

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 185.399 du 14 juillet 2008

A. 102.711/XV-75
A. 102.717/XV-81
A. 102.728/XV-67
A. 119.801/XV-186

En cause :

1. La s.a. UNITED PAN-EUROPE COMMUNICATIONS BELGIUM (UPC BELGIUM), à laquelle succède la s.a. TELENET BELGIUM,

2. La s.a. CODITEL BRABANT,

3. L'a.s.b.l. WOLU TV,

ayant toutes trois élu domicile chez
Mes A. BRAUN, F. de VISSCHER,
et 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,

Parties intervenantes :

1. La s.a. CANAL+ Belgique, à laquelle succède la s.a. BeTV,
ayant élu domicile chez
Me G. de FOESTRAETS, avocat,
boulevard Brand Whitlock 165
1200 Bruxelles,

2. La s.a. Tvi,
ayant élu domicile chez
Me G. de FOESTRAETS, avocat,
boulevard Brand Whitlock 165
1200 Bruxelles,

3. La s.a. MEDIA AD INFINITUM,
ayant élu domicile chez
Me A. BERENBOOM, avocat,
rue de Florence 13
1000 Bruxelles,

4. La s.a. BELGIAN BUSINESS TELEVISION,
ayant élu domicile chez Me DE CORDIER, avocat,

5. La s.a. de droit français SATELLIMAGES - TV5,
à laquelle succède la s.a.TV5-Monde,
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 2 avril 2001 par la s.a. United Pan-Europe Communications Belgium, en abrégé, U.P.C. Belgium, à laquelle succède la s.a. Télénét Belgium, qui demande l'annulation de l'arrêté ministériel du 17 janvier 2001 portant désignation des organismes de radiodiffusion visés à l'article 13, second tiret, 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, publié au *Moniteur belge* du 2 février 2001 (102.711/XV-75);

Vu la requête introduite le même jour par la s.a. Coditel Brabant, qui demande l'annulation du même arrêté (102.717/ XV - 81);

Vu la requête introduite le même jour par l'a.s.b.l. Wolu TV, qui demande l'annulation du même arrêté (102.728/XV-67);

Vu la requête introduite le 17 avril 2002 par la s.a. Coditel Brabant, la s.a. United Pan-Europe Communications Belgium, à laquelle succède la s.a. Télénét Belgium et l'a.s.b.l. Wolu TV, qui demandent l'annulation de l'arrêté ministériel du 24 janvier 2002 modifiant celui du 17 janvier 2001 et portant désignation supplémentaire de deux organismes de radiodiffusion visés à l'article 13, second tiret, 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, publié au *Moniteur belge* du 16 février 2002 (119.801/XV-186);

Vu l'arrêt n/ 158.928 du 17 mai 2006;

Vu les requêtes introduites le 23 octobre 2001 par lesquelles la s.a. Canal + Belgique, actuellement BeTV, demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en annulation dans les affaires 102.711/XV-75, 102.718/XV-65, 102.728/XV-67 et le 10 octobre 2001 dans l'affaire 102.717/XV-81;

Vu les requêtes introduites le 6 novembre 2001 par lesquelles la s.a. T.V.I demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en annulation dans les affaires 102.711/XV-75 et 102.717/XV-81;

Vu les requêtes introduites et le 10 octobre 2001, par lesquelles la même société demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en annulation dans les affaires 102.728/XV-67 et 102.718/XV-65;

Vu les requêtes introduites le 31 octobre 2001 par lesquelles la s.a. Belgian Business Télévision demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en annulation dans les affaires 102.718/XV-65, 102.728/XV-67, 102.711/XV-75 et 102.717/XV-81;

Vu les requêtes introduites le 7 novembre 2001 par lesquelles la s.a. Média Ad Infinitum demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en annulation dans les affaires 102.718/XV-65, 102.728/XV-67, 102.711/XV-75 et 102.717/XV-81;

Vu les requêtes introduites le 7 novembre 2001 par lesquelles la s.a. de droit français Satellimages - TV5, actuellement TV5-Monde, demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en annulation dans les affaires 102.718/XV-65, 102.728/XV-67, 102.711/XV-75 et 102.717/XV-81;

Vu les dossiers administratifs;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu les mémoires en intervention;

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

Vu l'ordonnance du 10 novembre 2005 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu l'arrêt du 13 décembre 2007 de la Cour de Justice des Communautés Européennes (affaire C-250/06);

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

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires des requérants;

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, Me A. JOACHIMOWICZ, *loco* Me A. BERENBOOM, avocat, comparaissant pour la partie adverse et pour la partie intervenante s.a. Média Ad Infinitum, Me G. de FOESTRAETS, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes s.a. Be TV et s.a. TVI, et Me T. DE CORDIER, avocat, comparaissant pour la partie intervenante Belgian Business Télévision;

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 des recours ont été exposés dans l'arrêt n° 158.928 du 17 mai 2006;

Considérant que dans le dernier mémoire déposé après le rapport complémentaire de l'auditeur, la partie adverse fait valoir, «surabondamment», que l'article 13 de la loi du 30 mars 1995 a été modifié par l'article 19 de la loi du 16 mars 2007, et que désormais, les objectifs visés par le *must carry*, soit la garantie du pluralisme et de la diversité culturelle, sont inscrits dans la loi, que la désignation des chaînes bénéficiant du *must carry* est effectuée par arrêté royal délibéré en conseil des ministres, ce qui permet un meilleur équilibre, que le maintien du *must carry* est périodiquement vérifié par l'Institut belge des postes et télécommunications, que si l'Institut estime que le maintien de ces obligations n'est plus nécessaire, il le mentionne dans son rapport annuel et que le ministre peut, sur avis de l'Institut, dispenser un

télédistributeur qui en fait la demande, de l'obligation de *must carry*; qu'il conclut que «tenant compte des améliorations apportées à la loi du 30 mars 1995, les requérantes n'ont donc plus d'intérêt actuel à l'annulation de l'acte attaqué, en sorte que le recours est devenu sans objet»;

Considérant que la circonstance que la législation a été modifiée postérieurement à l'arrêté attaqué ne prive pas les requérantes de leur intérêt à poursuivre l'annulation des actes attaqués, qui leur ont été appliqués;

Considérant que les requérantes prennent un premier moyen de la violation des articles 3, § 1^{er}, (c) et (g), 10, 12, 49, 82 et 86 du traité de Rome (version consolidée d'Amsterdam), des articles 10 et 11 de la Constitution et des articles 3 et 47 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, en ce que les arrêtés attaqués imposent la retransmission des programmes de télévision de certains organismes privés relevant des Communautés française et flamande – ce qui leur donne l'avantage d'être transmis gratuitement et a pour effet de soustraire ces organismes à la concurrence avec d'autres organismes émetteurs privés relevant des Communautés ou d'autres Etats membres –, que la possibilité d'être retransmis pour les organismes non bénéficiaires des actes attaqués est restreinte aux quelques canaux libres, que la concurrence est ainsi faussée, que les organismes non bénéficiaires sont entravés dans leurs prestations de services en Belgique, que la concurrence est ainsi faussée en ce qui les concerne car elles sont tenues de mettre à la disposition de tiers des installations, sans juste et préalable indemnité, pour lesquelles elles ont exposé des frais considérables;

que dans la troisième branche de ce moyen, elles font valoir que, en vertu des articles 3 (g), 49 et 86 CE, les restrictions à la libre prestation de services sont interdites, que les émissions de télévision sont de telles prestations,

que les actes attaqués entravent la libre prestation de services par la restriction du nombre de canaux disponibles et leur caractère plus onéreux tandis que les télédiffuseurs bénéficiaires des actes attaqués profitent de l'obligation de transmission,

que les actes attaqués restreignent le nombre de canaux disponibles pour les organismes émetteurs établis dans les autres Etats membres au détriment des téléspectateurs belges,

que cette mesure restrictive ne saurait s'accommoder d'aucun impératif d'intérêt général dès lors qu'elle est formellement discriminatoire puisqu'elle s'opère selon l'établissement des organismes émetteurs dans l'une ou l'autre Communauté et donc en excluant les organismes établis dans d'autres Etats membres,

qu'il n'y a aucune raison impérieuse d'intérêt général pour justifier les actes attaqués au regard du principe de stricte proportionnalité,

que la partie adverse doit établir, programme par programme, que l'obligation de distribution est adéquate, nécessaire et la moins restrictive de la liberté de prestation des services de télévision dans la Région de Bruxelles-Capitale;

Considérant qu'en tant que cette branche du moyen soutenait que l'occupation obligatoire d'une dizaine de canaux par les programmes visés par les arrêtés attaqués aurait été de nature à apporter à la libre circulation des services de télévision une restriction inadmissible, elle a été jugée non fondée par l'arrêt n° 158.928 du 17 mai 2006;

Considérant sur le surplus de la branche, que même si les infrastructures utilisées par les requérantes ne sont pas saturées, il est plausible que les actes attaqués aient pour effet de placer les chaînes – principalement étrangères – qui souhaitent être distribuées par le câble dans une position de négociation moins favorable que celles qui bénéficient du *must carry*; qu'avant de statuer sur cet aspect de la branche, l'arrêt n° 158.928 du 17 mai 2006 a posé à la Cour de justice des Communautés européennes les deux questions suivantes:

«3. 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 ?

4. 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:

«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 Etat 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 télévision bénéficiant du *must carry* n'est pas opérée 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 étaient fixés dans l'exposé des motifs de l'arrêt ministériel attaqué.

Les critères objectifs visés par l'acte attaqué étaient la sauvegarde du caractère pluraliste de l'offre de programmes, l'harmonisation du paysage audiovisuel, la garantie d'accès aux programmes des télévisions de proximité.

Le critère de différenciation entre les chaînes bénéficiant du *must carry* et les autres est susceptible d'une justification objective et raisonnable: le bénéfice du *must carry* a été concédé en contrepartie d'importantes obligations que ces chaînes ont accepté de souscrire et qui font que ces organismes de radiodiffusion sont tenus de développer des missions d'intérêt général, de favoriser le développement d'une télévision de proximité, diffusant des informations locales, destinées à un public local, de produire des émissions d'information, et notamment des journaux télévisés réalisés par des journalistes professionnels reconnus, favoriser les échanges de programmes d'information et de programmes audiovisuels culturels.

Les chaînes susceptibles de bénéficier du *must carry* sont celles qui en bénéficient dans les Communautés française ou flamande dont elles relèvent, selon la réglementation applicable dans chacune des Communautés.

Les chaînes bénéficiant du *must carry* ont donc été désignées selon une procédure transparente fondée sur des critères objectifs et non discriminatoires.»;

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, un membre du Gouvernement flamand et le secrétaire général du ministère de la Communauté française, puis à la consultation de la section de législation du Conseil d'Etat; 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 lancé 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 les arrêtés attaqués soient assortis d'un préambule dans lequel sont exposés les motifs sur lesquels ils reposent est de nature à établir que ceux-ci sont adéquatement motivés – ce que le recours ne conteste pas –, mais non que la procédure qui a conduit à leur édicton serait «transparente», ni que les critères de choix, fussent-ils objectifs et non discriminatoires, auraient été «connus à l'avance»; que le moyen est fondé;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'autre moyen non encore tranché par l'arrêt n° 158.928 du 17 mai 2006 qui, à le supposer fondé, ne pourrait entraîner une annulation aux effets plus étendus,

D E C I D E :

Article 1^{er}

Les reprises d'instances de la s.a. Télénet Belgium, de la s.a. Be TV et de la s.a. TV5 Monde sont accueillies.

Article 2.

Sont annulées :

1- l'arrêté ministériel du 17 janvier 2001 portant désignation des organismes de radiodiffusion visés à l'article 13, second tiret, 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, publié au *Moniteur belge* du 2 février 2001.

2- l'arrêté ministériel du 24 janvier 2002 modifiant celui du 17 janvier 2001 et portant désignation supplémentaire de deux organismes de radiodiffusion visés à l'article 13, second tiret, 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, publié au *Moniteur belge* du 16 février 2002.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 1050 euros, sont à la charge de la partie adverse.

Article 4.

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 ass.,

Le Président,

K.T. GAYIBOR.

M. LEROY.