

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 131.616 du 19 mai 2004

A. 151.579/XV-373

En cause : **S.A. Société de Diffusion BFM PLUS,**

ayant élu domicile chez
Me E. JACUBOWITZ, avocat
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

La Communauté française, représentée
par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
Mes F. TULKENS et V. OST, avocats,
chaussée de la Hulpe 177/6
1170 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA XV^e CHAMBRE DES RÉFÉRÉS,

Vu la demande introduite le 7 mai 2004 par la S.A. Société de Diffusion BFM PLUS, qui sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 31 mars 2004 "arrêtant la liste des radios fréquences assignables aux éditeurs de services, accompagnées de leurs caractéristiques techniques pour la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz", et de
- l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 31 mars 2004 "fixant l'appel d'offres pour l'attribution des radiofréquences pour la diffusion de service de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre",

tous deux publiés au Moniteur belge du 28 avril 2004, deuxième édition;

Vu le dossier administratif et la note d'observations;

Vu l'ordonnance du 11 mai 2004 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 14 mai 2004 à 10 heures 30;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, conseiller d'Etat, président de chambre f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me M. KAISER, loco Me E. JACUBOWITZ, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me OST, loco Me F. TULKENS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

I. Quant aux faits de la cause

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit :

1. La demanderesse, qui est une société anonyme représentée exclusivement par des actions nominatives, est un éditeur de services privés de radiodiffusion sonore au sens du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, soit “une personne morale qui assume la responsabilité éditoriale d’un ou de plusieurs services de radiodiffusion en vue de les diffuser ou de les faire diffuser” (art. 1^{er}, 13°). Elle dispose actuellement de six radiofréquences qu’elle utilise en réseau : trois radiofréquences via trois A.S.B.L. affiliées et locales qui ont reçu sur la base de la législation précédente un titre de reconnaissance provisoire en qualité de radio privée, à savoir l’A.S.B.L. A.D.M. (107.6 MHz à Bruxelles), l’A.S.B.L. BANANA ((104.9 MHz à Mons) et l’A.S.B.L. WLBQ (106.7 MHz à Liège); et trois radiofréquences utilisées en direct sans aucun titre de reconnaissance “en raison de la carence prolongée des autorités publiques de mettre en place une procédure effective de répartition des fréquences disponibles” (demande, p. 4), à savoir 101.4 MHz à Charleroi, 101.9 MHz à Louvain-la-Neuve et Wavre, et 107.1 MHz à Mons.

La demanderesse édite des programmes d’information continue et générale essentiellement en décrochage depuis Paris et moyennant trois plages horaires d’informations belges de 7h. à 9h40, de 12h. à 13h. et de 16h45 à 19h30 du lundi au vendredi. Elle constitue actuellement en Communauté française le seul et unique réseau de ce genre, lequel peut être qualifié dans le paysage radiophonique francophone de réseau de taille moyenne sur le vu du nombre de fréquences utilisées et du chiffre d’affaires global (217.813,56 € au 31 décembre 2003).

2. En exécution de la Convention internationale des télécommunications signée à Nairobi le 6 novembre 1982 et approuvée par la loi belge du 28 août 1986 (Moniteur du 21 mai 1987), l'Accord régional relatif à l'utilisation de la bande 87.5-108 MHz pour la radiodiffusion sonore à modulation de fréquences, conclu à Genève le 7 décembre 1984 au sein de la Conférence administrative régionale pour la planification de la radiodiffusion sonore en ondes métriques, contient en son annexe I un plan de fréquences qui définit les différentes fréquences attribuées aux pays membres concernés en les localisant géographiquement et dès lors procède déjà à une répartition géographique des fréquences destinées à la radiodiffusion sonore sur l'ensemble du territoire belge. Toutefois, à défaut d'avoir reçu l'assentiment des Chambres législatives et des Conseils de Communauté, l'Accord de Genève ne produit toujours pas d'effet en droit interne (avis de la section de législation L. 31.867/4 du 27 juin 2001, Doc. CCF, sess. 2000-2001, n° 202-1, p. 18).

En outre, pris en exécution de la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications, l'arrêté royal du 10 janvier 1992 réglementant la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz organise une procédure de coordination obligatoire entre les communautés en vue de l'utilisation de la bande 87.5-108 MHz. Tant cet arrêté royal que la mise en oeuvre de cette procédure de coordination ont suscité divers litiges actuellement toujours en cours entre la Communauté française et la Communauté flamande de sorte qu'il n'existe toujours pas en Belgique de plan de fréquences de référence en vigueur pour l'utilisation de la bande 87.5-108 MHz pour la radiodiffusion sonore à modulation de fréquences.

3. Sans attendre l'établissement d'un tel plan de fréquences de référence et en vue de "combler rapidement un vide juridique" (Doc. CCF, sess. 2000-2001, n° 202-1, p. 3), le décret du 20 décembre 2001 fixant le cadastre initial de référence de la Communauté française pour la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz, publié au Moniteur belge du 17 janvier 2002 et entré en vigueur le même jour, détermine en son annexe la liste des sites d'émission et des fréquences attribuables aux services privés de radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz. Par son arrêt n ° 92/2003 du 24 juin 2003, la Cour d'arbitrage a rejeté le recours en annulation de ce décret introduit par la Communauté flamande.

Ce décret a été par après modifié par l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 3 juillet 2003 modifiant le cadastre de la Communauté française pour la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz (Moniteur du 22 juillet 2003, 1^{ère} édition).

4. Le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion entend opérer une refonte générale de la législation relative à la radiodiffusion en Communauté française. Plus particulièrement, en ce qui concerne les services privés de radiodiffusion sonore en mode analogique, le décret prévoit une procédure d'autorisation en trois étapes qui peut être résumée comme suit :
- le gouvernement arrête tout d'abord les listes des radiofréquences attribuables à chaque catégorie de services privés de radiodiffusion par voie hertzienne terrestre, chaque liste comprenant pour chaque radiofréquence les coordonnées géographiques, la hauteur d'antenne par rapport au sol, la valeur maximale de la puissance apparente rayonnée et les atténuations imposées (art. 99). Pour les services privés de radiodiffusion sonore en mode analogique, le premier arrêté attaqué détermine cette liste dans la bande 87.5-108 Mhz;
 - le gouvernement publie ensuite un appel d'offres au Moniteur belge qui comprend "les éléments suivants : 1° la liste des radiofréquences assignables aux éditeurs de services, accompagnées de leurs caractéristiques techniques. La liste identifie les radiofréquences assignables aux radios indépendantes et les réseaux de radiofréquences assignables aux radios de réseau; 2° les cahiers des charges des radios indépendantes et des réseaux tel qu'établi en vertu de l'article 54. Le Gouvernement peut imposer d'autres modalités dans l'appel d'offre sur avis du Collège d'autorisation et de contrôle." (art. 104). C'est l'objet du second arrêté attaqué;
 - enfin, le Collège d'autorisation et de contrôle, qui est un des deux collèges du Conseil supérieur de l'audiovisuel, instruit les demandes d'autorisation introduites en réponse à l'appel d'offres "conformément aux articles 55 et 56" et "assigne une radiofréquence à chaque radio indépendante et un réseau de radiofréquences à chaque radio en réseau. Il peut compléter la zone de service des radios indépendantes et des radios en réseau par une ou des radiofréquences de réémission sans décrochage, après examen des possibilités techniques par les services du Gouvernement" (art. 105).

Le décret du 27 février 2003 précise encore ce qui suit :

" Art. 53. Il existe deux catégories d'éditeurs de services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre analogique :
1° les radios en réseau;
2° les radios indépendantes.
(...).

Art. 54. § 1^{er}. Les éditeurs de services sont autorisés suite à un appel d'offre tel que visé à l'article 104.

§ 2. Sans préjudice des dispositions énoncées à l'article 104, le cahier des charges des éditeurs de services prévoit, outre les obligations visées à l'article 35 :

1° en ce qui concerne le programme :

a) l'obligation de veiller à la promotion culturelle, notamment par la présentation à titre gratuit des principales activités culturelles et socio-culturelles de la zone de service de la radio;

b) l'obligation d'assurer un minimum de 70 % de production propre sauf dérogation motivée accordée par le Collège d'autorisation et de contrôle en vue de favoriser la diversité des services;

c) l'obligation d'émettre en langue française, hors la diffusion de musique pré-enregistrée, sauf dérogation motivée accordée par le Collège d'autorisation et contrôle en vue de favoriser la diversité culturelle et linguistique des services;

d) le cas échéant, l'obligation de diffuser annuellement au moins 30 % de musiques sur des textes en langue française et au moins 4,5 % d'œuvres musicales de compositeurs, d'artistes-interprètes ou de producteurs de la Communauté française dont le domicile, le siège d'exploitation ou le siège social est situé en région de langue française ou en région bilingue de Bruxelles-Capitale;

(...).”;

5. L'arrêté du 31 mars 2004, qui constitue le premier arrêté attaqué, détermine les caractéristiques techniques des radiofréquences en indiquant pour chaque radiofréquence les coordonnées géographiques, la hauteur de l'antenne au-dessus du sol, la valeur maximale de la puissance apparente rayonnée et le diagramme directionnel de l'antenne. En principe, les radiofréquences contenues dans l'annexe de cet arrêté correspondent au cadastre de référence fixé par le décret du 20 décembre 2001 précité, tel que modifié par l'arrêté du 3 juillet 2003 précité. Toutefois, il ressort de la comparaison des deux listes que, d'une part, certaines radiofréquences cadastrées ne sont pas reprises - à savoir Warneton 99.2; Casteau-Shape 104.2, 106.5, 107.2 et 107.7; et Chièvres, 107.9 - et que, d'autre part, et surtout, certaines radiofréquences contenues dans le premier arrêté attaqué ne figurent pas dans le cadastre de référence - à savoir Warneton 87.6; Comines 95.2; Arlon 104.6; Jodoigne 107.9; et Lesves 107.9.

6. L'arrêté du 31 mars 2004, qui constitue le second arrêté attaqué, reprend dans une première annexe ces radiofréquences et leurs caractéristiques techniques en distinguant celles attribuées aux radios indépendantes de celles attribuées aux radios en réseau.

Ainsi, pour les réseaux de fréquence, définis comme “l'association de radiofréquences attribuées globalement à un réseau” (art. 1^{er}, 34°, du décret du 27 février 2003), l'arrêté fixe le nombre de réseaux, à savoir six, et les radiofréquences attribuées à chaque réseau, soit :

- pour le réseau 1 : 24;
- pour le réseau 2 : 37;
- pour le réseau 3 : 37;
- pour le réseau 4 : 39;

- pour le réseau 5 : 35;
- pour le réseau 6 : 26.

Pour les radios indépendantes, définies comme “le service privé de radiodiffusion sonore qui dispose d’une seule radiofréquence” (art. 1^{er}, 33°, du décret du 27 février 2003), l’arrêté retient nonante (90) radiofréquences.

7. Ce même arrêté contient dans une deuxième annexe le cahier des charges prévu par l’article 54 du décret du 27 février 2003, lequel énumère, d’une part, sous l’intitulé “Dispositions générales”, les conditions minimales d’autorisation, les conditions de recevabilité relative à la personne du demandeur et les conditions de recevabilité relatives à la demande d’autorisation et, d’autre part, sous l’intitulé “Contenu du dossier”, les données de base et les données spécifiques, ainsi qu’un formulaire de demande d’autorisation et sept fiches.

Pour l’essentiel, ce cahier des charges reproduit des normes contenues dans différentes dispositions du décret du 27 février 2003, telles que les articles 6, 35, 54, 55 et 104. Toutefois, il contient des règles propres non prévues par le décret du 27 février 2003, telles que :

- l’irrecevabilité expresse de la demande d’autorisation si elle ne répond pas aux conditions de recevabilité relatives à la personne du demandeur (A, 2, al. 2);
- l’introduction obligatoire de la demande d’autorisation “à l’aide du formulaire figurant en annexe à l’appel d’offres (annexe 1)” (A, 3, al; 1^{er}), lequel “est composé de fiches d’information à remplir” (annexe);
- la fixation du délai d’introduction des demandes d’autorisation, à savoir, sous peine d’irrecevabilité, le dépôt à la poste “dans les soixante jours calendrier suivants la publication de l’appel d’offres au Moniteur belge” (A, al. 2) et ce, conformément à l’article 55, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 27 février 2003;
- l’obligation d’adresser la demande d’autorisation et ses annexes en dix exemplaires (A, al. 3);
- la signature de chaque demande d’autorisation, “au nom du demandeur, par au moins deux personnes physiques habilitées apportant la preuve qu’elles peuvent valablement engager le demandeur” (A, al. 4);
- les différentes rubriques de la fiche n° 2 relative à la “nature et description du service”, qui contiennent les éléments minimaux d’information à communiquer à propos du projet radiophonique exigé par l’article 55, §2, 4° et §3, 4°, du décret du 27 février 2003;
- la fiche n° 4 relative au “traitement de l’information” qui prescrit certains éléments d’information minimaux à transmettre afin de vérifier le respect de l’article 35, §1^{er}, 4°, 5° et 6°, du décret du 27 février 2003;
- la partie de la fiche n° 5 relative à “la diffusion des programmes musicaux” qui prescrit certains éléments d’information minimaux à transmettre afin de vérifier le respect de l’article 54, §2, d, du décret du 27 février 2003.

II. Quant à la nature des arrêtés attaqués

Considérant que la partie adverse soulève une première exception d'irrecevabilité de la demande tenant à la nature d'acte préparatoire des arrêtés attaqués; qu'elle soutient que la détermination des fréquences assignables par le premier acte attaqué et la publication de l'appel d'offres par le second acte attaqué ne constituent que les étapes préliminaires à la décision d'attribution des fréquences qui sera prise par le CSA dans les trois mois de la clôture de l'appel d'offres, soit pour le 28 septembre 2004, et que dans l'attente des décisions du CSA, la situation de la demanderesse restera absolument inchangée, tant en fait qu'en droit, l'éventuelle éviction d'un ou de plusieurs candidats n'étant réalisée que par la décision - motivée et susceptible de recours - qui sera prise par le CSA; qu'elle souligne à cet égard que le CSA est loin d'être dans une situation de compétence liée, que la demanderesse est parfaitement libre, comme le précise l'article 55 du décret, de "se porter candidate(s) à plusieurs radiofréquences", et que le CSA aura à juger, sur la base de cette candidature et sur la base des critères fixés dans le décret et dans le cahier des charges, s'il décide de lui attribuer une ou plusieurs fréquences, la plaçant dans une situation moins favorable, aussi favorable ou plus favorable que celle qui est la sienne aujourd'hui; qu'elle estime par ailleurs que, s'il est vrai que la demanderesse ne pourra obtenir un ensemble de fréquences identique à celui dont elle fait usage actuellement en raison du fait que certaines de ces fréquences font partie du réseau 5 et du réseau 6, l'objet de la procédure de réorganisation du paysage radiophonique francophone est précisément de mettre un terme à la désorganisation actuelle, ce qui implique nécessairement des changements; qu'en conclusion, elle affirme que l'adoption des arrêtés attaqués "n'a aucune conséquence pour la requérante, ni pour aucun éditeur de services, le paysage radiophonique restant inchangé jusqu'à la décision du CSA";

Considérant que l'arrêté du 31 mars 2004 fixant l'appel d'offres pour l'attribution des radiofréquences pour la diffusion de service de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertziennne terrestre, produit par lui-même des effets de droit;

Considérant qu'en effet, en son annexe 1, il répartit les radiofréquences disponibles entre les radios en réseau et les radios indépendantes, il détermine le nombre de réseaux de radiofréquences, à savoir six, et la taille de ces six réseaux par le nombre de radiofréquences assignables à chacun de ces six réseaux, et il fixe le nombre de radiofréquences assignables aux radios indépendantes, à savoir nonante; que ce faisant, il détermine de manière définitive pour la Communauté française les contours du paysage radiophonique privé en mode analogique dans la bande 87.5-108 MHz à l'intérieur duquel le Collège d'autorisation et de contrôle devra exercer son pouvoir d'autorisation individuelle;

Que l'article 100, §1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 27 février 2003 prescrit à cet égard que "le Collège d'autorisation et (de) contrôle assigne les radiofréquences selon la liste arrêtée par le Gouvernement"; que selon l'exposé des motifs dudit décret, "cette assignation (de radiofréquences) ne pourra se faire que sur la base de listes de radiofréquences qui seront arrêtées par le gouvernement. (...) En d'autres termes, le Gouvernement déterminera les radiofréquences utilisables et la manière dont elles le sont, alors que le CSA désignera l'utilisateur de ces radiofréquences" (Doc. CCF, sess. 2002-2003, n° 357-1, p. 4); qu'en commission, le ministre ayant en charge l'audiovisuel a précisé qu' "il n'existe aucune ambiguïté quant au fait que le Gouvernement soit compétent pour fixer la liste des radiofréquences et déterminer lesquelles de celles-ci sont réservées d'une part aux radios en réseau et d'autre part aux radios indépendantes dans le cas de la radiodiffusion hertzienne terrestre analogique en fréquence modulée (FM). L'article 104 lui paraît suffisamment explicite sur ce point. (...) Il confirme donc que c'est le Gouvernement qui déterminera seul quels sont les groupes de radiofréquences pour chaque réseau. C'est donc lui également qui déterminera le nombre de réseaux" (Doc. CCF, sess. 2002-2003, n° 357-3, p. 53);

Qu'il s'ensuit que lors de l'attribution des radiofréquences aux radios indépendantes et aux radios en réseau, le Collège d'autorisation et de contrôle n'est pas habilité à modifier le nombre de réseaux, le nombre ou le type de fréquences attribuées à chacun de ces six réseaux pas plus que la répartition des fréquences entre les réseaux et les radios indépendantes;

Considérant par ailleurs que les effets de droit produits par l'annexe 1 de l'arrêté du 31 mars 2004 ont des conséquences préjudiciables sur la situation juridique de la requérante et sont de nature à lui causer immédiatement grief;

Qu'en effet, d'une part, les trois radiofréquences dont dispose actuellement la demanderesse en vertu d'un titre de reconnaissance provisoire en qualité de radio privée, à savoir 107.6 MHz à Bruxelles, 104.9 MHz à Mons et 106.7 MHz à Liège, sont, par l'effet de l'annexe 1, attribuées la première à une radio indépendante, la seconde au réseau R5 et la troisième au réseau R6; qu'il s'ensuit qu'elle ne peut déjà plus à l'heure actuelle postuler pour de telles fréquences en les associant dans un réseau; que si le maintien d'une situation antérieure n'est pas nécessairement de nature à fonder un moyen de droit, l'atteinte préjudiciable à une situation existante par un arrêté réglementaire est un élément constitutif de la notion d'intérêt au sens de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;

Que, d'autre part, et surtout, il apparaît *prima facie* que cette annexe 1 empêche d'ores et déjà la demanderesse de se porter candidate à l'appel d'offres

contenu dans l'annexe 2 du même arrêté, que ce soit à un réseau de radiofréquences tel qu'il est délimité ou à une seule radiofréquence;

Qu'en ce qui concerne les réseaux de radiofréquences, il ressort des documents produits par la demanderesse qu'elle ne dispose pas de la capacité économique et technique pour postuler à un des six réseaux tels qu'ils sont configurés par l'annexe 1, à savoir des réseaux couvrant l'ensemble du territoire de la Communauté française et disposant de 24 à 39 fréquences; que, comme le reconnaît la partie adverse elle-même, la demanderesse est un éditeur de services de taille moyenne dont l'activité radiophonique ne correspond à aucun des six réseaux précités;

Qu'en ce qui concerne les radios indépendantes, il ressort d'une première lecture des dispositions du décret du 27 février 2003 qu'une radio indépendante ne peut se voir assigner qu'une seule radiofréquence; que selon l'article 1^{er} du décret, une radio indépendante est définie comme "le service privé de radiodiffusion sonore qui dispose d'une seule radiofréquence" (33°) alors que la radio en réseau est définie comme "le service privé de radiodiffusion sonore qui dispose d'un réseau de radiofréquences" (32°); que dans sa réponse à l'appel d'offres, le demandeur d'autorisation "précise la catégorie de radio pour laquelle il introduit une demande d'autorisation et la radiofréquence ou le réseau de radiofréquences dont il demande l'assignation" (art. 55, §1^{er}, al. 2, du décret); que si la même disposition prévoit que "le demandeur peut se porter candidat à plusieurs radiofréquences ou réseaux de radiofréquences", il doit "dans ce cas, énoncer et motiver ses préférences"; qu'enfin, l'article 105, alinéa 2, du décret prévoit que "le Collège d'autorisation et de contrôle assigne une radiofréquence à chaque radio indépendante et un réseau de radiofréquences à chaque radio en réseau"; qu'il s'ensuit qu'il est sans intérêt pour la demanderesse de postuler l'attribution d'une seule radiofréquence étant donné sa vocation de réseau de taille moyenne et les moyens financiers qui y sont liés;

Que la partie adverse répond que le décret du 27 février 2003 n'empêche pas nécessairement un éditeur de services d'obtenir plusieurs radiofréquences par le biais de plusieurs radios indépendantes; que, toutefois, la partie adverse reste en défaut de démontrer le bien-fondé d'une telle interprétation du décret, se contentant de renvoyer à l'appréciation qu'en fera le Collège d'autorisation et de contrôle lors des assignations de fréquences; qu'il est de la compétence du Conseil d'Etat de se prononcer sur l'interprétation d'un texte à valeur législative lorsqu'est mise en cause la légalité d'un arrêté réglementaire qui exécute un tel texte, sous réserve des compétences confiées à la Cour d'arbitrage qui ne sont pas en l'espèce concernées; qu'en toute hypothèse, la thèse de la partie adverse ne peut dans l'état actuel du dossier être retenue dès lors qu'elle aurait pour effet de permettre la reconstitution de réseaux de radios par le biais de la catégorie des radios indépendantes, créant de la

sorte une catégorie intermédiaire, alors que, d'une part, l'article 53 du décret prévoit qu' "il existe deux catégories d'éditeurs de services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre analogique : 1° les radios en réseau; 2° les radios indépendantes." et que, d'autre part, des conditions et des obligations spécifiques sont mises à charge des radios en réseau et non des radios indépendantes et seraient éludées par le recours à un tel système;

Considérant, en conclusion, que l'annexe 1 de l'arrêté du 31 mars 2004 précité ne constitue pas un acte préparatoire pour la demanderesse, celle-ci étant dans l'impossibilité de répondre dès maintenant à l'appel d'offres public lancé en vue de l'attribution des radiofréquences pour la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz; qu'admettre la thèse de la partie adverse reviendrait à déclarer irrecevable tout recours dirigé contre un arrêté réglementaire déterminant en tout ou en partie les conditions d'accès ou d'exercice d'une activité dans l'attente de la décision individuelle autorisant ou non l'exercice d'une telle activité;

Considérant que l'annexe 2 au même arrêté du 31 mars 2004 produit également des effets de droit en ce qu'il contient un certain nombre de règles de droit nouvelles relatives à la demande d'autorisation ainsi que cela ressort de l'exposé des faits; qu'il en va de même de l'autre arrêté du 31 mars 2004 dans la mesure où cet arrêté extrait de l'ensemble des radiofréquences disponibles pour la Communauté française celles qui sont assignables pour la radiodiffusion sonore privée en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 Mhz, dans la mesure où il fixe les caractéristiques techniques de ces fréquences et dans la mesure où certaines des radiofréquences qu'il contient ne figurent pas dans le cadastre de référence fixé par le décret du 20 décembre 2001 précité, tel que modifié par l'arrêté du 3 juillet 2003 précité; qu'en outre, ces deux textes réglementaires sont indissociables de l'annexe 1 précitée et forment un tout indivisible conformément à l'article 104 du décret; qu'il s'ensuit que la demande est recevable sur ce point;

III. Quant à l'extrême urgence

Considérant que la partie adverse soulève une seconde exception d'irrecevabilité de la demande tenant au défaut d'extrême urgence de celle-ci;

Considérant que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause, doit rester exceptionnel, et ne peut être admis qu'en cas d'imminence du péril que la procédure de suspension a pour objet de prévenir, et à la condition que le requérant

ait fait toute diligence pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'Etat dès que possible;

Considérant que, dans un premier temps, la partie adverse conteste la diligence mise par la demanderesse à introduire la présente demande; qu'elle expose que cette demande a été introduite au minimum 22 jours après que les actes attaqués aient été rendus publics par la mise en ligne au plus tard le 15 avril 2004 sur le site de la Communauté française et sur le site du CSA, cette mise en ligne ayant été signalée par plusieurs périodiques dès le 16 avril et qu'il est impossible que la demanderesse, "qui suit l'élaboration de ce plan de fréquences de très près et depuis longtemps, et qui a échangé de nombreux courriers avec la concluyente, n'ait pas été au courant de la publication des actes attaqués sur les sites du CSA et de la Communauté française";

Considérant qu'il n'existe pas de règle générale indiquant avec précision dans quel délai une telle demande doit être introduite; que ce délai dépend des circonstances de la cause et de l'imminence du péril allégué; qu'en ce qui concerne la diligence dont doit faire preuve le demandeur, l'extrême urgence doit être appréciée non seulement en raison de l'imminence de l'exécution effective de l'acte dont la suspension est demandée, mais également en fonction et de la date de la notification ou de la publication de cet acte et du caractère exécutoire de cet acte; qu'il s'ensuit que le délai dans lequel doit agir un demandeur qui introduit une demande selon la procédure d'extrême urgence ne peut prendre cours avant la notification ou la publication de l'acte attaqué; qu'en l'espèce, la demande de suspension a été introduite le 7 mai 2004, soit le neuvième jour qui suit la publication des arrêtés attaqués au Moniteur belge du 28 avril 2004; qu'un tel délai démontre à suffisance la diligence mise par la demanderesse à introduire la présente demande;

Considérant, dans un deuxième temps, que la partie adverse conteste l'imminence du péril allégué; qu'elle allègue que le péril que prétend craindre la demanderesse "est non seulement hypothétique - dès lors qu'on ne peut préjuger ni du nombre ni de la qualité des fréquences qui lui seront attribuées par le CSA - , mais encore très éloigné dans le temps" dès lors que les périls allégués "ne pourraient, dans l'hypothèse la plus défavorable à la requérante, découler que de la décision du CSA de lui refuser les fréquences ou le réseau pour lesquels elle aura postulé, et d'attribuer ces fréquences ou ce réseau à un éditeur de service concurrent";

Considérant qu'il ressort de l'examen de la première exception d'irrecevabilité que les arrêtés attaqués sont de nature à causer immédiatement grief à la demanderesse dans la mesure où ils l'empêchent dès maintenant de poser sa candidature comme radio en réseau ou comme radio indépendante; que le délai de soixante jours prévu pour introduire une telle candidature à peine d'irrecevabilité,

lequel expire le 27 juin prochain, est incompatible avec le délai dans lequel le Conseil d'Etat traite actuellement les demandes en suspension ordinaire;

Considérant que l'extrême urgence est établie;

IV. Quant aux moyens sérieux

Considérant que présente un caractère sérieux au sens de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, le moyen qui, à première vue et dans l'état du dossier, apparaît recevable et de nature à entraîner l'annulation, sans nécessiter un examen long et méticuleux inconciliable avec la notion de référé;

Considérant que la demanderesse prend un premier moyen de "la violation des formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité, et plus particulièrement de l'article 3 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, et de la sécurité juridique"; qu'elle fait grief aux arrêtés attaqués de n'avoir pas fait l'objet d'un avis de la section de législation du Conseil d'Etat; qu'elle soutient que ces arrêtés ne se bornent pas à un simple rappel de dispositions préexistantes, mais contiennent la formulation de règles de droit, dès lors qu'ils déterminent dans quelles conditions précises les radiofréquences peuvent être assignées aux éditeurs de services;

Considérant que la partie adverse répond qu'un plan de fréquences est un acte qui, une fois édicté, n'est pas susceptible d'attribution nouvelle et que, de la même manière que les cahiers des charges et les appels d'offres en matière de marchés publics ne sont pas des actes réglementaires, le second acte attaqué, qui n'établit pas un plan de fréquence mais qui fixe l'appel d'offres, n'est pas un acte réglementaire;

Considérant que le premier arrêté attaqué détermine la liste des radiofréquences assignables aux éditeurs de services privés de radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz au sein des radiofréquences disponibles en Communauté française pour la diffusion par voie hertzienne terrestre conformément à l'article 99 du décret et détermine en outre pour chaque radiofréquence ses caractéristiques techniques, à savoir les coordonnées géographiques, la hauteur de l'antenne au-dessus du sol, la valeur maximale de la puissance apparente rayonnée et le diagramme directionnel de l'antenne; que sous ces deux aspects, il revêt à première vue la nature d'un acte réglementaire au sens de l'article 3, §1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en ce qu'il a vocation à s'appliquer à l'ensemble des éditeurs de services qu'il vise et qui sont exposés de ce fait au risque de ne plus poursuivre leurs activités en raison des contraintes qu'il contient;

Considérant que l'annexe 1 du second arrêté attaqué constitue un plan de fréquences; qu'elle détermine en effet, pour les services privés de radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz, le nombre et la taille des réseaux de radiofréquences disponibles en Communauté française et le nombre et la taille des radios indépendantes; qu'un tel plan revêt à première vue la nature d'un acte réglementaire au sens de l'article 3, §1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en ce qu'il a vocation à s'appliquer de manière générale et abstraite aux candidats aux radiofréquences ainsi réparties et au Collège d'autorisation et de contrôle dans le traitement de ces candidatures;

Considérant que le premier moyen est sérieux;

Considérant que la demanderesse prend un troisième moyen de "la violation du principe de non discrimination, et plus particulièrement, des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe de proportionnalité, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe de bonne administration et d'équitable procédure, de l'article 56, §2, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion"; qu'elle fait grief aux arrêtés attaqués de ne pas permettre un traitement équitable entre les éditeurs de services, de ne pas prendre en considération l'impact de la composition de la liste de radiofréquences sur le paysage radiophonique francophone, de soumettre à un même traitement des personnes qui se trouvent dans des conditions objectivement différentes et de ne pas justifier la nécessité d'un tel traitement, pas davantage que l'examen de la situation concrète de chaque éditeur de services; qu'elle expose que la partie adverse serait bien en peine de démontrer qu'elle n'était pas en mesure de répartir les fréquences en plus de paquets, de façon à préserver la diversité culturelle et économique du paysage radiophonique et que les arrêtés querellés et leurs annexes n'assurent pas des couvertures de diffusion équilibrées et des coûts d'exploitation cohérents et proportionnés tenant compte de la réalité d'opérateurs actifs depuis de longues années en Communauté française et participant au pluralisme radiophonique;

Considérant que dans sa note d'observations, la partie adverse relève tout d'abord que nombre d'opérateurs rassemblés au sein de l'association "Radios", "qui recoupe tant les réseaux que des radios indépendantes", sont satisfaits de l'accord du 31 mars; qu'elle soutient ensuite que la répartition en six réseaux résulte de considérations techniques et tient compte du nombre de fréquences à attribuer aux radios indépendantes, du confort d'écoute nécessaire aux auditeurs et de la nécessaire pluralité dans l'offre audiovisuelle, dans le respect des recommandations du CSA du 5 novembre 2003; qu'elle affirme enfin que "même si elle est bien entendu libre de postuler pour plusieurs fréquences ou pour un ou plusieurs réseaux, la requérante ne dispose d'aucun droit acquis à se voir attribuer les mêmes fréquences ou des fréquences d'une qualité égale ou supérieure à celles qu'elle occupe aujourd'hui";

Considérant que par les arrêtés attaqués, la partie adverse a opéré des choix, dans le premier arrêté attaqué, quant au nombre de radiofréquences disponibles et quant à leurs caractéristiques techniques et, dans le second arrêté attaqué, quant au nombre et à la taille des radios en réseau et des radios indépendantes; que si l'article 56 du décret du 27 février 2003 prévoit des critères d'appréciation des demandes d'autorisation dont est saisi le Collège d'autorisation et de contrôle, il n'en va pas de même en ce qui concerne les arrêtés attaqués si ce n'est, pour le second arrêté attaqué, le respect des normes techniques fédérales ou, à défaut, internationales en la matière (art. 99 du décret);

Considérant que tout règlement doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, qui doivent résulter du dossier constitué au cours de l'élaboration de ce règlement, et sur le vu duquel les juridictions saisies d'une contestation de la régularité de ce règlement doivent être en mesure d'exercer le contrôle de légalité qui leur incombe;

Considérant que le dossier déposé contient "la recommandation relative au paysage radiophonique de la Communauté française" émise le 5 novembre 2003 par le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA et la "note au gouvernement" du 31 mars 2004;

Considérant que la recommandation précitée du 5 novembre 2003 contient l'affirmation de certains critères relatifs à "l'architecture" de ce paysage radiophonique; que le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA recommande ainsi de "réserver une proportion de l'ordre d'un tiers aux radios indépendantes", de permettre à chaque auditeur de la Communauté française de "recevoir, outre les services de la RTBF, au moins une radio en réseau généraliste, un choix de formats radiophoniques spécifiques (musicaux, thématiques ou visant des publics particuliers) et au moins une radio indépendante" et de permettre à "plusieurs schémas de rentabilité économique (de) coexister sans en privilégier un seul : une couverture "nationale" ou "communautaire" optimale, des couvertures "régionales" et des couvertures plus restreintes (dont des multivilles)", avant de conclure que "pour rencontrer l'ensemble des objectifs susmentionnés, une validation technique du plan d'agrégation doit être assurée et confiée à un expert indépendant par rapport aux enjeux directs"; que ces considérations, pour pertinentes et admissibles qu'elles soient, demeurent toutefois à un certain niveau de généralité ne permettant pas de faire le lien entre celles-ci et un plan de répartition des radiofréquences;

Considérant que la "note au gouvernement" du 31 mars 2004 produite par la partie adverse ne se réfère pas à la recommandation précitée du 5 novembre 2003 et n'en reproduit pas non plus les considérations pas plus qu'elle ne s'en inspire

contrairement à ce qui est exposé dans la note d'observations; que la répartition des radiofréquences opérée par les arrêtés attaqués s'écarte en effet sensiblement des options retenues par le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA en ce qui concerne les radios en réseau puisqu'elle ne retient que des réseaux à couverture communautaire optimale; que le gouvernement n'a pas non plus retenu la suggestion émise par le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA d'une validation technique du plan d'agrégation;

Qu'il s'ensuit que la note au gouvernement du 31 mars 2004 doit à tout le moins énoncer les motifs ayant présidé au choix opéré par celui-ci; qu'à cet égard, ladite note porte ce qui suit :

“ (...) Suite à l'appel d'offre, le CSA est en effet chargé d'octroyer ou non les autorisations aux éditeurs de services qui en font la demande et de leur assigner des radiofréquences. Il veille à cet effet à assurer une diversité du paysage radiophonique et un équilibre entre les différents formats de radios, à travers l'offre musicale, culturelle et d'information.

Le Gouvernement a cependant un rôle primordial en amont, c'est de définir au mieux le cadre initial de ce pluralisme, par la pluralité de types de radios, de programmes, d'expériences et de projets offerts aux éditeurs de la Communauté française.

La démarche doit être proactive et ouverte, non seulement sur la réalité du terrain de notre bande FM, mais aussi vis-à-vis de l'extérieur, dans le cadre de l'appel d'offres et de la procédure prévue par le décret où le rôle du CSA sera particulièrement important.

Il faut donc, d'une part, assurer une stabilité et une jouissance paisible à ceux qui sont avec le temps devenus des piliers du paysage radio francophone, d'autre part, ne pas fermer la porte à des initiatives nouvelles qui pourraient se faire jour et compléter la richesse thématique ou générale des projets proposés.

En ce sens, la plus grande ouverture doit pouvoir s'exprimer, en offrant à chaque opérateur/éditeur de services, la chance de développer son programme et son projet dans les meilleures conditions techniques possibles.

Attirons l'attention des Ministres sur le fait que le nouveau plan francophone est assez éloigné de la situation aujourd'hui en service sur le terrain.”;

Que ces considérations tout-à-fait générales ne permettent pas au Conseil d'Etat de contrôler les motifs pour lesquels la répartition des radiofréquences telle que contenue dans les arrêtés attaqués a été retenue par la partie adverse et s'écarte à ce point, en faisant référence aux mêmes critères, à savoir ceux prévus par l'article 56 du décret du 27 février 2003, de la recommandation précitée du 5 novembre 2003; que les explications données dans la note d'observations ne peuvent suppléer à la carence du dossier;

Considérant que le troisième moyen est sérieux;

V. Quant au risque de préjudice grave difficilement réparable

Considérant que la demanderesse fait valoir à ce titre que “les actes querellés, dès lors qu'ils circonscrivent les radiofréquences assignables en excluant tout réseau gérant moins de 24 radiofréquences, rendent impossible toute candidature par la requérante. La requérante se voit, par conséquent, privée de la possibilité de maintenir son réseau actuel et, partant, l'accès du public à ses programmes, par l'atteinte portée par les actes querellés et leurs annexes à une liberté non moins fondamentale que la liberté d'expression. En effet, unique éditeur d'information continue, la requérante voit son existence niée par les arrêtés querellés qui l'empêchent de subsister et de raisonnablement soumissionner. Ainsi, les actes querellés portent-ils directement atteinte au principe fondamental de la liberté d'expression et de communication consacré par l'article 19 de la Constitution et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, la subsistance de la requérante ne peut être assurée par une postulation des fréquences indépendantes, qui doivent satisfaire chacune à la condition décrétole d'assurer un minimum de 70 % de production propre, ce qui est, par nature, inconciliable avec le produit radiophonique de la requérante. Pour diffuser sur trois fréquences indépendantes, ce qui constitue le minimum de fréquences nécessaires à sa viabilité (la requérante diffuse aujourd'hui sur six fréquences), la requérante devrait fournir trois programmes différents afin de satisfaire à chaque fois pour chacune des fréquences à l'exigence de 70 % de production propre. L'exécution des arrêtés querellés rend impossible et vain le dépôt d'une demande d'autorisation de la requérante en qualité de radio en réseau ou de radio indépendante.”;

Considérant que la partie adverse répond tout d'abord que le péril que prétend craindre la demanderesse “est non seulement hypothétique - dès lors qu'on ne peut préjuger ni du nombre ni de la qualité des fréquences qui lui seront attribuées par le CSA - , mais encore très éloigné dans le temps” dès lors que les périls allégués “ne pourraient, dans l'hypothèse la plus défavorable à la requérante, découler que de la décision du CSA de lui refuser les fréquences ou le réseau pour lesquels elle aura postulé, et d'attribuer ces fréquences ou ce réseau à un éditeur de service concurrent”; qu'elle soutient ensuite que “le seul préjudice qui pourrait être causé à la requérante par l'acte attaqué serait de ne pas pouvoir postuler pour certaines des fréquences qu'elle utilise actuellement (en partie illégalement), dès lors que certaines de ces fréquences ne sont pas reprises dans le plan (et pour cause, puisqu'elles sont illégales), et que d'autres fréquences (106.7 à Liège et 104.9 à Mons) sont attribuées à des réseaux différents (R6 pour Liège et R5 pour Mons). En d'autres termes, il résulte de l'acte attaqué que la requérante, comme la plupart des éditeurs de services, devra, après la décision du CSA, changer ses fréquences. On ne peut, sans préjuger de la décision du CSA, déterminer la ou les fréquences qu'obtiendra la requérante. La

requérante énonce que "seul un recours en extrême urgence est de nature à préserver les droits de la requérante" (p. 19 de la demande de suspension). Or, il n'existe évidemment aucun droit acquis au maintien de la situation actuelle, auquel cas l'opération d'attribution des fréquences dans le respect du principe d'égalité et sur la base des critères objectifs (et non contestés) fixés dans le décret et dans le cahier des charges n'aurait aucun sens (voy. la recommandation du CSA du 5 novembre 2003, p. 2). Dès lors que la requérante ne dispose d'aucun droit acquis au maintien de ses fréquences actuelles, et donc à la possibilité de pouvoir postuler pour un paquet de fréquences correspondant à ses fréquences actuelles, l'obligation de devoir postuler pour des fréquences en partie différentes ne peut être qualifiée de grave. On ne peut qualifier de grave l'atteinte portée à un droit - celui de conserver ses fréquences actuelles - qui n'existe pas.”;

Considérant qu’il ressort de l’examen relatif à la nature des arrêtés attaqués que le risque de préjudice allégué par la demanderesse, à savoir l’impossibilité pour elle de répondre à l’appel d’offres lancé par le second arrêté attaqué et dès lors l’impossibilité de poursuivre ses activités de radiodiffusion sonore, est établi dans l’état actuel du dossier; qu’il est grave et difficilement réparable dès lors qu’il affecte l’existence même de la demanderesse;

VI. Conclusion

Considérant que les conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que soit accueillie une demande de suspension, sont réunies;

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de :

- l’arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 31 mars 2004 “arrêtant la liste des radios fréquences assignables aux éditeurs de services, accompagnées de leurs caractéristiques techniques pour la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz”, et de
- l’arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 31 mars 2004 “fixant l’appel d’offres pour l’attribution des radiofréquences pour la diffusion de

service de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre”,
tous deux publiés au Moniteur belge du 28 avril 2004, deuxième édition;

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre des référés, le dix-neuf mai deux mille quatre, par :

M. NIHOUL,	président de chambre f.f.,
Mme VAN HOVE,	greffier.

Le Greffier,	Le Président f.f.,
--------------	--------------------

F. VAN HOVE.

P. NIHOUL.