapport à leur publicité locale. Les radios ont alors accès au plan de diffusion élaboré par la régie, qui leur indique quels sont les contrats passés avec les différents annonceurs. Skyrock, étant en concurrence avec le GIE, pourrait démarcher les annonceurs grâce à des informations privilégiées auxquelles il n'aurait pas accès si Chante France ne faisait pas partie du GIE.

78. Enfin, le plaignant considère que le critère d'indépendance est discriminatoire par destination puisqu'il ne vise que lui, Chante France étant la seule radio de catégorie B appartenant à un réseau national. Ainsi, la nouvelle rédaction du critère d'indépendance vis-à-vis des réseaux nationaux, tout en étant plus claire, n'aurait d'autre objet que de permettre le refus de la candidature de Chante France, ainsi privé du seul accès efficace à la publicité nationale.
79. Mais il n'est pas allégué que le GIE est une facilité essentielle dont l'accès serait indispensable à l'activité d'une radio locale. On relève, d'ailleurs, que plusieurs dizaines de radios de catégorie B n'ont jamais posé leur candidature à l'entrée dans le GIE. Le plaignant ne conteste pas que le GIE n'a aucune obligation d'accepter toutes les radios de catégorie B candidates mais seulement de traiter les candidatures de façon équitable et d'accepter les radios qui remplissent les conditions d'adhésion. Le fait que Chante France ne réponde pas aux critères d'adhésion ne permet pas de conclure que ces critères sont non objectifs et discriminatoires.

b) Procédure d'admission au GIE Les Indépendants

80. Concernant la procédure d'admission, en son sein, le GIE encadre toute la procédure dans des délais précis de façon à ce que chaque candidature ait une suite et que les décisions du GIE concernant les candidatures soient motivées, le conseil d'administration et l'Assemblée Générale n'ayant plus de pouvoir discrétionnaire pour accepter ou refuser une radio. De ce fait, les améliorations apportées à la procédure d'admission répondent aux préoccupations de concurrence liées au traitement discriminatoire des candidatures.

c) Exclusion du GIE Les Indépendants

81. Une radio pourra être exclue du GIE si elle ne respecte pas le règlement intérieur et notamment les conditions d'adhésion. Par ailleurs, une radio adhérente dont l'audience serait inférieure à la moitié de l'audience minimum exigée pour pouvoir adhérer au GIE sortira du produit Les Indépendants, mais pourra rester adhérente au GIE. En outre, la procédure d'exclusion doit se dérouler dans des délais limités et permet à la radio qui risque d'être exclue de connaître les causes d'exclusion ainsi que de faire valoir ses arguments. De ce fait, ce nouvel engagement répond aux préoccupations de concurrence qui avaient indiqué que les "*conditions essentielles*" permettant l'exclusion d'une radio n'étaient pas explicitées.

d) Changement dans le capital ou les organes de direction d'une radio

82. En ce qui concerne le changement dans le capital ou les organes de direction d'une radio, actuellement l'information doit être préalable à la décision du CSA. A défaut d'information, le conseil d'administration peut exclure la radio du GIE. La nouvelle rédaction de cette disposition exige une information en cas de changement dès la décision du CSA et le non-respect de cette obligation fait l'objet d'une sanction pécuniaire fixée par l'Assemblée Générale, sans pouvoir entraîner à lui seul une exclusion. Cette nouvelle rédaction répond dès lors aux préoccupations de concurrence du Conseil.

e) Droit de sortie du GIE Les Indépendants

83. Le Conseil avait également mentionné des préoccupations de concurrence liées aux pénalités exigées en cas de sortie du GIE. En effet, les pénalités de sortie étaient extrêmement élevées et pouvaient verrouiller le marché. Le GIE ayant annulé ces pénalités de sortie, les préoccupations de concurrence liées à un possible effet de verrouillage du marché disparaissent.

B. SUR LE SECOND ENGAGEMENT

84. Par cet engagement, le GIE remplace son l'actuel mode d'emploi envoyé aux candidats par une notice d'information qu'il adresse aux radios candidates, définissant les conditions d'adhésion et la procédure d'admission en reprenant les termes du règlement intérieur modifié. Cet engagement répond aux préoccupations de concurrence mentionnés plus haut qui avaient souligné les différences de rédaction entre ces deux documents. Par ailleurs, le GIE modifie l'article 15.5 paragraphe 4 du contrat constitutif et oblige désormais l'Assemblée Générale à motiver les décisions relatives à l'admission et l'exclusion des radios.
85. A la lumière de ce qui précède, le Conseil considère qu'il y a lieu d'accepter les engagements proposés par le GIE Les Indépendants le 15 septembre 2006 (présentés aux points 59) et de clore la procédure.

DÉCISION

Article 1^{er} : Le Conseil accepte les engagements présentés par le GIE Les Indépendants tels qu'ils sont exposés au paragraphe 59 de la présente décision. Ces engagements font partie intégrante de la décision, et sont rendus obligatoires dès sa notification.

Article 2 : Il est mis fin à la procédure enregistrée sous le numéro 03/0091F.

Délibéré sur le rapport oral de Mme García-Rosado, par Mme Perrot, vice-présidente présidant la séance, Mme Behar-Touchais et MM. Flichy et Honorat, membres.

La secrétaire de séance,
Rita Sougoumarane

La vice-présidente,
Anne Perrot