

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 188.252 du 27 novembre 2008

A 101.295/XV-812

En cause : **la s.c. intercommunale ASSOCIATION LIEGEOISE
D'ELECTRICITE (A.L.E.),**

ayant élu domicile chez
Mes E. & J.-M. RIGAUX, avocats,
boulevard d'Avroy 270
4000 Liège,

contre :

**Le Conseil supérieur de l'audiovisuel
de la Communauté française,**
ayant élu domicile chez
Mes J. BOURTEMBOURG et A. FALYS, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 6 mars 2001 par la société coopérative intercommunale ASSOCIATION LIEGEOISE D'ELECTRICITE (A.L.E.), qui demande l'annulation de la décision du collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.), prise le 10 janvier 2001, déclarant établie l'infraction qui lui est reprochée à l'article 22, § 1^{er}, 5^{ème} tiret, du décret de la Communauté française du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, et la condamnant au paiement d'une amende de 15.000 euros;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. JADOT, premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et la demande de poursuite de la procédure de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 8 octobre 2008 fixant l'affaire à l'audience du 4 novembre 2008 à 9 heures 30;

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

Entendu, en leurs observations, Me J.-M. RIGAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me C. MOLITOR *loco* Mes J. BOURTEMBOURG et A. FALYS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, M. JADOT, premier auditeur chef de section;

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 requérante exerce diverses activités, parmi lesquelles la distribution de programmes de télévision. L'article 22, § 1^{er}, 5^{ème} tiret, du décret de la Communauté française du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, modifié par le décret du 4 janvier 1999, dispose comme suit:

« Le distributeur qui est autorisé à exploiter un réseau de télédistribution doit transmettre au moment de leur diffusion et dans leur intégralité: ...
– deux programmes de télévision du service public de radiodiffusion de la Communauté flamande».

Cette obligation de transmettre certains programmes est couramment dénommée «*must carry*».

Comme la requérante ne distribuait pas le programme de la deuxième chaîne de la VRT, appelée *Ketnet/Canvas*, en raison de problèmes liés au paiement des droits d'auteur, elle a été interpellée à ce sujet par le C.S.A. au début de l'année 2000. Le 26 juin, la VRT lui a demandé formellement de transmettre ses deux programmes. Le même jour, le secrétaire et un agent du C.S.A. ont rencontré le directeur général adjoint de la requérante et ont acté comme suit sa déclaration:

« L'ALE est en mesure de diffuser le signal du deuxième programme de la VRT, comme elle le fait déjà pour RTL-TVi, TV5 ou les télévisions locales et communautaires.

En ce qui concerne le contentieux relatif aux droits d'auteur, nous souhaitons poursuivre la procédure de médiation prévue par la loi sur le droit d'auteur, dans le prolongement des procédures auprès des tribunaux.

De manière générale, j'attire votre attention sur le fait qu'il n'est nulle part indiqué dans les textes réglementaires en vigueur, qu'un organisme de télédistribution a l'obligation de supporter les coûts de captation des signaux de diffusion et des droits d'auteurs dus par les diffuseurs.

Si la VRT adresse à l’ALE une demande de diffuser CANVAS KETNET sur son réseau et que la chaîne publique flamande achemine le signal dudit programme – et en supporte le coût – aux têtes de réseaux, l’ALE en assurera la distribution.

J’estime en effet que l’ALE ne doit supporter aucun coût relatif à la captation du programme CANVAS KETNET à diffuser sur son réseau de télédistribution.

Pour le surplus, je rappelle que quand la VRT est diffusée via satellite, elle prend en charge tous les droits d’auteurs.»

Le 14 septembre, le secrétaire du C.S.A. établit un rapport rédigé dans les termes suivants:

« Objet: Diffusion de Canvas Ketnet sur le réseau de télédistribution de l’A.L.E.

L’association liégeoise d’électricité (l’A.L.E.), organisme de télédistribution de la Communauté française, sise rue Louvrex, 95 à 4000 Liège refuse de diffuser le programme Canvas Ketnet de la télévision de service public de la Communauté flamande.

Interpellé, le responsable de cet opérateur a principalement justifié son refus par le fait de vouloir examiner *“favorablement la question du montant du droit de passage... droit qui serait de toute façon inférieur au coût d’une diffusion hertzienne ou à celui d’une transmission satellitaire”*.

Le Secrétariat estime que cet argument est sans pertinence.

L’article 22 § 1^{er} alinéa 5 du décret du 17 juillet 1987 sur l’audiovisuel ne soumet l’obligation de diffuser les deux programmes de la télévision de service public de la Communauté flamande à aucune condition. Cet article se lit comme suit: *“Le distributeur qui est autorisé à exploiter un réseau de télédistribution doit transmettre au moment de leur diffusion et dans leur intégralité (...) deux programmes de télévision du service public de radiodiffusion de la Communauté flamande...”*.

D’autre part, en ce qui concerne le droit d’auteur, l’attitude de l’opérateur est d’autant moins compréhensive (lire “compréhensible”?) que l’article 54 § 1^{er} de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d’auteur et aux droits voisins précise que *“lorsque la conclusion d’un accord autorisant la retransmission par câble est impossible, les parties peuvent faire appel à trois médiateurs”*.

En conséquence, le Secrétariat invite le Collège d’autorisation et de contrôle, en exécution de l’article 23 § 2 du décret du 24 juillet 1997 relatif au Conseil supérieur de l’audiovisuel, à notifier à l’A.L.E. le grief de ne pas avoir diffusé, depuis le 1^{er} janvier 2000 au moins, un des deux programmes de télévision du service public de la Communauté flamande en contravention à l’article 22 § 1^{er} alinéa 5 du décret du 17 juillet 1987 sur l’audiovisuel.»

Le 18 octobre, le collège d’autorisation et de contrôle du C.S.A. décide de notifier à la partie requérante «le grief de ne pas avoir diffusé, depuis le 1^{er} janvier 2000 au moins, un des deux programmes de télévision du service public de la Communauté flamande en contravention à l’article 22, § 1^{er}, alinéa 5, du décret du 17 juillet 1987 sur l’audiovisuel». Le secrétaire du C.S.A. notifie cette décision à la requérante le 20 octobre, en y joignant son rapport du 14 septembre. Deux représentants de la requérante sont entendus par le collège d’autorisation et de contrôle le 6 décembre. Le procès-verbal d’audition contient les mentions suivantes:

« La Société coopérative intercommunale, ALE, déclare avoir pris connaissance du dossier établi par le secrétariat ainsi que de la note rédigée par celui-ci.

Un échange de vues a lieu entre le Collège et l'opérateur qui expose ses moyens de défense.

Interpellé par la Présidente, l'opérateur déclare n'avoir rien à ajouter à ce qu'il a dit et écrit».

Après avoir délibéré le 20 décembre, le collège d'autorisation et de contrôle prend, le 10 janvier 2001, la décision qui constitue l'acte attaqué. Cette décision, communiquée le lendemain à la partie requérante, est rédigée comme suit:

« 1. L'Association liégeoise d'électricité - ALE reconnaît les faits.

L'opérateur déclare refuser de diffuser le programme Canvas-Ketnet de la télévision du service public de la Communauté flamande malgré l'obligation que lui en fait l'article 22, § 1^{er}, alinéa 5 du décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel qui dispose que: *“le distributeur qui est autorisé à exploiter un réseau de télédistribution doit transmettre au moment de leur diffusion et dans leur intégralité (...) deux programmes de télévision du service public de radiodiffusion de la Communauté flamande”*.

Au soutien de sa défense, l'opérateur évoque plusieurs éléments:

- le fait que la VRT n'a pas demandé à faire usage du droit d'accès au réseau et n'a pas cherché à diffuser son programme dans la province de Liège par voie hertzienne ou par satellite;

- qu'il est disposé à cette transmission à la condition expresse que la VRT prenne en charge les obligations de droit d'auteur et rémunère le passage sur le réseau;

- que la VRT supporte les coûts de captation des signaux ou achemine son signal en tête du réseau de l'A.L.E.

2. Le Collège d'autorisation et de contrôle constate que l'ALE ne diffuse pas, depuis le 1^{er} janvier 2000 au moins, le programme Canvas-Ketnet du service public de télévision de la Communauté flamande.

Lors de l'adoption du décret du 4 janvier 1999 qui a modifié le décret du 17 juillet 1987 relatif aux obligations de must-carry des câblodistributeurs, le législateur a clairement manifesté sa volonté de voir diffuser deux chaînes du service public de la Communauté flamande en Communauté française sans soumettre cette obligation à aucune condition.

L'opérateur ne peut se soustraire à l'obligation de diffusion en invoquant les conditions de son fonctionnement énoncées dans sa défense.

3. En conséquence, le Collège d'autorisation et de contrôle, après en avoir délibéré;

- déclare établie l'infraction reprochée à l'Association liégeoise d'électricité à l'article 22, § 1^{er}, alinéa 5 du décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel,

- condamne la société coopérative intercommunale, Association liégeoise d'électricité-ALE au paiement d'une amende de 15.000 Euros, soit 605.098 Francs belges.»

Considérant que la partie adverse conteste la compétence du Conseil d'État pour connaître du recours au motif que l'acte attaqué a pour unique objet de condamner la partie requérante au paiement d'une amende, que si celle-ci n'est pas payée une contrainte peut être délivrée à sa charge et qu'un recours contre cette contrainte peut être exercé devant les juridictions de l'ordre judiciaire;

Considérant que l'article 22 du décret du 24 juillet 1997 relatif au Conseil supérieur de l'audiovisuel et aux services privés de radiodiffusion sonore de la Communauté française, applicable au moment des faits, est rédigé comme suit:

«§ 1^{er}. Lorsque le Collège constate une infraction aux lois, décrets et règlements en matière d'audiovisuel ou une violation d'obligation découlant d'une convention entre la Communauté française et des opérateurs visés au décret du 17 juillet 1987 ou d'un cahier des charges visés au présent décret, celui-ci peut, dans le respect de la procédure visée à l'article 23, prononcer à l'encontre du titulaire d'une reconnaissance, d'une autorisation ou de tout acte analogue visé au décret déjà cité, une des sanctions suivantes:

- 1° le retrait de l'autorisation ou de tout acte analogue;
- 2° la suspension de l'autorisation ou de tout acte analogue pour une durée maximale de six mois;
- 3° la suspension de la diffusion du programme ou du service incriminé;
- 4° la diffusion sur le programme ou le service incriminé, aux conditions que le Collège d'autorisation et de contrôle fixe, d'un communiqué indiquant que ce collège a constaté une infraction que le communiqué relate;
- 5° une amende dont le montant ne peut être inférieur à dix mille francs ni excéder 3 p.c. du chiffre d'affaires annuel hors taxes, le maximum étant de cinquante millions.

En cas de récidive dans un délai de cinq ans, ce montant est porté à 5 p. c. du chiffre d'affaires annuel hors taxes, sans que le montant maximum puisse excéder septante-cinq millions de francs.

La peine d'amende peut être infligée accessoirement à celles prévues aux 1°, 2°, 3° et 4° du présent paragraphe.

L'acte de retrait de l'autorisation est publié au *Moniteur belge*.

§ 2. Le Gouvernement désigne, au sein de ses services, un ou plusieurs fonctionnaires chargés du recouvrement des amendes ainsi dues, par voie de contrainte qu'ils ont pouvoir de dresser. Ces contraintes sont exécutoires dans les huit jours de la notification qui en est faite au débiteur de l'amende.

Elles sont exécutées par huissier de justice dans les formes prévues par le Code judiciaire.

L'exécution de la contrainte ne peut être suspendue que par une opposition motivée avec citation en justice. A peine de déchéance, cette opposition est faite par exploit signifié au cabinet du Ministre-Président de la Communauté française dans le mois de la notification de la contrainte.

L'action est portée devant le tribunal dans le ressort duquel est situé le domicile ou le siège social du débiteur.

§ 3. En cas de préjudice grave et difficilement réparable, le Collège peut suspendre la diffusion d'un programme ou d'un service pour une durée qui ne peut excéder trois jours.»

Considérant que, si l'opposition visée à l'article 22, § 2, alinéa 3, est susceptible d'empêcher l'exécution d'une contrainte délivrée en vue de recouvrer l'amende prononcée à titre de sanction, elle n'est pas de nature à faire disparaître la sanction elle-même; que l'opposition à la contrainte n'est pas un recours de pleine juridiction, en ce sens qu'elle ne permet au juge qui en est saisi ni de remplacer la sanction prononcée par l'autorité par une autre sanction qu'il jugerait plus adéquate, ni de la modifier, ni même de la mettre à néant;

Considérant qu'une sanction consiste en une mesure désavantageuse, d'ordre moral ou matériel, prononcée à l'égard d'une personne physique ou morale, dont l'objet premier est d'exprimer officiellement la réprobation de l'autorité à l'égard d'un comportement que cette personne a eu et qu'elle juge répréhensible; qu'en plus de l'intérêt matériel qu'elle a à ce que l'obligation de payer l'amende soit écartée, la requérante a un intérêt moral à faire disparaître cette réprobation; que l'autorité dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour prononcer la sanction qu'elle juge appropriée parmi celles que le décret prévoit, avec cette conséquence que sa décision revêt le caractère d'un acte constitutif de droits et d'obligations; que c'est cet acte qui a fait naître dans le chef de la requérante l'obligation de subir la sanction, c'est-à-dire, dans le cas présent, de payer l'amende; que, loin de se borner à tirer les conséquences qui découleraient de la simple application de règles préexistantes, il a une portée juridique propre; qu'en outre, même sur le plan matériel, les effets de cette sanction ne sont pas exclusivement d'ordre pécuniaire; qu'à supposer que la requérante fasse avec succès opposition à la contrainte, la sanction subsisterait et si une infraction était à nouveau constatée dans les cinq ans, la société requérante serait considérée comme récidiviste en sorte qu'une amende plus lourde pourrait lui être infligée; qu'un tel acte est une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État, même alors que son annulation a une répercussion sur des droits et obligations de nature pécuniaire; que le Conseil d'État est compétent pour connaître du recours;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la «légalité» de l'article 22, § 1^{er}, 5^{ème} tiret, du décret du 17 juillet 1987, en ce que celui-ci viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 86 du Traité instituant la Communauté européenne; qu'elle rappelle qu'il résulte de cette disposition que «les télédiffuseurs de la région de langue française sont obligés de télédiffuser les deux chaînes publiques de la communauté flamande soit VRT et CANVAS-KETNET sans condition particulière»; que selon elle, cette disposition établit une discrimination entre ces deux chaînes de télévision et d'autres chaînes de télévision, en l'occurrence les chaînes privées belges et les chaînes étrangères, qui, de leur côté, ne bénéficient pas de dispositions imposant aux sociétés de télédiffusion l'obligation de transmettre leurs programmes sans condition; qu'elle y voit une atteinte aux articles 10 et 11 de la Constitution, doublée, en ce qui concerne les chaînes étrangères, d'une violation de l'article 86 du Traité instituant la Communauté européenne; qu'elle demande que soient posées à la Cour constitutionnelle des questions préjudicielles libellées comme suit:

« 1°. L'article 22 § 1 alinéa 5 du décret du 17/07/1987 modifié par le décret du 04/01/99 viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution Belge dans la mesure où il impose aux télédiffuseurs de diffuser obligatoirement deux chaînes de la

communauté flamande alors que les autres chaînes privées belges doivent d'une part convaincre les télédiffuseurs de les télédiffuser et d'autre part, obtenir du Gouvernement de la Communauté Française l'autorisation d'émettre, toujours révocable;

2°. L'article 22 § 1 alinéa 5 du décret du 17/07/1987 modifié par le décret du 04/01/99 viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution Belge combinés avec l'article 86 du Traité de l'Union européenne en ce qu'il impose aux télédiffuseurs de télédiffuser des programmes de la télévision communautaire flamande alors que les programmes des chaînes publiques et privées étrangères doivent convaincre les télédiffuseurs de les télédiffuser ?»;

qu'elle précise qu'à son estime, si «la discrimination visée s'opère entre chaînes de télévision et ne vise donc pas la requérante», elle a cependant un intérêt propre au moyen; qu'elle se prévaut à cet égard du fait qu'elle est tenue de payer des droits d'auteur pour les programmes qu'elle retransmet, et elle cite divers arrêts du Conseil d'État dont elle déduit que celui-ci a «déjà tranché la question de l'intérêt au moyen lorsqu'une inégalité vise un tiers mais est susceptible de léser l'intérêt du requérant»;

Considérant que la partie adverse répond qu'il résulte de l'ensemble de l'article 22 du décret du 17 juillet 1987 que «la situation est beaucoup plus nuancée que la présente la requérante»; qu'elle relève, d'une part, en ce qui concerne les chaînes belges, que seuls les organismes privés de radiodiffusion relevant de la Communauté flamande et de la Communauté germanophone ne bénéficient pas d'une obligation de «*must carry*» et, d'autre part, en ce qui concerne les chaînes étrangères, que les diffuseurs de la Communauté française ne sont plus soumis à autorisation pour pouvoir transmettre leurs programmes; qu'elle déclare que la circonstance que «les deux chaînes publiques de la Communauté flamande sont dispensées d'obtenir du Gouvernement de la Communauté française l'autorisation d'émettre, toujours révocable» n'est pas constitutive d'une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, mais est une résultante de l'autonomie reconnue à la Communauté flamande de réglementer l'émission de programmes par des organismes de radiodiffusion relevant de sa compétence; qu'en ce qui concerne l'intérêt au moyen, elle note «que l'ensemble de la jurisprudence que la requérante cite à l'appui de son affirmation selon laquelle elle a intérêt au moyen est irrelevante dès lors qu'il s'agit d'arrêts consacrant le principe selon lequel le préjudice grave difficilement réparable requis pour obtenir la suspension d'un acte administratif ne doit pas nécessairement être causé exclusivement au requérant»;

Considérant qu'en réplique, la requérante réfute l'argument déduit du principe d'autonomie des Communautés, en soutenant que «l'objet de la question préjudicielle n'est pas la comparaison des textes de la Communauté flamande et de la Communauté francophone, mais bien le sort réservé au sein de la Communauté

francophone par le décret, aux conditions appliquées, d'une part aux chaînes publiques belges et d'autre part, aux chaînes privées belges ou aux chaînes publiques et privées étrangères»; qu'elle déclare que, si elle «n'est pas directement l'objet de cette discrimination d'autorisation, elle en subit les conséquences via l'imposition d'un système de «*must carry*»;

Considérant que l'article 22, § 1^{er}, 5^{ème} tiret, du décret de la Communauté française du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, modifié par le décret du 4 janvier 1999, impose à la requérante, en sa qualité de distributeur autorisé à exploiter un réseau de télédistribution, de transmettre intégralement et en direct deux programmes de télévision du service public de radiodiffusion de la Communauté flamande; que la sanction attaquée a été infligée pour avoir enfreint cette obligation en ne transmettant qu'un des programmes en cause; qu'à supposer que le décret soit inconstitutionnel en tant qu'il impose le *must carry* pour les programmes de la VRT, la sanction infligée pour avoir enfreint ce décret le serait aussi; que même si la requérante n'est pas la victime directe de la discrimination alléguée, elle a intérêt à invoquer le moyen;

Considérant qu'en application de l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle), il y a lieu de poser à cette Cour les questions sollicitées par la requérante, dans une formulation quelque peu retouchée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Les questions préjudicielles suivantes sont posées à la Cour constitutionnelle:

« 1°. L'article 22, § 1^{er}, 5^{ème} tiret, du décret de la Communauté française du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, modifié par le décret du 4 janvier 1999, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il impose aux télédistributeurs de transmettre deux chaînes de télévision de la communauté flamande, alors qu'il n'impose pas la même obligation pour les autres chaînes privées belges, lesquelles doivent obtenir du Gouvernement de la Communauté française l'autorisation d'émettre, toujours révocable?

2°. Le même article viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 86 du Traité instituant la Communauté européenne

(version consolidée) en ce qu'il impose aux télédiffuseurs de transmettre des programmes de la télévision communautaire flamande alors qu'il n'impose pas la même obligation pour les programmes des chaînes publiques et privées étrangères?».

Article 3.

Les dépens sont réservés.

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

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

Le Greffier assumé,

Le Président,

R. GHODS.

M. LEROY.