

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 188.038 du 18 novembre 2008

A. 188.909/XV-769

En cause : **la s.p.r.l. MEDIA HUY DEVELOPPEMENT**,
ayant élu domicile chez
Mes J.-P. DOUNY et B. SYBILLE, avocats,
rue Louvrex 28
4000 Liège,

contre :

**le Conseil supérieur de l'audiovisuel
de la Communauté française**,
ayant élu domicile chez
Me F. JONGEN, avocat,
rue de l'Eglise 23
1450 Chastre.

Requérante en intervention:

la s.c.r.l. ZONE 80 DIFFUSION,
ayant élu domicile chez
Mes R. ROBERT et J.-P. TRIAILLE, avocats,
place du Champ de Mars 2
1050 Bruxelles.

LE PRESIDENT DE LA XV^e CHAMBRE DES REFERES,

Vu la requête introduite le 9 juillet 2008 par la société privée à responsabilité limitée MEDIA HUY DEVELOPPEMENT, en ce qu'elle tend à la suspension de l'exécution de la décision prise le 17 juin 2008 par le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) d'autoriser la société coopérative à responsabilité limitée ZONE 80 DIFFUSION à éditer le service de radiodiffusion sonore ZONE 80 (RES) par voie hertzienne terrestre analogique et de lui assigner le réseau de radiofréquences «LI» à compter du 22 juillet 2008 pour une durée de 9 ans;

Vu la requête introduite le 31 juillet 2008 par laquelle la s.c.r.l. ZONE 80 DIFFUSION demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Vu l'ordonnance du 10 octobre 2008 fixant l'affaire à l'audience du 28 octobre 2008;

Vu la notification aux parties du rapport et de l'avis de fixation à l'audience;

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

Entendu, en leurs observations, Me SOUGNE *loco* Mes J.-P. DOUNY et B. SYBILLE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me F. JONGEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me R. ROBERT, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis contraire, M. JANS, auditeur;

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

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

La société requérante a été constituée le 9 janvier 2006. Elle diffuse le programme RADIO MAXIMUM FM, sans y avoir été autorisée, et sur une fréquence «non cadastrée», c'est-à-dire qui ne figure pas dans le plan des fréquences autorisées;

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 terrestre. L'appel d'offres porte notamment sur cinq réseaux de radiofréquences à structure provinciale dont l'un, dénommé «LI», couvre la majeure partie de la Province de Liège. 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.

Le 21 mars 2008, la requérante a déposé un dossier de demande d'autorisation relatif à l'attribution du réseau provincial Liégeois (LI). La demande a été déclarée recevable le 17 avril 2008. Le 21 mars 2008, la s.c.r.l. ZONE 80 DIFFUSION a demandé l'attribution du même réseau. Le 24 avril 2008, le projet de la requérante a été qualifié de «radio géographique» sur la base de 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. Il en fut de même pour ce qui concerne le projet de la s.c.r.l. ZONE 80 DIFFUSION.

Par une décision du 17 juin 2008, la partie adverse a refusé d'accéder à la demande de la requérante. Cette décision est attaquée par la requérante par une requête enrôlée sous le numéro 188.905/XV-768. Cette même décision a été retirée par la partie adverse et l'arrêt n° 187.828 prononcé le 12 novembre 2008 constate qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de suspension.

Le même jour, la partie adverse a décidé d'autoriser la s.c.r.l. ZONE 80 DIFFUSION à éditer le service de radiodiffusion sonore ZONE 80 (RES) par voie hertzienne terrestre analogique et de lui assigner le réseau de radiofréquence «LI» à partir du 22 juillet 2008 pour une durée de neuf ans. Il s'agit de l'acte attaqué.

Considérant que la s.c.r.l. ZONE 80 DIFFUSION demande à intervenir dans la procédure; qu'elle est directement intéressée par l'issue du recours puisqu'elle est la bénéficiaire de l'acte attaqué; qu'il y a lieu d'accueillir son intervention dans la procédure en référé;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'incompétence de l'auteur de l'acte, des articles 54 et 56 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, et des articles 12 et 13 de l'annexe 2B de l'arrêté du gouvernement de la Communauté française du 21 décembre 2007 «fixant l'appel d'offres pour l'attribution des radiodiffusions sonores (lire “pour l'attribution des radiofréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore”) en mode analogique par voie hertzienne terrestre »;

qu'en une première branche, elle conteste la compétence de l'auteur de l'acte attaqué au motif que le procès-verbal de la réunion du Collège d'autorisation et de contrôle du 17 juin 2008, joint à la décision attaquée, ne comporte aucune mention concernant les membres présents, le résultat du vote et ne comporte aucune signature, en manière telle qu'elle est dans l'impossibilité de vérifier si la procédure a été respectée quant à la prise de décision conformément aux articles 10 et 12 du règlement d'ordre intérieur du bureau et du Collège d'autorisation et de contrôle, dont elle rappelle les dispositions, et qui prévoient de telles mentions et signatures; qu'elle en déduit que le procès-verbal ne comprend pas les mentions obligatoires prévues par l'article 12 dudit règlement et que l'auteur de l'acte était incompetent;

qu'en une deuxième branche, elle soutient que l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé; qu'après avoir synthétisé la procédure suivie par la partie adverse, elle relève que la motivation de l'acte attaqué se réfère à des «fiches d'évaluation établies par les services du CSA» et fait remarquer qu'il y a eu comparaison de dossiers au regard de fiches d'évaluation; qu'elle soutient que, dans la réglementation, il n'est pas fait état de fiches d'évaluation, qu'on ne sait comment la partie adverse les a établies ni quelle a été la cotation donnée pour chaque élément repris dans ces fiches; qu'elle relève également que, «apparemment», il n'en est nullement fait état dans les différents documents et recommandations publiés sur le site du Conseil supérieur de l'audiovisuel, en sorte que l'on peut considérer qu'il s'agit «de modèle de réponse», et que, se référant à l'enseignement de l'arrêt n° 152.204, elle estime que le moyen est fondé;

qu'en une troisième branche, elle estime que la décision attaquée ne motive pas les raisons pour lesquelles la candidate ZONE 80 DIFFUSION «aurait une meilleure mise en valeur des savoirs locaux et de la reconnaissance réciproque des personnes et des groupes ainsi que des meilleurs partenariats et synergies locaux et provinciaux»; qu'elle soutient que la décision «comporte un jugement de valeur concernant les deux points mis en exergue», alors qu'elle «avait communiqué un dossier complet et conforme au modèle communiqué»; qu'elle ajoute que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, en ce que «l'article 12 de l'arrêté du Gouvernement du 21 décembre 2007 sollicitait du Collège d'autorisation et de contrôle d'apprécier les demandes au regard (...) notamment (de) la pertinence des plans financiers produits», alors que, selon la requérante, la s.c.r.l. ZONE 80 DIFFUSION avait au 31 décembre 2006 des fonds propres négatifs, en manière telle qu'il «lui était donc difficile de produire un plan financier pertinent»;

Considérant, sur la première branche, que le dossier administratif contient un document intitulé «Réunion du 17 juin 2008. Procès-verbal n° 2008-16», qui

mentionne que neuf membres du Collège d'autorisation et de contrôle étaient présents; que ce document porte les signatures du président et du directeur; que son point 2.4 est rédigé comme suit: «Le Collège adopte les décisions figurant en annexe et la motivation y afférente. Les décisions seront publiées intégralement sur le site du CSA et envoyées pour publication au *Moniteur belge*; les motivations seront adressées à chaque demandeur»; que le dossier contient par ailleurs deux documents intitulés chacun «Extrait du procès-verbal de la réunion du Collège d'autorisation et de contrôle du CSA du 17 juin 2008», dont la teneur ne se retrouve pas dans le «procès-verbal»; que ces «extraits» sont en réalité les annexes annoncées au point 2.4 du procès-verbal; que, nonobstant la présentation peu explicite des délibérations du Collège, il apparaît que celui-ci était en nombre pour délibérer et que le procès-verbal a bien été signé comme il le devait; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, sur la deuxième branche, que les textes réglementaires ne peuvent régler jusque dans les moindres détails la marche à suivre pour prendre une décision; qu'ayant à départager des candidats à l'attribution d'un nombre limité de fréquences, en l'occurrence trois candidats pour la seule fréquence «LI», les services de la partie adverse ont pu préparer le travail du collège en établissant, sous forme de «fiches d'évaluation» des documents qui résument les caractéristiques principales des trois candidats de manière à faciliter la comparaison entre eux; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, sur la troisième branche, que, du collationnement des «extraits» (lire «annexes») du procès-verbal du 17 juin 2008 qui concernent la requérante et l'intervenante, il apparaît que certains éléments communs ont été relevés dans les deux dossiers; que c'est le cas des critères suivants:

- mention de critères de rattachement géographique (ciblage local),
- peu/pas de ciblage d'un sous-public particulier (âge, trait culturel, catégorie socioprofessionnelle...),
- vocation généraliste par rapport à une zone géographique bien définie (commune, sous-région, province, ...),
- programmes d'information ou de services spécifiques à la zone géographique visée: information culturelle ou générale locale, information de service locale,
- programmes de promotion d'activités culturelles ou socio-culturelles relevant d'une zone géographique spécifique;

Considérant que les dossiers diffèrent – parfois par une simple nuance – par d’autres critères; que les éléments suivants ont ainsi été relevés dans le dossier de la requérante:

- intégration dans le tissu local (partenariats, espaces concédés, organisation d’autres activités à caractère culturel, *etc.*),
- moyens d’existence basés sur le marché publicitaire local (soutien des acteurs locaux),
- programmes culturels en partenariat avec une zone géographique spécifique, et dans celui de l’intervenante:
- présence d’une programmation musicale majoritairement généraliste,
- présence d’éléments favorisant le lien social entre les habitants de la zone géographique visée,
- autres programmes culturels en relation avec une zone géographique spécifique;

Considérant que la préférence donnée à l’intervenante sur la requérante a été justifiée comme suit dans la décision, connexe à l’acte attaqué, refusant d’attribuer à la requérante le réseau de radiofréquences qu’elle avait sollicité: «S’agissant du réseau LI, il convient d’évaluer la candidature du demandeur (la requérante) par rapport aux autres candidats à ce réseau, soit Zone 80 et Sud Radio liège, tous deux également de profil géographique. La comparaison du dossier du demandeur avec celui de ces candidats, à la lumière des fiches d’évaluation établies par les services du CSA, fait apparaître un avantage pour le candidat Zone 80, notamment en raison d’une meilleure mise en valeur des savoirs locaux et de la reconnaissance réciproque des personnes et des groupes, et de meilleurs partenariats et synergies locaux et provinciaux, ainsi que de meilleures garanties permettant de vérifier la viabilité économique de son projet.»;

Considérant qu’à côté des éléments communs, qui ne permettent pas de départager les candidats, la partie adverse a noté trois caractéristiques propres à la requérante, qui sont toutes en relation avec des acteurs locaux appelés à jouer un rôle dans la programmation et le financement de la requérante (partenariats, ressources publicitaires...); qu’en ce qui concerne l’intervenante, la partie adverse a également relevé trois caractéristiques, dont l’une est détachée de toute attache locale, et les deux autres témoignent d’une activité orientée vers la région (favoriser le lien social, programmes en relation avec la zone); qu’en d’autres termes, de l’analyse faite par la partie adverse, il ressort que le projet de la requérante invite des acteurs locaux à contribuer de manière active à certaines de ses émissions, tandis que celui de l’intervenante considère plutôt la population sociale comme un destinataire passif de ses émissions; que la considération déterminante de l’acte attaqué, que l’intervenante

a été préférée notamment «en raison de la mise en valeur des savoirs locaux et de la reconnaissance réciproque des personnes et des groupes (ainsi que) des meilleurs partenariats et synergies locaux et provinciaux», est contredite par l'analyse que la partie adverse elle-même a fait de ces candidatures; qu'en cette branche, le moyen est sérieux;

Considérant que la requérante soutient que l'exécution immédiate de l'acte attaqué risque de causer un préjudice grave difficilement réparable au sujet duquel elle s'exprime comme suit:

« En l'espèce, les fréquences ont été attribuées et les radios ayant obtenu lesdites fréquences peuvent émettre à partir du 22.07.2008.

A partir de cette date, en principe, la requérante ne pourra plus émettre via les fréquences qu'elle utilisait de telle sorte qu'elle va "rester muette" à partir de la date du 22 juillet et ne pourra plus avoir aucune activité.

Un arrêté royal prévoit que depuis le 01.06.2008 l'Institut belge de poste et de télécommunication (lire "l'Institut belge des services postaux et des télécommunications", en abrégé IBPT) dispose des pleins pouvoirs pour jouer le rôle de gendarme des ondes.

Le journal LE SOIR publiait le 1^{er} juillet un article intitulé "la police des ondes est en campagne".

Celui-ci annonce que les radios dont les données ont été prises en compte mais qui n'ont pas obtenu de fréquence du CSA ne seront pas ciblées avant le 22 juillet prochain.

Il y a donc un risque que la requérante ne puisse plus émettre à partir du 22 juillet alors que Zone 80 sa concurrente à qui on a attribué la fréquence va elle commencer à émettre.

Que la requérante risque donc de perdre ses auditeurs à partir du moment où elle sera muette et que ceux-ci risquent d'avoir des habitudes d'écouter la radio qui pourra utiliser la fréquence qu'elle utilisait précédemment»;

Considérant que la partie adverse conteste l'existence d'un lien entre l'autorisation conférée à l'intervenante et l'obligation de cessation des émissions de la requérante; qu'elle estime que, «en tant que telle, l'autorisation conférée à la SCRL Zone 80 pour occuper un réseau de radiofréquences que la requérante n'occupe pas ne change rien à la situation de la requérante»; qu'elle estime ensuite le préjudice invoqué inexistant ou déjà réalisé; qu'elle relève d'abord dans l'exposé de la requérante une erreur de quatre jours quant à la date ultime pour procéder à la mise hors service de la station de la requérante; qu'elle indique que si la requérante a cessé dans ce délai ses activités de radiodiffusion, son préjudice est réalisé, et que si elle n'a pas cessé ses activités, elle apporte ainsi la preuve que ce n'est pas l'acte en tant que tel qui causera le préjudice invoqué mais tout au plus une éventuelle intervention de l'IBPT; qu'elle ajoute que, dans pareille hypothèse, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, lequel consiste en un refus d'autorisation¹, laisserait la requérante «dans la situation

¹ Confusion avec l'affaire A.188.905/XV-768 précitée.

d'illégalité dans laquelle elle se trouve déjà depuis plusieurs années», illégalité à laquelle seule une intervention de l'IBPT pourrait mettre fin; qu'elle estime que la requérante aurait été mieux inspirée de faire le choix de la procédure d'extrême urgence, ou d'introduire sa demande dès la notification de l'acte attaqué, le Conseil d'Etat ayant plusieurs fois souligné qu'une partie requérante «est sans intérêt à demander la suspension de l'exécution d'une décision qui a sorti tous ses effets et dont un arrêt de suspension serait bien incapable de lui éviter le préjudice qu'elle était susceptible de lui causer, l'intégralité de ce préjudice étant dès ores réalisée»; qu'elle relève à cet égard trois arrêts rendus en référé d'extrême urgence dans des affaires similaires où le Conseil d'Etat a admis le recours à la procédure d'extrême urgence et le préjudice invoqué résultant également de «la contrainte de cesser d'émettre (...) le 22 juillet au plus tard»; que, se référant également à un arrêt du Conseil d'Etat qu'elle reproduit par extrait, elle indique que le Conseil d'Etat, se prononçant sur «une stratégie de procédure telle que le requérant semblait se contenter d'un arrêt intervenant à une date postérieure à la moitié de la durée de la sanction contestée», a déjà jugé qu'une telle stratégie était incompatible avec le but même d'une demande de suspension; qu'elle rappelle que la requérante a négligé d'introduire une demande selon la procédure d'extrême urgence alors même qu'elle invoquait un préjudice censé se produire 22 jours après l'acte attaqué, en manière telle que ce préjudice ne peut être tenu pour établi; qu'elle ajoute que le préjudice invoqué manque de légitimité, étant fondé sur la cessation d'une activité illégale et cite à cet effet trois arrêts du Conseil d'Etat où la partie adverse relève que le Conseil d'Etat a estimé qu'une entreprise ou une personne qui commence une activité sans l'autorisation administrative préalable ne peut invoquer au titre de risque de préjudice grave difficilement réparable la perte des avantages liés à cet exercice illégal, et que la requérante s'exposait au risque qu'elle allègue en commençant une activité de manière illégale; qu'elle s'interroge sur la gravité du préjudice invoqué puisque, tout en admettant que la diffusion par voie hertzienne permet de toucher un autre public, une alternative existe sous la forme de diffusion par internet, mais aussi «une diffusion des émissions par câble, par exemple sur les réseaux des distributeurs de services (...)», ce qui garantit l'exercice de la liberté d'expression;

Considérant que l'intervenante relève que la requérante continue d'émettre sans autorisation en sorte que son préjudice tel qu'elle l'allègue est inexistant; qu'elle allègue également qu'il y a peu de chances qu'une autre radio émette légalement sur les mêmes fréquences que celles précédemment utilisées par la requérante; qu'elle s'attache ensuite à exposer le préjudice qu'elle-même subirait en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué; qu'elle ajoute qu'une suspension ne permettra pas pour

autant à la requérante d'émettre légalement dès lors qu'elle n'aura pas fait l'objet d'une décision d'autorisation de la part du Conseil supérieur de l'audiovisuel; qu'elle relève que la décision de ne pas autoriser la partie requérante à émettre ne fait pas l'objet du présent recours; qu'elle ajoute qu'il ressort de l'article de presse annexé par la requérante à sa requête, que l'IBPT s'était engagé à ne pas saisir d'émetteurs pour les radios écartées du plan de fréquence mais qui introduiront des recours;

Considérant que l'erreur de quatre jours qu'aurait commise la requérante sur la date à laquelle elle devait cesser ses émissions est minime et n'est pas de nature à modifier l'appréciation du préjudice grave difficilement réparable; que la source du préjudice allégué réside bien dans l'acte attaqué qui attribue à l'intervenante le seul réseau couvrant la province de Liège, et empêche par voie de conséquence la requérante d'émettre, et non dans une éventuelle intervention de l'IBPT, qui mettrait fin à l'usage actuel, par la requérante, d'une fréquence «non cadastrée»; que le préjudice invoqué n'est pas entièrement réalisé puisque l'autorisation attaquée vaut pour neuf ans; que le fait que d'autres candidats évincés lors de la même procédure d'attribution de radiofréquences aient préféré recourir avec succès à la procédure d'extrême urgence, n'empêche pas qu'une suspension puisse être ordonnée selon la procédure ordinaire, pourvu que les conditions requises soient remplies;

Considérant que la circonstance que la requérante ait, jusqu'à l'acte attaqué, émis sans y être autorisée ne rend pas son intérêt ou le préjudice qu'elle allègue illégitimes dès lors que, d'une part, une tolérance – appelée par la partie adverse «zone de non-droit» – existait en ce domaine, et que, d'autre part, la candidature qu'elle a introduite témoigne de sa volonté de se conformer à la législation;

Considérant qu'il n'est pas établi que la diffusion par Internet ou par câbles constituerait à ce jour une alternative plausible à la diffusion par voie hertzienne terrestre; qu'il peut être tenu pour vraisemblable que l'exécution immédiate de l'acte attaqué contraindra à bref délai la requérante à cesser toute activité; que cela constitue un préjudice grave difficilement réparable;

Considérant que les conditions requises pour que le Conseil d'Etat puisse suspendre l'exécution de l'acte attaqué sont remplies,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la s.c.r.l. ZONE 80 DIFFUSION est accueillie dans la procédure en référé.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 17 juin 2008 par le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) d'autoriser la s.c.r.l. ZONE 80 DIFFUSION à éditer le service de radiodiffusion sonore ZONE 80 (RES) par voie hertzienne terrestre analogique et de lui assigner le réseau de radiofréquences «LI» à compter du 22 juillet 2008 pour une durée de 9 ans.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Article 4.

Le présent arrêt sera publié par extrait dans les mêmes formes que l'acte dont l'exécution est suspendue.

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

M. LEROY,	président de chambre,
M. GHODS,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

R. GHODS.

M. LEROY.