

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 151.646 du 23 novembre 2005

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 & V. OST, avocats,
chaussée de la Hulpe 177/6
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 25 juin 2004 par la S.A. Société de Diffusion BFM PLUS, qui demande l'annulation 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 l'arrêt n° 131.616 du 19 mai 2004 ordonnant la suspension;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 7 juin 2005 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire du requérant;

Vu l'ordonnance du 12 octobre 2005, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 9 novembre 2005;

Entendu, en son rapport, M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me E. JACUBOWITZ, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et Me V. OST, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit:

La demanderesse est un éditeur de services privés de radiodiffusion sonore au sens du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, c'est-à-dire «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. WLBB (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», à savoir 101.4 MHz à Charleroi, 101.9 MHz à Louvain-la-Neuve et Wavre, et 107.1 MHz à Mons. Elle édite des programmes d'information continue et générale essentiellement en décrochage depuis Paris et moyennant trois plages horaires d'informations belges de 7h

à 9.40 h, de 12 h à 13 h et de 16.45 h à 19.30 h du lundi au vendredi. Elle constitue actuellement en Communauté française le seul 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).

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 l'arrêté royal du 10 janvier 1992 réglementant la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz, pris en exécution de la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications, organise une procédure de coordination obligatoire entre les communautés en vue de l'utilisation de la bande 87.5-108 MHz. Cet arrêté royal et la mise en oeuvre de cette procédure de coordination ont suscité divers litiges encore pendants 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.

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 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).

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'offres 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;

(...).»;

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, 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.

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, dont le nombre va de 24 à 39. 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 radiofréquences. 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 relatives 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.

Considérant que la requérante 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 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 un caractère réglementaire en ce sens qu'il a vocation à s'appliquer à l'ensemble des éditeurs de services qu'il vise en des termes généraux et qui sont exposés de ce fait au risque de ne plus poursuivre leurs activités en raison des contraintes qu'il contient; qu'à ce titre il est susceptible de faire l'objet d'une recours en annulation auprès du Conseil d'Etat, en tant

que règlement d'une autorité administrative; que, toutefois, cet arrêté ne comporte, outre une disposition relative à son entrée en vigueur et celle qui charge le ministre compétent de son exécution, qu'un article rédigé comme suit:

«Conformément à l'article 99 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, le Gouvernement arrête la liste radios fréquences assignables aux éditeurs de services, accompagnée de leurs caractéristiques techniques.

La liste comprend pour chaque radios fréquence les coordonnées géographiques, la hauteur d'antenne par rapport au sol, la valeur maximale de la puissance apparente rayonnée et les atténuations imposées.»;

Considérant que cette disposition ne constitue qu'un rappel partiel de la teneur de l'article 99 du décret du 27 février 2003; que la liste que comporte l'arrêté contient l'indication, pour chaque station, de sa fréquence, de ses coordonnées géographiques, de sa puissance, de la hauteur de l'antenne au dessus du sol et de son diagramme directionnel établi de 10 en 10 degrés pour la totalité de son pourtour; que s'il est indéniable que ce document produit des effets de droit en ce sens qu'il conditionne la validité des décisions ultérieures assignant des fréquences, il ne contient toutefois la formulation d'aucune règle de droit, et, à ce titre, il ne constitue pas un «arrêté réglementaire» au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; qu'en tant qu'il est dirigé contre le premier arrêté attaqué, le moyen n'est pas fondé;

Considérant que second arrêté attaqué ne contient, outre le fixant vigueur et l'exécutoire, qu'un article rédigé comme suit:

«Conformément à l'article 104 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, le Gouvernement publie un appel d'offres au Moniteur belge pour l'attribution des radiofréquences pour la radiodiffusion sonore en mode analogique. L'appel d'offres comprend les éléments suivants :

1. La liste des radiofréquences assignables aux éditeurs de services, accompagnée de leurs caractéristiques techniques. La liste identifie les radiofréquences assignables aux radios indépendantes et les réseaux de radio fréquences assignables aux radios de réseaux telle que reprise en Annexe 1 du présent arrêté.

2. Le cahier des charges tel que repris à l'Annexe 2 du présent arrêté.»;

Considérant que, par elle-même, cette disposition n'est qu'un rappel de l'article 10 du décret; que le cahier des charges annexé à cet arrêté récapitule une série de conditions auxquelles, en vertu du décret, les demandeurs d'autorisation doivent satisfaire et, en son point A, al. 2, détermine le 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»; qu'il s'en déduit de la combinaison de l'arrêté et de cette disposition de son annexe que ces dispositions organisent un appel d'offre produisant ses effets une seule fois, et que sa portée est d'engager une procédure d'attribution des fréquences; que si cet acte a des effets de droit, ceux-ci sont appelés à s'épuiser par la mise en œuvre de la procédure d'appel d'offres qu'il engage; qu'à défaut de contenir des règles permanentes, susceptibles de s'appliquer à un nombre indéterminé de situations, il est dépourvu du caractère de généralité qui caractérise le règlement; qu'il ne devait, en conséquence, pas être soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat; qu'en tant qu'il est dirigé contre le second acte attaqué, le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation des formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité, et plus particulièrement de l'article 2, al. 1^{er}, de l'arrêté royal du 10 janvier 1992 réglementant la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5 MHz-108 MHz, et de la sécurité juridique, en ce que la partie adverse a négligé d'introduire une demande de coordination auprès de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications lors de l'élaboration du nouveau plan de fréquences, alors que la disposition précitée impose à la Communauté qui se propose d'élaborer un nouveau plan de fréquences ou d'apporter une modification à son plan de fréquences, d'introduire une demande de coordination auprès de l'IBPT qui, selon le cas, procède à une coordination avec les autres Communautés, la Régie des voies aériennes et les administrations étrangères;

Considérant qu'il n'est pas allégué et qu'il ne ressort pas du dossier que les arrêtés attaqués auraient été soumis à la coordination prescrite par l'article 2 de l'arrêté royal du 10 janvier 1992 réglementant la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5 MHz - 108 Mhz; que le moyen est fondé;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner le troisième moyen qui, à le supposer fondé, ne pourrait entraîner une annulation aux effets plus étendus,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Sont annulés :

1°) 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» à l'égard de la S.A. Société de Diffusion BFM PLUS.

2°) 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».

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Le surplus de 175 euros, indûment acquitté par la partie requérante, sera remboursé à celle-ci par l'administration de l'enregistrement et des domaines.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le vingt-trois novembre deux mille cinq par :

M. LEROY,	président de chambre,
M. QUERTAINMONT,	conseiller d'Etat,
M. KOVALOVSKY,	conseiller d'Etat,
M. DJERBOU,	greffier assumé.

Le Greffier ass.,

Le Président,

S. DJERBOU.

M. LEROY.