

A R R E T

n° 185.202 du 7 juillet 2008

A. 188.742/XV-759

En cause :

la s.a. JOKER FM,

ayant élu domicile chez
Me Fr. TULKENS, avocat,
chaussée de la Hulpe 177
1170 Bruxelles,

contre :

**le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel
de la Communauté française.**

ayant élu domicile chez
Me B. REULIAUX, avocat,
avenue de Clerlande 3
1340 Ottignies,

Partie intervenante:

la s.a. NRJ,

ayant élu domicile chez
Me D. RENDERS, avocat,
avenue Winston Churchill 253
1180 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA XV^e CHAMBRE SIEGEANT EN RÉFÉRÉ,

Vu la demande introduite par télécopie le 27 juin 2008 par la société anonyme JOKER FM, qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution:

- de la décision du Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel du 17 juin 2008, qui décide de «n'attribuer à JOKER FM S.A. aucun des réseaux de radiofréquences visés dans sa demande et, partant, de ne pas l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore Mint par voie hertzienne terrestre analogue»;
- par voie de conséquence, de la décision prise à la même date par le même Collège «d'attribuer le réseau de fréquences C4 à la s.a. NRJ Belgique qui a proposé le programme NRJ»;
- et de la décision prise à la même date par le même Collège «relative à l'évaluation globale du projet d'assignation quant aux objectifs de pluralisme et de diversité»;

Vu l'ordonnance du 30 juin 2008 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le mercredi deux juillet 2008 à 14 heures;

Vu le dossier administratif et la note d'observations déposés à l'audience par la partie adverse;

Vu la requête déposée à l'audience du 2 juillet 2008 par laquelle la s.a. NRJ demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure;

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

Entendu, en leurs observations, Me Fr. TULKENS, avocat, comparaisant pour la requérante, Mes Fr. JONGEN et B. REULIAUX, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et Mes D. RENDERS et A. MAQUA, avocats, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis contraire, M. JANS auditeur au Conseil d'Etat;

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

I. Les faits de la cause

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit:

1. La société requérante diffuse le programme de radio «Mint», dénomination dont elle exploite la marque.

Plus précisément, il ressort du dossier administratif soumis au Conseil d'Etat que les réseaux «Contact Gold» et «Joker FM» ont fusionné en 1999 sous le nom de «Contact 2», réseau à son tour fusionné avec «BXL» en janvier 2007 et rebaptisé «Mint».

Il ne semble par ailleurs pas contesté que les sociétés qui, comme la requérante JOKER FM, exploitent un réseau de radiofréquences le font sans fondement légal et sans aucune autorisation.

La requérante a toutefois obtenu, en date du 14 décembre 2005 et pour le programme «Contact 2» une autorisation du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (ci-après le CSA), mais qui est sans rapport avec le plan radiophonique de fréquences analogiques en cause. Cette autorisation vise en effet la diffusion par d'autres moyens

que la voie hertzienne terrestre analogique, telles que la diffusion par Internet ou la diffusion des émissions par câble.

2. La requérante expose, à l'appui de sa requête, que le programme Mint est actuellement diffusé sur 29 fréquences hertziennes analogiques réparties dans les principales villes de la Communauté française et précise que ce programme «se caractérise par un projet original et innovant, unique dans le domaine des radios privées, à savoir une radio pop/rock pour un public adulte de la tranche 25-44 ans (sans exclusivité), contemporain et actif, désireux aussi de bénéficier d'informations, de découvertes et de nouveautés». En très peu de temps, ajoute la requérante, Mint a acquis un public significatif -plus de 120.000 auditeurs par jour- correspondant au public recherché.

3. Le 21 décembre 2007, le Gouvernement de la Communauté française a adopté, en application du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, neuf arrêtés (publiés au *Moniteur belge* du 22 janvier 2008), dont l'un fixe la liste des radiofréquences assignables aux éditeurs de services et un autre l'appel d'offres pour l'attribution des radiofréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne.

En particulier, l'arrêté du 21 décembre 2007 fixant l'appel d'offres distingue une série de fréquences assignables à des radios indépendantes et des fréquences assignables à des radios en réseau. Sont établis quatre réseaux de radiofréquences à structure communautaire, dénommés C1, C2, C3 et C4, ainsi que deux réseaux de radiofréquences à structure urbaine, dénommés U1 et U2. Autrement dit, l'on passe d'une dizaine de réseaux existant illégalement à six réseaux légalement autorisables. Les autorisations sont octroyées pour une période de neuf ans et les offres doivent être déposées pour le 22 mars 2008 au plus tard, un demandeur pouvant se porter candidat pour plusieurs radiofréquences, en énonçant et motivant dans ce cas ses préférences.

4. Le 21 mars 2008, la société requérante a déposé une demande d'autorisation sollicitant l'attribution, par ordre de préférence, du lot C4 (réseau communautaire) et du lot U2 (réseau urbain).

Au total, le CSA a été saisi à la date du 22 mars 2008 de 163 dossiers de candidature émanant d'éditeurs de programmes de radiodiffusion.

5. Par une délibération du 24 avril 2008, le CSA a qualifié le projet de JOKER FM de «radio généraliste».

Le 17 juin 2008, le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA a toutefois décidé de n'attribuer à la requérante aucun des deux réseaux qu'elle avait sollicités et

partant de ne pas l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore «Mint» par voie hertzienne terrestre analogique.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué à titre principal devant le Conseil d'Etat et qui a été notifiée à la requérante par courrier recommandé daté du 18 juin, est motivée ainsi qu'il suit:

« **Collège d'autorisation et de contrôle**
Décision du 17 juin 2008

Le Collège d'autorisation et de contrôle a été saisi d'une demande d'autorisation par Joker FM S.A. pour l'édition d'un service de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne (dossier n/ 149).

Vu le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion et en particulier ses articles 7, 54, 55, 56, 104 et 105;

Vu l'arrêté du gouvernement de la Communauté française du 21 décembre 2007 fixant l'appel d'offres pour l'attribution des radiofréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne;

Vu la recommandation du Collège d'autorisation et de contrôle du 14 février 2008 relative à la diversité et à l'équilibre des formats de radios dans le traitement des offres en application de l'article 56 alinéa 2 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion;

Vu la recommandation du Collège d'autorisation et de contrôle du 29 avril 2007 relative à la diversité du paysage radiophonique et à l'accès au public à une offre plurielle en radiodiffusion sonore;

Vu la demande de Joker FM S.A. qui a postulé, dans son dossier, l'attribution, par ordre de préférence des lots identifiés ci-après, associés chacun à une zone en fonction de la recommandation susmentionnée du 14 février 2008:

1. C4 (réseaux communautaires)
2. U2 (réseaux urbains)

Vu la délibération du Collège d'autorisation et de contrôle du 17 avril 2008 déclarant recevable le dossier du demandeur;

Après examen des pièces et éléments d'information transmis par le demandeur;

Après examen des pièces et éléments d'information transmis par les autres candidats à l'assignation de ces lots;

Vu les motifs exposés dans la délibération du Collège d'autorisation et de contrôle du 17 juin 2008;

Le Collège décide de n'attribuer à Joker FM S.A. aucun des réseaux de radiofréquences visés dans sa demande et, partant, de ne pas l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore Mint par voie hertzienne terrestre analogique.

Fait à Bruxelles, le 17 juin 2008.
Marc Janssen
Président».

6. A la date du 18 juin 2008, la requérante a également reçu notification d'un extrait du procès-verbal de la réunion du Collège d'autorisation et de contrôle du CSA du 17 juin 2008, justifiant la décision de n'attribuer à JOKER FM aucun des réseaux de radiofréquences visées dans sa demande.

Ce procès-verbal porte notamment ce qui suit:

« Extrait du Procès-verbal de la réunion du Collège d'autorisation et de contrôle du CSA du 17 juin 2008

(...)

Considérant que, pour la zone "Réseaux communautaires", la recommandation du 14 février 2008 prévoit l'attribution des lots aux formats généralistes, en assurant un équilibre des publics cibles en termes d'âges, tout en tenant compte des critères définis par le Collège dans la Recommandation du 29 août 2007;

Considérant que pour la zone "réseaux urbains", la recommandation du 14 février 2008 prévoit l'attribution des lots soit à des formes à tendance généraliste, soit à des formes visant certains publics présents en milieu urbain;

Considérant que, par délibération du 24 avril 2008, le Collège d'autorisation et de contrôle a qualifié le projet du demandeur du profil "radio généraliste" tel que défini dans la recommandation du 14 février 2008 tant au titre de profil primaire qu'au titre de profil secondaire, en raison des éléments suivants observés dans le dossier du demandeur :

- Plan financier basé sur des budgets importants (> 300.000€/an) et provenant des ressources publicitaires;
- Absence de ciblage géographique;
- Ciblage modéré et non exclusif d'une tranche de public (âge, trait culturel, catégorie socioprofessionnelle, sans en exclure d'autres);
- Vocation globale et grand public;
- Présence d'une programmation musicale majoritairement généraliste;
- Importance de l'information générale (notamment présence de bulletins horaires);
- Structure décisionnelle fortement centralisée en matière de programmation;

Considérant que le demandeur dispose donc du profil correspondant à celui ou à l'un de ceux des réseaux dont il postule l'attribution;

Considérant toutefois que le capital du demandeur est détenu à 99% par le Holding Radio H, qui détient déjà par ailleurs 99% des parts du capital des candidats INADI et Cobelfra, auxquels ont été attribués les réseaux C1 et C2; que ces candidats exercent déjà ensemble une position significative par l'audience; que Radio H exerce également une position significative par la détention de capital; qu'il appartient au Collège, conformément à l'article 7 du décret du 27 février 2003, de mettre tout en oeuvre pour prévenir que de telles positions significatives puissent porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion;

Considérant que l'impact sur le public et le marché de l'effet de groupe dont bénéficient les candidats INADI et Cobelfra doit être qualifié de fort: que cet impact, comme il a été exposé dans la délibération relative à l'évaluation globale du projet d'attribution quant aux objectifs de pluralisme et de diversité adoptée ce jour par le Collège, justifie de ne pas retenir la candidature de la S.A. Joker FM;

Considérant surabondamment que l'examen des candidatures à l'assignation du réseau C4 fait apparaître, à la lumière de fiches d'évaluation établies par les services du CSA, un avantage en faveur de NRj; que le dossier de ce candidat présente des qualités supérieures à celles du dossier du demandeur, notamment en terme de promotion des oeuvres musicales des artistes de la Communauté française, d'originalité, d'indépendance de l'information, de pertinence dans les plans financiers et de garanties assurant la viabilité économique; que, conséquemment, le dossier NRj Belgique S.A. a été préféré pour l'attribution de ce réseau;

Considérant la délibération du Collège d'autorisation et de contrôle du 17 juin 2008 relative au pluralisme et à la diversité de l'offre radiophonique résultant du projet d'assignation, qui conclut qu'une solution n'attribuant au demandeur aucun réseau de radiofréquences ne fait pas obstacle, compte tenu des possibilités concrètes résultant du décret, de l'appel d'offres et des candidatures qui ont été reçues, à un équilibre raisonnable au regard des objectifs de pluralisme et de diversité inscrits aux articles 7 et 56 du décret du 27 février;

Le Collège décide de n'attribuer à Joker FM S.A. aucun des réseaux de radiofréquences visées dans sa demande et, partant, de pas l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore Mint par voie hertzienne terrestre analogique».

7. A la même date du 17 juin 2008, le Collège du CSA a par ailleurs décidé d'attribuer le réseau de fréquences C4 à la s.a. NRJ Belgique, qui avait proposé le programme «NRJ», et de ne pas du tout attribuer le réseau U2, aucune des candidatures en lice n'ayant été retenue.

Enfin, le même Collège a pris le 17 juin une décision relative à «l'évaluation globale du projet d'assignation quant aux objectifs de pluralisme et de diversité».

La société requérante JOKER FM indique qu'elle conteste également ces décisions, bien qu'elle n'en dispose pas et qu'elle n'en connaisse la motivation que de manière indirecte par les motifs figurant dans la décision attaquée à titre principal;

II. Le recours à la procédure d'extrême urgence

Considérant que la partie intervenante conteste le recours à la procédure d'extrême urgence, en faisant valoir qu'une telle procédure limite très largement les droits de la défense et que l'extrême urgence ne se justifierait que si, à partir du 22 juillet 2008, la requérante ne pourrait plus émettre alors qu'elle émettait depuis deux ans et demi; qu'au contraire, souligne l'intervenante, la requérante émettait jusqu'ici en ondes hertziennes sans la moindre autorisation du CSA; qu'elle en déduit que seule doit être prise en compte la circonstance que la requérante entendait émettre, mais ne pourra pas émettre immédiatement, ce qui, en soi ne saurait justifier, selon l'intervenante, le recours à la procédure d'extrême urgence; qu'en effet, la requérante ne saurait valablement prétendre « perdre » une autorisation d'émission qu'elle n'a jamais obtenue régulièrement;

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 en effet 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 la partie requérante ait fait toutes diligences pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'Etat dès que possible;

Considérant qu'en l'espèce, la société requérante justifie le recours à la procédure d'extrême urgence par la date de prise d'effet dans un délai de trente jours des décisions attaquées -c'est-à-dire l'obligation qui lui incombe de cesser le 21 juillet 2008 à minuit toute diffusion sur les fréquences jusqu'ici utilisées-, ainsi que par la circonstance qu'elle a reçu le 20 juin la décision qui lui cause grief et qu'en sept jours elle a réuni son conseil d'administration et a consulté des conseillers juridiques spécialisés pour rédiger un recours en extrême urgence et tenter d'obtenir du CSA de plus amples informations quant aux décisions non notifiées;

Considérant que la requérante a ainsi justifié dans sa requête, de manière suffisamment concrète, l'extrême urgence invoquée; que compte tenu de la durée prévisible d'une procédure ordinaire en suspension, celle-ci serait probablement inapte à atteindre le but recherché par la requérante, c'est-à-dire poursuivre les activités du programme de radio dénommé Mint à dater du 22 juillet prochain; que le recours à la procédure d'extrême urgence ne saurait être appréciée comme le soutient l'intervenante à l'aune d'une situation d'émission radiophonique en ondes hertziennes qui existerait régulièrement ou non; que le seul effet de la demande de la requérante n'est pas de rétablir une situation illégale; que s'il est vrai qu'à l'instar d'autres éditeurs de service de radiodiffusion ou de bon nombre de radios indépendantes, la requérante exerçait jusqu'ici son activité de manière illégale, avant que le Gouvernement de la Communauté française ne mette en oeuvre une procédure d'appel d'offres en vue de mettre fin à une situation de non-droit qu'elle avait tolérée, les actes attaqués sont néanmoins le fruit d'une procédure complexe qui a pour objectif de réguler l'attribution des radiofréquences marquée par un vide juridique de plus de dix ans, qu'il s'ensuit que l'extrême urgence est en l'espèce établie;

III. L'intérêt à agir

Considérant que l'intervenante conteste l'intérêt au recours de la requérante, celle-ci ayant lié cet intérêt à l'absence de toute autorisation d'émettre en ondes hertziennes alors qu'elle avait postulé pour le réseau C4 et pour le réseau U2; que l'intervenante relève qu'à l'heure actuelle, le réseau de fréquence U2 n'a pas été attribué et pourrait parfaitement encore être attribué à la requérante; qu'elle souligne qu'un récent projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française relatif à

cette problématique (et examiné en urgence le 2 juillet par la section de législation du Conseil d'Etat) témoigne de ce que les autorités publiques entendent attribuer le réseau en cause dans les plus brefs délais; que l'intervenante en déduit que les considérations sur base desquelles la partie requérante croit pouvoir démontrer son intérêt au recours sont erronées;

Considérant que l'exception est liée au fond, puisque dans le développements de ses moyens, spécialement le premier, la requérante soutient que la partie adverse se devait d'examiner si l'octroi du réseau U2 au projet Mint pouvait porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion; qu'à l'appui de son second moyen, la requérante fait également valoir que la décision du 17 juin 2008 lui refusant tout réseau est directement liée à celle attribuant le réseau C4 au projet NRJ, réseau pour lequel elle avait présenté une offre; qu'en outre, la circonstance évoquée par l'intervenante selon laquelle la requérante conserve une chance d'être encore retenue pour l'attribution du réseau U2, à la suite d'un second appel d'offres, est un événement futur et aléatoire qui n'était pas connu à la date de l'intervention des actes attaqués;

IV. Le dossier administratif

Considérant que la partie adverse a déposé à l'audience un dossier administratif, qui contient une pièce, n/ 30, pour laquelle elle demande au Conseil d'Etat de l'«assortir d'une clause de confidentialité»; qu'il s'agit de l'ensemble du dossier de candidature de la s.a. NRJ pour laquelle est intervenue la décision du CSA qui constitue le deuxième acte attaqué; que sans qu'il soit besoin d'examiner si ce dossier de candidature relève bien du «secret des affaires», cette pièce n/ 30 n'apparaît pas, à ce stade, utile à la solution du litige, compte tenu notamment de la production au Conseil d'Etat du procès-verbal n/ 2008-16 de la réunion du 17 juin 2008 du Collège d'autorisation et de contrôle (pièce n/ 26 du dossier), lequel procès-verbal comporte suffisamment d'informations au sujet de la candidature de la s.a. NRJ; que la pièce n/ 30 peut dès lors être soustraite à la consultation des parties, sans que ne soient affectés la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable, et ce sans préjudice de son caractère confidentiel ou non, qui pourrait être examiné à un autre stade de la procédure; que la requérante n'émet pas d'objection quant à cette manière de procéder;

V. Exposé des moyens

Considérant qu'à l'appui de son recours, la requérante prend un premier moyen de «la violation des articles 7 et 56 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, de l'erreur de droit, de la violation des principes de bonne administration, e(n) particulier du devoir de minutie

(*zorgvuldigheidsplicht*), de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la violation de l'article 1.2 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 21 décembre 2007 fixant l'appel d'offres pour l'attribution de radiofréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne, et de l'article 14 du cahier des charges repris à l'annexe 2-a dudit arrêté, de l'absence de motivation adéquate et circonstanciée»;

Considérant que dans une première branche de son moyen, la requérante rappelle que les dispositions visées au moyen imposent d'assurer une diversité du paysage radiophonique et qu'à cet effet, l'article 7 du décret du 27 février 2003 organise une procédure, que la décision attaquée à titre principal n'a pas du tout respectée, ni même initiée; qu'en effet, le constat opéré par cette décision d'une «position significative susceptible de porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion» nécessitait de respecter la procédure mise en place depuis 2003 pour régler toute situation de position significative; qu'à cet égard, la requérante fait grief au Collège de la partie adverse d'avoir refusé purement et simplement les demandes de réseau qu'elle avait introduites, alors qu'il aurait dû mettre en oeuvre la procédure de l'article 7 précité avant de se prononcer; qu'elle reproche également à la décision attaquée à titre principal de ne contenir aucune motivation sur cette dispense d'application de l'article 7 du décret;

Considérant que dans une seconde branche de son moyen, la requérante soutient que le constat d'une position significative n'aboutit pas, ni *in abstracto*, ni dans le cas d'espèce, à une atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans le service de radiodiffusion; qu'elle s'en explique en soulignant qu'à l'évidence le seul fait du dépassement de certains seuils ne peut justifier le constat d'une situation de «position significative» au sens de l'article 7 du décret et qu'il ne suffit pas d'avoir un actionnariat directement ou indirectement commun, en tout ou en partie, pour en déduire *ipso facto* une atteinte au pluralisme des offres radiophoniques; que la requérante conclut que la partie adverse se devait d'examiner si, outre l'octroi des réseaux C1 et C2, l'octroi du réseau C4 ou U2 au projet Mint pouvait porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion;

Considérant qu'un second moyen de la requête est pris de «l'erreur de la violation (*sic*) des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la violation de l'article 1.2 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 21 décembre 2007 fixant l'appel d'offres pour l'attribution des radiofréquences pour la diffusion des services de

radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne, et de l'article 14 du cahier des charges repris à l'annexe 2-a dudit arrêté, de l'absence de motivation adéquate et circonstanciée, et de l'erreur manifeste d'appréciation»; que la requérante fait valoir que la première décision attaquée ne satisfait pas à l'obligation légale de motivation adéquate, en fait et en droit, de toute décision administrative, exigence de motivation «renforcée» par l'article 14 de l'annexe a-2 du cahier des charges arrêté par la Communauté française et qui impose au Collège d'autorisation et de contrôle de motiver de manière «circonstanciée» toute décision de rejet d'une demande; qu'elle estime qu'en l'espèce, le résultat de la comparaison du projet de la requérante et de celui de NRj aboutit à des clauses de style, sans autre précision, puisqu'il est renvoyé

à des fiches d'évaluation dont le contenu n'est pas détaillé et que ne sont pas étayées les affirmations selon lesquelles le dossier de NRj présente des qualités supérieures à celles du dossier du demandeur;

VI. La recevabilité de la demande au regard de la pluralité des actes attaqués

Considérant qu'à la différence des griefs qu'elle adresse à l'encontre des premier et deuxième acte attaqués, qui paraissent être liés, la société requérante n'apporte dans le développement de ses moyens aucune critique concrète dirigée contre le troisième acte attaqué, c'est-à-dire la délibération du Collège d'autorisation et de contrôle du CSA du 17 juin 2008 procédant à une évaluation de la diversité et de l'équilibre entre les différents formats à travers l'offre musicale, culturelle et d'information, et à une évaluation quant à l'objectif de pluralisme de l'offre; qu'elle ne soutient aucunement que cet acte serait illégal, tandis que le risque de préjudice qu'elle invoque dans sa requête ne peut aucunement être imputé à cette délibération, qui paraît être intervenue à un stade préparatoire à celui des décisions attaquées à titre principal; que la requérante, qui n'a pas joint cette délibération à sa requête, indique d'ailleurs qu'elle n'en dispose pas et qu'elle n'en connaît la substance que de manière indirecte par la motivation figurant dans la première décision attaquée; qu'il s'ensuit que l'intérêt de la requérante se limite à obtenir la suspension de l'exécution des seuls deux premiers actes attaqués, qui lui font directement grief, et que la demande de suspension est par contre irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre la délibération précitée du 17 juin 2008 du Collège d'autorisation et de contrôle du CSA et présentée par la requérante comme étant le troisième acte attaqué;

VII. Examen du caractère sérieux (ou non) des moyens

Considérant qu'il est important de rappeler 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 d'extrême urgence;

Considérant en ce qui concerne le premier moyen, que l'article 7 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, dont la requérante invoque le non-respect par la partie adverse, dispose comme suit:

« §1^{er}. L'exercice d'une position significative dans le secteur de l'audiovisuel par un éditeur de services autorisé ou un distributeur de services déclaré en vertu du présent décret, ou par plusieurs de ceux-ci contrôlés directement ou indirectement par un actionnaire commun, ne peut porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion.

Par offre pluraliste, il faut entendre une offre médiatique à travers une pluralité de médias indépendants et autonomes reflétant la diversité la plus large possible d'opinions et d'idées.

§2. Lorsque le Collège d'autorisation et de contrôle constate l'exercice d'une position significative, il engage une procédure d'évaluation du pluralisme des offres dans les services de radiodiffusion ou distribués par les personnes morales visées au § 1^{er}.

Le Collège d'autorisation et de contrôle constate l'exercice d'une position significative notamment:

1/ (...)

2/ Lorsqu'une personne physique ou morale, détenant plus de 24 p.c. du capital d'un éditeur de services de radiodiffusion sonore, détient, directement ou indirectement, plus de 24 p.c. du capital d'un autre service de radiodiffusion sonore de la Communauté française;

3/ Lorsque l'audience cumulée de plusieurs éditeurs de services de radiodiffusions sonore atteint 20 p.c. de l'audience totale des éditeurs de services de radiodiffusion sonore de la Communauté française et que ces éditeurs de services de radiodiffusion sonore sont détenus directement ou indirectement, majoritairement ou minoritairement, par une même personne physique ou morale;

4/ Lorsque l'audience cumulée de plusieurs éditeurs de services de radiodiffusion sonore atteint 20 p.c. de l'audience totale des services de radiodiffusion sonore de la Communauté française et que ces éditeurs de services de radiodiffusion sonore sont détenus directement ou indirectement, majoritairement ou minoritairement, par une même personne physique ou morale;

§3. Si au terme de son évaluation le Collège d'autorisation et de contrôle constate une atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste, il notifie ses griefs à la ou aux personne(s) morale(s) concernée(s) et engage avec elle(s) une concertation afin de convenir de mesures permettant le respect du pluralisme de l'offre.

§4. Si la concertation n'aboutit pas à la conclusion d'un protocole d'accord dans un délai de six mois ou si ce protocole n'est pas respecté, le Collège d'autorisation et de contrôle peut prendre les sanctions visées à l'article 156.

§5. Dans le cadre de la procédure visée au présent article, le Collège d'autorisation et de contrôle peut consulter le Service ou le Conseil de la Concurrence».

qu'en application de cette disposition, qui impose des mesures en vue de surveiller les «positions significatives», le règlement d'ordre intérieur du CSA, adopté le 11 juin 2003, a fixé, en son article 48, la procédure interne suivante:

« § 1er. Lorsque le Collège d'autorisation et de contrôle est saisi par le bureau ou se saisit d'office d'une demande d'évaluation du pluralisme de l'offre dans les services de radiodiffusion, le président peut désigner un rapporteur choisi parmi ses membres. Dans les trois mois, le rapporteur remet des conclusions sur l'exercice d'une position significative dans le secteur de l'audiovisuel.

§ 2. Si le Collège d'autorisation et de contrôle constate l'exercice d'une position significative dans le secteur de l'audiovisuel, le président invite le rapporteur à remettre, dans les trois mois, des conclusions complémentaires sur l'atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste.

§ 3. Si le Collège d'autorisation et de contrôle constate une atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste :

- il notifie ses griefs à la ou les personnes morales concernées et engage avec elle(s) une concertation;
- le rapporteur organise la procédure de concertation et favorise la recherche et la conclusion d'un accord sur les mesures permettant le respect du pluralisme de l'offre. Les représentants de la ou des personnes morales concernées doivent avoir la capacité à conclure un protocole d'accord;
- à l'issue de la procédure de concertation et dans un délai ne dépassant pas six mois, le protocole d'accord signé par toutes les parties concernées est transmis au collège d'autorisation et de contrôle;
- à défaut ou si ce protocole d'accord n'est pas respecté, le Collège d'autorisation et de contrôle prend les sanctions visées à l'article 156 du décret.

§ 4. Le rapporteur est assisté dans l'exercice de sa mission, autant que de besoin par le personnel du CSA»;

Considérant que c'est à tort que la requérante soutient que «l'article 7 du décret du 27 février 2003 organise en particulier une procédure que la décision querellée n'a pas du tout respectée, ni même initiée ...»; qu'il ressort en effet des différentes pièces du dossier produit au Conseil d'Etat qu'en application de l'article 7 précité du décret et de l'article 48 de son règlement d'ordre intérieur, le Collège d'autorisation et de contrôle de la partie adverse avait décidé, dès le 14 février 2007, de mettre en route la phase 1 de la procédure d'évaluation du pluralisme et désigné un de ses membres comme rapporteur; que la requérante ne peut prétendre ignorer le lancement de cette procédure puisque la partie adverse lui a écrit, le 12 mars 2007, sous le titre «sauvegarde du pluralisme de l'offre dans les services de radiodiffusion sonore (article 7 du décret du 27 février 2003)», en se référant aux «indices d'exercice de positions significatives dans les services de radiodiffusion sonore» et en lui demandant de lui communiquer:

- « - tout document officiel attestant ou approuvant l'actionnariat actuel de votre société;
- l'explication de la différence dans l'actionnariat de Radio H entre le 9 octobre 2006 (statuts déposés au *Moniteur belge*) et le 17 novembre 2006 (lettre adressée au CSA). Si un changement effectif a réellement eu lieu, veuillez nous communiquer tout document officiel l'attestant ou l'approuvant;

- tout document officiel attestant ou approuvant l'actionnariat actuel de la société TVi SA»;

que la requérante, sur papier à entête «Mint-Joker FM s.a.» a répondu à ce courrier le 12 avril 2007; que le 20 juin suivant, le Collège d'autorisation et de contrôle, sur rapport du rapporteur désigné et en application de l'article 7, § 2, du décret sur la radiodiffusion, est arrivée au constat que «les sociétés Radio H SA, Contact SA, Rossel SA, TVI SA, CLT-UFA SA et Lemaire Electronics SA exercent une position significative dans les services de radiodiffusion sonore», et que «ces positions significatives sont exercées à l'égard des éditeurs suivants : Inadi SA, Cobelfra SA, Joker FM SA et BFM Plus SA»;

Considérant par ailleurs que s'il est vrai que dans le cas d'espèce, la procédure de concertation prévue par l'article 7 du décret sur la radiodiffusion n'a pas été finalisée par la partie adverse, c'est néanmoins à tort que la requérante soutient que la partie adverse aurait dû, en cas de constat d'une position significative, engager une concertation; qu'il ressort en effet tant de l'article 7 du décret que de l'article 48 précité du règlement d'ordre intérieur que le constat d'une position significative est une première étape, que le constat d'une atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste est une deuxième étape et que ce n'est que si cette deuxième étape est atteinte qu'une concertation doit être engagée; qu'en l'espèce, si le Collège d'autorisation et de contrôle de la partie adverse avait adopté le rapport relatif à la phase 1 et avait conclu à l'existence de plusieurs positions significatives, il n'avait pas pour autant conclu la phase 2; qu'il y a lieu par ailleurs de tenir compte de la mise en route, dans l'intervalle, du processus d'attribution des fréquences et réseaux de fréquences, qui explique que le Collège, qui n'avait pas encore conclu sur la phase 2, a dû suspendre ses travaux en la matière pour tenir compte de la nouvelle configuration du paysage radiophonique qui se dégagerait à la suite des décisions qu'il devait adopter avant le 22 juin 2008; que suite à l'appel d'offres en vue de l'assignation des radiosfréquences, le CSA doit en effet veiller, aux termes de l'article 56 du décret, 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»; qu'en rapport avec cette obligation, le Collège d'autorisation et de contrôle a adopté, le 29 août 2007, à l'intention des futurs candidats une recommandation relative à «la diversité du paysage radiophonique et à l'accès du public à une offre plurielle en radiodiffusion sonore», dans laquelle étaient annoncés les éléments qu'il prendrait en considération pour apprécier le pluralisme structurel; qu'après avoir rappelé la portée de l'article 7 du décret du 27 février 2003 relatif au constat de l'éventuel exercice d'une position significative et la portée de l'article 56 du même décret qui confie au Collège la compétence pour accorder des autorisations aux éditeurs de services de radiodiffusion, on peut lire, en préambule de la recommandation:

« Il paraît souhaitable, dans ce double contexte, que le Collège d'autorisation et de contrôle adopte des critères convergents pour apprécier, d'une part, si une position doit être considérée comme significative et si cette position significative est susceptible de porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste, et d'autre part si les autorisations qu'il accorde garantissent une diversité du paysage radiophonique et un équilibre entre les différents formats de radios, à travers l'offre musicale, culturelle et d'information. On ne pourrait, notamment, imaginer que le Collège d'autorisation et de contrôle, par les autorisations qu'il accorderait, assure ou conforte à une ou plusieurs personnes morales une position significative susceptible de porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste, position à laquelle le Collège devrait ensuite remédier en concertation avec la ou les personnes concernées.

S'ils doivent être convergents, les critères ainsi établis doivent également être transparents afin de garantir tant aux opérateurs déjà en place qu'à ceux qui répondront aux appels d'offres publics lancés dans le cadre des procédures d'autorisation de connaître les éléments sur lesquels le Collège d'autorisation et de contrôle se basera pour apprécier le respect des objectifs de pluralisme qui lui sont assignés par le décret. Tel est l'objet de la présente recommandation»;

qu'enfin, le Collège d'autorisation et de contrôle, sur la base d'un rapport préparatoire d'une centaine de pages, a procédé le 17 juin 2008 à un examen global sous l'angle du pluralisme et de la diversité, et ce à partir de trois tests successifs (position significative, pluralisme structurel et pluralisme des contenus); que cet examen s'est traduit notamment par les constatations suivantes à propos de la situation de la société requérante Joker FM:

« EVALUATION QUANT A L'OBJECTIF DE PLURALISME DE L'OFFRE

Considérant qu'après avoir formulé son projet d'assignation des fréquences, il convient que le Collège s'assure que ce projet n'assure ni ne conforte une ou plusieurs personnes morales dans une position significative susceptible de porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste;

Considérant que l'évaluation de cet objectif est structurée en trois tests successifs fondés soit sur des critères expressément fixés par décret (article 7 §2), soit sur les critères adoptés dans la Recommandation du 29 août 2007 visée ci-dessus : le test de la position significative, le test de la contribution au pluralisme structurel et le test de la contribution au pluralisme des contenus;

(...)

Sur cette base, le Collège,

Quant aux candidatures des S.A. INADI et Cobelfra

* considère que la position significative du groupe Radio H, consécutive à la sélection des candidatures des S.A. INADI et Cobelfra aux deux premiers réseaux communautaires, sera adéquatement limitée par la non-sélection d'un troisième projet issu de ce groupe, étant le projet introduit par la S.A. Joker FM, autre filiale de ce groupe, pour le service Mint, et par la non-sélection d'un projet, celui de la S.A. BFM qui ne présente pas, dans l'état actuel des choses, toutes les garanties requises d'indépendance par rapport au groupe Radio H;

* considère, en ce qui concerne le pluralisme structurel, que l'impact de l'effet de groupe dont bénéficient les candidats INADI et Cobelfra sur le public et le marché doit certes être qualifié de fort, mais qu'il n'empêche pas la présence d'une pluralité de médias indépendants et autonomes; que, par ailleurs, l'impact du seul candidat INADI ne justifierait pas de ne pas retenir la candidature du deuxième candidat du même groupe, en l'espèce la S. A. Cobelfra; que par contre cet impact justifie de ne retenir ni la candidature de la S.A. Joker FM, autre filiale de ce groupe, ni la candidature de la S.A. BFM

qui ne présente pas, dans l'état actuel des choses, toutes les garanties requises d'indépendance par rapport au groupe Radio H;

* considère que, de la même façon, cette position significative et cet effet de groupe justifieront dans le futur que le Collège s'oppose, pour garantir une pluralité de médias indépendants et autonomes à toute autre modification structurelle du paysage des radios sonores privées qui aurait pour conséquence d'augmenter sous quelque forme qu'elle soit (prise de participation, fusion, absorption, franchisage) la position significative et les effets de groupe de l'actionnariat des candidats INADI et Cobelfra ;

* considère, en ce qui concerne le pluralisme des contenus, qu'un faisceau d'indices pourrait faire craindre que l'effet de groupe précité soit susceptible d'avoir à terme pour conséquences des restrictions de l'accès du public à une diversité d'opinions et d'idées, notamment en suite de comportements tels que l'appartenance des journalistes à une SDJ commune, la mise en commun de journalistes et de chroniqueurs des composantes des groupes RTL et Rossel, la mise en commun d'animateurs des services de radios et de télévision du groupe RTL; que, toutefois, les informations dont dispose actuellement le Collège sur base des observations déjà réalisées et des dossiers de candidature fournis ne lui permettent pas, sans porter atteinte au principe de bonne administration ou au principe du contradictoire, de conclure définitivement à une éventuelle atteinte du public d'accéder à une offre pluraliste en terme de contenus; qu'il convient dès lors que le Collège engage, dès qu'il sera en possession des nouvelles données factuelles résultant de l'application de son projet d'assignation, une évaluation du pluralisme des contenus dans les services de radiodiffusion sonores autorisés à la suite de la présente procédure d'appel d'offres»;

Considérant qu'il faut conclure de ces différents éléments que c'est dès lors à tort que la requérante soutient que la partie adverse n'a procédé à aucune analyse pour évaluer les effets de l'octroi d'un réseau à la requérante sur la liberté d'accéder à une offre pluraliste; qu'à cet égard, la partie adverse a statué en connaissance de cause en prenant la décision attaquée à titre principal, qui écarte la candidature de la requérante au motif essentiel qu'accepter cette candidature favoriserait une position significative qui porterait atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion, en sorte que seul l'écartement de la candidature permettait d'atteindre les objectifs de pluralisme et de diversité au sens du décret sur la radiodiffusion; qu'au surplus, comme le souligne à juste titre les parties adverses et intervenante, le Collège d'autorisation et de contrôle n'aurait pu par exemple décider, pour limiter quelque peu la position significative du groupe Radio H, d'assigner à Bel RTL et Contact les réseaux C4 et U 2, qu'ils n'avaient pas postulé, plutôt que le réseau CI et le réseau C2 qu'ils avaient, sans laisser d'autre choix au CSA, réclamés; que le Collège n'avait donc d'autre solution, pour limiter la position significative du groupe Radio H, que de refuser d'autoriser un des trois réseaux revendiqués par le même groupe commercial, c'est-à-dire ne pas autoriser le réseau Mint, le plus jeune (18 mois) et le moins écouté (120.000 auditeurs) des trois réseaux de Radio H; que pour le reste, le Conseil d'Etat n'est pas en mesure de se prononcer sur les allégations de l'intervenante selon lesquelles la «stratégie» du holding Radio H aurait été de «rechercher le cumul des autorisations à tous niveaux et la concentration de tous les formats radiophoniques dans le

portefeuille de sa régie publicitaire, la s.a. I.P.», de sorte que c'est «un monopole publicitaire sur toutes les radios privées communautaires qui fut recherché par le Groupe H»; qu'il suffit de relever que le CSA a pu raisonnablement considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que dans l'hypothèse d'une attribution du réseau C4 à Mint, la position significative par l'audience, la détention du capital et l'exploitation du marché publicitaire par un même groupe présentaient de sérieux risques en termes de pluralisme;

Considérant qu'il résulte des considérations qui précèdent que le premier moyen de la requête n'est pas sérieux.

Considérant, en ce qui concerne le second moyen invoqué par la requérante, que la première décision attaquée porte également que le refus d'attribuer le réseau C4 à la SA Joker FM se fonde sur les motifs, qualifiés de surabondants, suivants:

« Considérant surabondamment que l'examen des candidatures à l'assignation du réseau C4 fait apparaître, à la lumière des fiches d'évaluation établies par les services du CSA, un avantage en faveur de NRj; que le dossier de ce candidat présente des qualités supérieures à celles du demandeur, notamment en terme de promotion des oeuvres musicales des artistes de la Communauté française, d'originalité, d'indépendance de l'information, de pertinence dans les plans financiers et de garanties assurant la viabilité économique; que, conséquemment, le dossier NRj Belgique SA a été préféré pour l'attribution du réseau»;

Considérant que la motivation doit être jugée adéquate lorsqu'elle fait ressortir les raisons pour lesquelles l'autorité oppose un refus au demandeur et les raisons pour lesquelles la demande de réseau d'un autre candidat méritait la préférence par rapport à la sienne, ainsi que de connaître les points forts et faibles de son offre par rapport à des offres présentées par la partie adverse comme «concurrentes»; qu'à cet égard, l'autorité compétente dispose d'un large pouvoir d'appréciation et qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité, sauf à censurer une erreur manifeste d'appréciation:

Considérant qu'en l'espèce, il apparaît de la lecture de la décision attaquée que l'on comprend le motif -qualifié de surabondant- pour lequel le dossier de NRJ a été préféré à celui de la requérante; qu'en effet, la décision expose les raisons précises et concrètes qui ont conduit le CSA à estimer que le projet NRJ était de qualité supérieure en terme de promotion des oeuvres musicales des artistes de la Communauté française, d'originalité, d'indépendance de l'information, de pertinence des plans financiers ou encore de garanties assurant la viabilité économique du projet; que l'appréciation portée par le CSA ne paraît pas contredite par les éléments du dossier administratif produit devant le Conseil d'Etat; que par exemple, en ce qui concerne le critère, très médiatisé, du quota de diffusion d'oeuvres d'artistes de la

Communauté française, l'on peut relever que le quota annoncé est de 5,3 % pour le candidat NRJ et de 4,5% pour Mint; qu'il faut également relativiser le chiffre de «120.000 auditeurs par jour» avancé par la requérante, puisqu'il résulte des données du CIM (février 2008-«Vague 15-Reach jour moyen») que l'audience de Mint était de 122.710 auditeurs (2,69 % de part de marché) et celle de NRJ de 337.870 auditeurs (5,53 % de part de marché); que la requérante ne soutient d'ailleurs pas, sur le fond, que l'offre de NRJ est moins intéressante que la sienne, au regard des critères de sélection; que la décision attaquée est ainsi motivée à suffisance et qu'exiger du CSA davantage de précisions reviendrait à l'obliger à fournir les motifs des motifs qu'elle a retenus pour justifier sa décision, ce que ne requiert pas la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; qu'enfin, si l'article 14 du cahier des charges repris à l'annexe 2-a de l'arrêté du 21 décembre 2007 évoque une motivation «circonstanciée», cette exigence doit être comprise raisonnablement, compte tenu de la spécificité de la procédure qui imposait à la partie adverse de traiter dans une période de temps limitée 163 dossiers de candidatures sur la base de 27 critères découlant du décret sur la radiodiffusion et de l'arrêté du 21 décembre 2007 fixant l'appel d'offres, ce qui a conduit parfois à devoir comparer une quinzaine de projets radiophoniques concurrents pour une même fréquence;

Considérant qu'il découle des développements qui précèdent que le second moyen invoqué dans la requête ne peut être considéré comme sérieux;

Considérant que l'une des conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que la suspension puisse être ordonnée n'est pas remplie; qu'il n'y a dès lors pas lieu d'examiner le risque de préjudice grave et difficilement réparable allégué par la requérante; que la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande en intervention introduite par la s.a. NRJ est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension est irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre la délibération du Collège d'autorisation et de contrôle du CSA du 17 juin 2008 procédant à une évaluation de la diversité et de l'équilibre entre les différents formats à travers l'offre musicale, culturelle et d'information, et à une évaluation

quant à l'objectif de pluralisme de l'offre, délibération présentée par la requérante comme étant le «troisième acte attaqué».

Article 3.

Pour le surplus, la demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 4.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

Article 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à charge de la partie requérante, à concurrence de 175 euros et à charge de la partie intervenante, à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre siégeant en référé, le sept juillet deux mille huit, par :

M. QUERTAINMONT,	président de chambre f.f.,
Mme ROBA,	greffier.

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

N. ROBA.

Ph. QUERTAINMONT