

A R R E T

n° 185.398 du 14 juillet 2008

A. 128.996/XV-450

En cause :

- 1. La SOCIETE INTERCOMMUNALE POUR LA DIFFUSION DE LA TELEVISION (BRUTELE),**
- 2. la s.a. UNITED PAN-EUROPE COMMUNICATIONS BELGIUM (U.P.C. BELGIUM), à laquelle succède la s.a. TELENET,**
- 3. la s.a. CODITEL BRABANT,**
- 4. l'a.s.b.l. WOLU TV,**
ayant toutes quatre élu domicile chez
Mes A. BRAUN, F. de VISSCHER
& E. CORNU, avocats,
avenue Louise 149/20
1050 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de l'Economie et de la
Recherche Scientifique,
ayant élu domicile chez
Me A. BERENBOOM, avocat,
rue de Florence 13
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 6 novembre 2002 par la s.c.r.l. Société intercommunale pour la diffusion de la télévision, en abrégé, Brutélé, la s.a. United Pan-Europe Communications Belgium, en abrégé, U.P.C. Belgium, à laquelle succède la s.a. Télénét, la s.a. Coditel Brabant, l'a.s.b.l. Wolu TV, qui demandent l'annulation de l'arrêté royal du 9 août 2002 désignant les programmes sonores des organismes de radiodiffusion non-publics devant être distribués par le titulaire d'une autorisation d'exploitation d'un réseau de radiodistribution ou de télédistribution dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, publié au *Moniteur belge* du 7 septembre 2002;

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

Vu l'ordonnance du 4 juin 2008, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 24 juin 2008;

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

Entendu, en leurs observations, Mes F. de VISSCHER et E. CORNU, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, et Me A. JOACHIMOVWICZ, *loco* Me A. BERENBOOM, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, premier 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:

Les requérantes sont des sociétés de radio- et télédistribution qui, au moyen de leur réseau de câbles, assurent la télédistribution des programmes de nombreuses chaînes de radio et de télévision, notamment en Région de Bruxelles-Capitale. Sur un tel support, un nombre restreint de canaux est disponible en mode analogique.

Dans son texte applicable à l'époque, l'article 19 de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale oblige le distributeur qui est autorisé à exploiter un réseau de radiodistribution dans cette région à réserver au moins dix canaux pour les programmes sonores émis par des organismes de radiodiffusion non-publics, à désigner par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Cette obligation de diffuser certains programmes est couramment dénommée le *must carry*.

Le 26 avril 1999, le ministre de la Recherche scientifique ou son administration semble avoir demandé aux Communautés française et flamande de lui indiquer cinq radios privées relevant de chacune d'entre elles qui devraient bénéficier du *must carry* en Région de Bruxelles-Capitale. Le 10 mai 1999, les services du ministère de la Communauté flamande indiquent à la partie adverse qu'ils présentent cinq radios privées néerlandophones à cette fin, étant Radio Brussel, Radio Contact, Radio CRD-Fantastiek, Radio Spes et Radio Ring. Le 16 septembre 1999, le secrétaire général du ministère de la Communauté française indique aux services de la partie adverse qu'il propose cinq radios privées de la Communauté française qui devraient bénéficier du *must carry*, étant Radio RCF, Radio Campus, Radio Panik, Radio Action FM et Radio BFM. Le 24 septembre 1999, le secrétaire général de la Communauté française indique que Radio BFM ne peut plus être citée parmi les radios privées de la Communauté française devant bénéficier du *must carry* car cette radio ne produirait plus aucune émission traitant d'informations économiques belges et il demande un délai supplémentaire afin de remplacer cette radio. Le 29 janvier 2002, l'inspecteur des finances émet un avis favorable notamment à l'avant-projet d'arrêté royal désignant dix radios bénéficiant du *must carry* en Région de Bruxelles-Capitale. Le 1^{er} juillet 2002, la section de législation du Conseil d'Etat donne son avis sur le projet.

Le 9 août 2002, est pris l'arrêté royal attaqué, rédigé comme suit:

«Vu la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, telle que modifiée, notamment l'article 19;

Vu l'avis 33.540/4 du Conseil d'Etat, donné le 1^{er} juillet 2002;

Vu l'avis de l'Inspection des Finances, donné le 21 janvier 2002;

Considérant les propositions émises par la Communauté française le 16 septembre 1999 et par la Communauté flamande le 10 mai 1999;

Considérant qu'il importe de sauvegarder le caractère pluraliste et culturel de l'offre des programmes sur les réseaux de télédistribution et garantir l'accès de tous les auditeurs à ce pluralisme;

Considérant qu'il importe de permettre aux auditeurs d'accéder tant aux organismes de radiodiffusion de service public qu'aux organismes de radiodiffusion privés;

Considérant l'importance des organismes de radiodiffusion non-publics aux objectifs socio-culturels;

Sur la proposition de Notre Ministre de la Recherche scientifique et de l'avis de Nos Ministres qui en ont délibéré en Conseil,

Nous avons arrêté et arrêtons:

Article 1^{er}. Le distributeur est tenu de distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les programmes sonores émis par les organismes de radiodiffusion non-publics suivants:

asbl Cercle Ben Gourion, 90.2 MHz

asbl Radio Panik, 105.4 MHz

asbl Freedom, 106.9 MHz

asbl Campus audiovisuel, 107.2 MHz

asbl Radio Basilique, 107.4 MHz

vzw Vrij Golf, 102.5 MHz

vzw niet-openbare Radio Contact, 103.1 MHz

vzw Alfa-Noord, 103.4 MHz

vzw Radio Spes, 105.0 MHz

vzw Radio Ring, 107.9 Mhz

Art. 2. Le présent arrêté entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*.

Art. 3. Le Ministre de la Recherche scientifique est chargé de l'exécution du présent arrêté».

Considérant que les documents relatifs à la décision d'agir en justice ont été déposés en annexe au dernier mémoire pour la s.a. U.P.C. Belgium, la s.a. Coditel Brabant, et l'a.s.b.l. Wolu TV, mais non pour la s.c.r.l. Brutélé; que la requête est irrecevable en tant qu'elle est introduite par celle-ci;

Considérant que la partie adverse conteste l'intérêt des requérantes au motif que ce ne sont pas les actes attaqués qui sont la cause de la limitation de leur liberté de commerce et d'industrie, mais bien l'article 19 de la loi du 30 mars 1995;

qu'en une première exception, elle soutient que le recours est irrecevable car cette disposition législative ne fait pas l'objet du présent recours et que le Conseil d'Etat ne peut connaître d'un recours dirigé contre une loi;

qu'en une deuxième exception, elle expose que les activités de câblodistribution participent de l'exercice d'une mission de service public, que ces activités sont réglementées, que les obligations qui leur sont imposées sont justifiées par la mission d'intérêt général dont les requérantes sont investies en contrepartie des autorisations dont elles bénéficient, que ces prestations de service font l'objet d'une compensation consistant en le paiement des abonnements des auditeurs, que l'octroi du *must carry* n'implique pas automatiquement la gratuité du transport des programmes, que les actes attaqués ne s'opposent pas à ce que les requérantes prévoient, avec les radios distribuées, une compensation;

qu'en une troisième exception, elle fait valoir que le *must carry* ne vaut que pour un nombre limité de canaux, que les requérantes n'établissent pas que leur réseau serait saturé, qu'elles ne démontrent pas avoir dû refuser l'accès au câble à une radio en raison de la saturation du réseau et que les désignations ne leur font pas grief;

Considérant que l'article 19 de la loi du 30 mars 1995, dans son texte applicable lors de l'édition de l'acte attaqué, impose aux télédiffuseurs de réserver au moins dix canaux pour les programmes sonores émis par des organismes de radiodiffusion non-publics, à désigner par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres; que la détermination de ces programmes a une incidence sur l'activité des requérantes et les contraint à distribuer les programmes ainsi désignés; qu'elles ont de ce fait intérêt à contester l'acte attaqué, quand bien même les programmes distribués le seraient contre rémunération et ne satureraient pas leurs réseaux; que les exceptions ne sont pas fondées;

Considérant que les requérantes prennent un moyen, le deuxième de la requête, de la violation des articles 3, (c), 10, 49, 86 et 249 du Traité de Rome (version consolidée d'Amsterdam), dans la première branche duquel elles exposent, en synthèse, que l'acte attaqué impose la retransmission des programmes sonores de certains organismes privés de radiodiffusion, ce qui leur donne l'avantage d'être transmis gratuitement et a pour effet de soustraire ces organismes à la concurrence d'autres organismes émetteurs privés d'autres Etats membres, que la possibilité d'être retransmis pour ces organismes non bénéficiaires de l'acte attaqué est restreinte aux quelques canaux libres, que l'accès au marché est entravé pour les organismes non bénéficiaires établis dans d'autres Etats membres par rapport aux bénéficiaires de l'acte attaqué, que les premiers n'ont plus qu'une possibilité limitée et payante d'accès à la distribution tandis que les seconds y ont un droit garanti,

alors que les restrictions à la libre prestation des services sont interdites, que les Etats membres ne peuvent édicter ni maintenir aucune mesure contraire à cette interdiction, que les émissions de radiodiffusion constituent des prestations de services, que l'acte attaqué constitue une entrave à la libre prestation de services par la restriction du nombre de canaux disponibles et par le caractère dès lors plus onéreux de ceux-ci tandis que ce sont des organismes belges qui *de facto* sont les seuls bénéficiaires de ce droit d'accès au détriment d'organismes établis dans d'autres Etats membres, que l'acte attaqué restreint l'accès aux auditeurs en Belgique, plus précisément, en Région de Bruxelles-Capitale et donc les prestations de services d'autres émetteurs européens alors que celles-ci doivent pouvoir être librement offertes partout en Belgique, que, si cette mesure n'est pas formellement discriminatoire, il n'y a aucune raison impérieuse d'intérêt général qui puisse justifier l'acte attaqué au regard du principe de stricte proportionnalité et que la partie adverse a la charge d'établir concrètement, programme par programme, que l'obligation de distribution serait adéquate, nécessaire et la moins restrictive de la liberté de prestation de services de radiodiffusion en Région de Bruxelles-Capitale;

Considérant que la partie adverse répond que, si les requérantes prétendent que l'acte attaqué et la loi qu'il exécute constituent une restriction à la libre prestation de services des organismes de radiodiffusion établis dans les autres Etats membres, elles n'ont pas intérêt au moyen puisqu'elles ne sont pas un tel organisme, qu'il n'y a aucune entrave puisque les câblodistributeurs bénéficient également du régime du *may carry* sur la base de l'article 17 de la loi du 30 mars 1995 précitée, qu'ils sont libres de transporter les programmes diffusés par des organismes de radiodiffusion provenant d'autres Etats membres, que l'article 49 du Traité est inapplicable puisque les actes attaqués ne s'appliquent qu'aux câblodistributeurs établis en Région de Bruxelles-Capitale, que ceux-ci n'établissent pas de préjudice résultant de la prétendue raréfaction des canaux, que les dix canaux imposés par les actes attaqués représentent un part peu

importante de la capacité totale des requérantes qui ont tendance à ne pas révéler la capacité réelle ou à invoquer la saturation, que l'argument de la prétendue saturation des réseaux a été sans influence sur la cour d'appel de Bruxelles, qu'il en a été de même dans un rapport du service de la concurrence, que le passage à la diffusion numérique aura pour effet de multiplier le nombre de programmes qu'un câblodistributeur pourra diffuser, qu'il n'est pas établi que les requérantes utiliseraient les canaux actuellement réservés au *must carry* pour retransmettre des programmes relevant de la compétence d'un autre Etat membre, qu'en matière de libre circulation de marchandises, la Cour de justice des Communautés européennes a toujours refusé d'appliquer l'article 30 du Traité aux situations où les effets restrictifs sont trop aléatoires et trop indirects pour qu'il puisse y avoir une entrave au commerce, que les répercussions sur le commerce intracommunautaire dépendent avant tout des décisions concrètes et imprévisibles prises par chacun des opérateurs concernés à la lumière des conditions économiques existant sur les divers marchés, que pour la libre prestation de services, il doit en être de même, qu'en l'espèce, ce n'est qu'en supposant que le réseau soit saturé et que les requérantes utiliseraient nécessairement la capacité consacrée au *must carry* pour diffuser des programmes relevant de la compétence d'autres Etats membres que l'on pourrait concevoir une restriction à la libre prestation de services, que ces deux conditions ne sont ni démontrées ni exactes, que les requérantes ne démontrent pas ni n'affirment avoir dû refuser la distribution d'un seul programme relevant de la compétence d'un autre Etat membre, que le principe de la libre prestation des services est assorti d'exceptions, que, si la notion d'intérêt général ne figure pas parmi les restrictions possibles à la libre prestation de services, elle a été consacrée par la Cour de Justice des Communautés Européennes, que l'éventuelle restriction à la libre prestation de services serait indistinctement applicable car elle frapperait autant les diffuseurs belges que ceux relevant d'autres Etats membres, qu'une telle entrave peut être justifiée pour autant que la restriction soit adéquate comme proportionnée et sans faire double emploi avec des règles applicables au prestataire de services dans son Etat membre, que le régime de *must carry* se justifie pour des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'il est la contrepartie de l'important cahier des charges que le législateur impose à certaines radios (productions propres, prestations extérieures, coproductions, achats de programmes, maintien de l'emploi, etc.), en vue de sauvegarder le caractère pluraliste et culturel de l'offre des programmes sur les réseaux de radiodistribution, de garantir l'objectivité de l'information ou de promouvoir la culture, que la Cour de justice des Communautés européennes a déjà admis la conservation du patrimoine historique et artistique comme raison impérieuse d'intérêt général, que l'incitation à la production radiophonique est certainement une raison impérieuse d'intérêt général, que le *must carry* constitue un remède *ad hoc* à la position dominante des télédiffuseurs qui, sans cette mesure, pourraient refuser la distribution de programmes belges ou la subordonner à des conditions excessives, qu'il est un remède adéquat et proportionnel,

qu'il ne fait pas double emploi avec l'application de la législation des Etats membres, qu'il s'inscrit dans une politique audiovisuelle visant à permettre aux auditeurs d'accéder aux chaînes de radio de service public ou assumant des obligations de service public, que la suppression du *must carry* aurait pour conséquence de laisser aux câblodistributeurs, uniquement animés par des intérêts économiques et commerciaux, le soin de déterminer les programmes qu'ils entendent retransmettre à leur public compromettant ainsi la politique audiovisuelle menée par les entités fédérale et fédérées, de renforcer leur position dominante, d'empêcher le développement d'initiatives nouvelles et de remettre en cause l'exécution d'obligations négociées avec les radiodiffuseurs bénéficiant du *must carry*, que le régime du *must carry* n'est pas un avantage octroyé aux radios nationales au détriment de celles relevant d'un autre Etat membre, que l'octroi du *must carry* ne peut être dissocié des obligations importantes imposées aux chaînes qui en bénéficient, que la Commission européenne, à l'occasion du recours en manquement contre la Belgique à propos des réglementations, n'a jamais mis en cause le système du *must carry* et que la Cour de justice des Communautés européennes, statuant à propos de l'article 22 de la directive télévision sans frontière n'a pas mis en cause le régime de *must carry* instauré par cette disposition dans son arrêt du 10 septembre 1996;

Considérant que, à propos d'une question similaire relative à l'obligation de transmettre des programmes de télévision, le Conseil d'Etat (arrêt n° 158.928, 17 mai 2006, s.a. U.P.C. Belgium et crts.) a posé à la Cour de justice des Communautés européennes notamment les deux questions préjudicielles suivantes:

«1. L'article 49 du Traité de Rome (version Amsterdam) doit-il être interprété en ce sens qu'il y a entrave interdite à la libre prestation des services dès le moment où une mesure prise par un Etat membre, en l'espèce l'obligation de retransmettre des programmes télévisuels sur les réseaux de câblo-distribution, est susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, la prestation de services à partir d'un autre Etat membre pour des destinataires de ces services se trouvant dans le premier Etat membre, ce qui sera le cas si, en raison de cette mesure, le fournisseur de services se trouve dans une position défavorable de négociation pour l'accès à ces mêmes réseaux ?

2. L'article 49 du Traité de Rome (version Amsterdam) doit-il être interprété en ce sens qu'il y a entrave interdite parce qu'une mesure prise par l'Etat membre, en l'espèce l'obligation de retransmettre des programmes télévisuels sur des réseaux de câblo-distribution, n'est accordée dans la majorité des cas, en raison du lieu d'établissement des bénéficiaires ou d'autres liens de ceux-ci avec cet Etat membre, qu'à des entreprises établies dans cet Etat membre et alors qu'il n'existe pas de justification à une telle entrave tirée de raisons impérieuses d'intérêt général dans le respect du principe de proportionnalité ?»;

Considérant qu'en réponse à ces questions, la Cour a dit pour droit (arrêt du 13 décembre 2007, affaire C-250/06):

«L'article 49 CE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation d'un Etat membre, telle que celle en cause au principal, qui impose aux câblodistributeurs actifs sur le territoire concerné de cet Etat de diffuser, en vertu d'une obligation dite de «must carry», les programmes télévisés

émis par les organismes privés de radiodiffusion relevant des pouvoirs publics dudit État qui ont été désignés par ces derniers lorsque cette réglementation:

– poursuit un but d'intérêt général, tel que le maintien, au titre de la politique culturelle de ce même État membre, du caractère pluraliste de l'offre des programmes de télévision dans ce territoire, et

– n'est pas disproportionnée par rapport à cet objectif, ce qui implique que ses modalités d'application doivent relever d'une procédure transparente fondée sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance.

Il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si lesdites conditions sont remplies.»

Considérant que la partie adverse formule, au sujet de cette branche, les observations suivantes dans le dernier mémoire qu'elle a déposé après le rapport complémentaire:

«L'Auditeur Thibaut soutient que la désignation des chaînes de radio bénéficiant du *must carry* n'est pas faite selon une procédure transparente fondée sur des critères objectifs et non discriminatoires.

Dans son premier mémoire, la partie adverse a expliqué que les critères relatifs à l'octroi du *must carry* à Bruxelles sont fixés dans l'exposé des motifs de l'arrêté ministériel attaqué.

Les critères objectifs visés par l'acte attaqué étaient la sauvegarde du caractère pluraliste de l'offre de programmes, la garantie d'accès aux programmes des radios de proximité, et la défense des objectifs socioculturels des radios privées.

Les chaînes bénéficiant du *must carry* ont donc été désignées par arrêté royal délibéré en conseil des ministres. La désignation des radios privées bénéficiant du *must carry* échappe à l'appréciation discrétionnaire du ministre compétent en la matière mais fait l'objet d'un débat en conseil des ministres. Une telle procédure présente donc les garanties d'objectivité et de transparence requises par la Cour de Justice des Communautés européennes.»

Considérant, quant à la première condition posée par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, que cet arrêt a admis, en son point 42, «que la réglementation nationale en cause au principal poursuit un but d'intérêt général, dès lors qu'elle vise à préserver le caractère pluraliste de l'offre des programmes de télévision dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qu'elle s'insère ainsi dans une politique culturelle qui a pour but de sauvegarder, dans le secteur de l'audiovisuel, la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, linguistiques, religieuses et philosophiques, existant dans cette région»; qu'en tant que le moyen soutient que les actes attaqués apportent à la libre prestation de services une restriction que ne justifie aucun impératif d'intérêt général, il n'est pas fondé;

Considérant, quant à la seconde condition, qu'il ressort du dossier que la procédure qui a conduit à l'adoption des actes attaqués s'est limitée à des échanges de courriers entre le ministre auteur des actes attaqués et les ministères de la Communauté flamande et de la Communauté française, puis à la consultation de la section de législation du Conseil d'Etat et la délibération du Conseil des ministres; qu'aucune annonce publique n'a été faite de l'intention du gouvernement de désigner certains programmes comme devant bénéficier du *must carry*, qu'aucun appel aux candidats à

l'obtention de ce bénéfice n'a été lancée et qu'aucune indication des critères en fonction desquels ces programmes seraient déterminés n'a été rendue publique ou annoncée au nombre relativement restreint d'entreprises susceptibles d'être intéressées; que la procédure ne peut être regardée comme «transparente» au sens où l'a entendu la Cour de justice des Communautés européennes; que si aucun élément du dossier ne donne à penser que les critères de choix n'auraient pas été objectifs, il subsiste un doute quant à savoir s'ils n'auraient pas été discriminatoires vis-à-vis d'entreprises établies à l'étranger, et il est établi que ces critères n'ont pas été connus à l'avance; qu'il s'ensuit que la seconde condition retenue par la Cour n'est pas remplie;

Considérant que la circonstance, relevée par la partie adverse, que l'arrêté attaqué soit assorti d'un préambule dans lequel sont exposés les motifs sur lesquels il repose est de nature à établir que celui-ci est adéquatement motivé – ce que le recours ne conteste pas –, mais non que la procédure qui a conduit à son édicton serait «transparente», ni que les critères de choix, fussent-ils objectifs et non discriminatoires, auraient été «connus à l'avance»; qu'en cette branche le moyen est fondé;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'autre branche du moyen, ni les autres moyens de la requête qui, à les supposer fondés, ne pourraient entraîner une annulation aux effets plus étendus,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La reprise d'instance de la s.a. Télénét Belgium est accueillie.

Article 2.

La requête est irrecevable en tant qu'elle est introduite par la s.c.r.l. Brutélé.

Article 3.

Est annulé l'arrêté royal du 9 août 2002 désignant les programmes sonores des organismes de radiodiffusion non-publics devant être distribués par le titulaire d'une autorisation d'exploitation d'un réseau de radiodistribution ou de télédistribution dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, publié au *Moniteur belge* du 7 septembre 2002.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 700 euros, sont mis à charge de la partie adverse, à concurrence de 525 euros, et à charge de la s.c.r.l. Brutélé, à concurrence de 175 euros.

Article 5.

Le présent arrêt sera publié par extrait au *Moniteur belge*.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le quatorze juillet deux mille huit par:

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

Le Greffier assumé,	Le Président,
---------------------	---------------

K. T. GAYIBOR.

M. LEROY.