CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 190.505 du 16 février 2009

A. 190.702/XV-902
A. 190.704/XV-903
A. 190.705/XV-904
A. 190.706/XV-905
A. 190.708/XV-906

En cause : **la s.a. CIEL IPM**,

ayant élu domicile chez
Me C. DOUTRELEPONT, avocat,
Square Vergote 20
1030 Bruxelles,

contre :

le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel,
ayant élu domicile chez
Me F. JONGEN, avocat,
place des Peintres 8/301
1348 Louvain-la-Neuve,

Parties requérantes en intervention:

1. la s.a. INADI,
ayant élu domicile chez
Me F. TULKENS, avocat,
chaussée de la Hulpe 177/6
1170 Bruxelles,

2. la s.a. NRJ,
ayant élu domicile chez
Me D. RENDERS, avocat,
avenue Winston Churchill 253
1180 Bruxelles,

3. la s.a. NOSTALGIE,
ayant élu domicile chez
Me D. RENDERS, avocat,
avenue Winston Churchill 253
1180 Bruxelles,

4. la s.a. COBELFRA,
ayant élu domicile chez
Me F. TULKENS, avocat,
chaussée de la Hulpe 177/6
1170 Bruxelles.

LE PRESIDENT DE LA XV^e^ CHAMBRE DES REFERES,

Vu la requête introduite le 12 décembre 2008 par la société anonyme Ciel IPM, en ce qu'elle tend à la suspension de l'exécution de la décision du 23 octobre 2008 du Collège d'Autorisation et de Contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel d'attribuer à la s.a. Inadi le réseau communautaire C1 et de l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore Bel RTL par voie hertzienne terrestre analogique (190.702/XV-902);

Vu la requête introduite le même jour par la même requérante en ce qu'elle tend à la suspension de l'exécution de la décision prise le même jour par le même Collège d'attribuer à la s.a. NRJ Belgique le réseau communautaire C4 et de l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore NRJ par voie hertzienne terrestre analogique (190.704/XV-903);

Vu la requête introduite le même jour par la même requérante en ce qu'elle tend à la suspension de l'exécution de la décision prise le même jour par le même Collège d'attribuer à la s.a. Nostalgie le réseau communautaire C3 et de l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore Nostalgie par voie hertzienne terrestre analogique (190.705/XV-904);

Vu la requête introduite le même jour par la même requérante en ce qu'elle tend à la suspension de l'exécution de la décision prise le même jour par le même Collège d'attribuer à la s.a. Cobelfra le réseau communautaire C2 et de l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore Radio Contact par voie hertzienne terrestre analogique (190.706/XV-905);

Vu la requête introduite le même jour par la même requérante en ce qu'elle tend à la suspension de l'exécution de la décision prise le même jour par le même Collège de ne lui attribuer aucun des réseaux de radiofréquences communautaires visés dans sa demande et de ne pas l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore Ciel Info par voie hertzienne analogique sur un réseau communautaire (190.708/XV-906);

Vu la requête introduite le 2 janvier 2009 par laquelle la s.a Inadi demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans l'affaire A. 190.702/XV-902;

Vu la requête introduite le même jour par laquelle la s.a NRJ demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans l'affaire A. 190.704/XV-903;

Vu la requête introduite le même jour par laquelle la s.a. Nostalgie demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans l'affaire A. 190.705/XV-904;

Vu la requête introduite le même jour par laquelle la s.a Cobelfra demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans l'affaire A. 190.706/XV-905;

Vu les requêtes introduites le 14 janvier 2009 par lesquelles la s.a NRJ et la s.a. NOSTALGIE demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans l'affaire A 190.708/XV-906;

Vu les notes d'observations et le dossier administratif;

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

Vu l'ordonnance du 30 janvier 2009 fixant l'affaire à l'audience du 9 février 2009;

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, Mes C. DOUTRELEPONT et K. LEMMENS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Mes F. JONGEN et E. DEFREYNE, avocats, comparaissant pour la partie adverse, Me A. VAN DER HAEGEN, *loco* Me F. TULKENS, avocat, comparaissant pour la première et la quatrième parties requérantes en intervention et Mes D. RENDERS et A. MAQUA, avocats, comparaissant pour la deuxième et la troisième parties requérantes en intervention;

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 s.a. Inadi (190.702/XV-902), NRJ Belgique (190.704/XV-903 et 190.708/XV-906), Nostalgie (190.705/XV-904 et 190.708/XV-906) et Cobelfra (190.706/XV-905), demandent à intervenir dans la procédure; qu'elles sont directement intéressées par l'issue des recours puisqu'elles sont les bénéficiaires des actes attaqués (190.702/XV-902, 190.704/XV-903, 190.705/XV-904 et 190.706/XV-905) ou que l'annulation de l'acte attaqué est de nature à remettre en cause la régularité de la décision leur attribuant une fréquence (190.708/XV-906); qu'il y a lieu d'accueillir leurs interventions dans la procédure en référé;

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

La société anonyme Ciel IPM, requérante, a pour objet social notamment toute activité ou entreprise qui se rapporte à des prestations de services liées aux activités de radio, d'information et de presse et tout particulièrement l'exploitation de stations de radio. Au moment du dépôt de sa candidature à l'attribution des réseaux communautaires, elle exploitait dix radiofréquences dont trois pour lesquelles des titres de reconnaissance provisoire avaient été attribués à des associations sans but lucratif, sept autres étant exploitées sans titre dont quatre sans même être cadastrées.

Le 22 janvier 2008, le *Moniteur belge* publie une série de neuf arrêtés du Gouvernement de la Communauté française du 21 décembre 2007 organisant le plan de fréquences, à savoir:

– un arrêté modifiant le cadastre de fréquences contenu dans le décret du 20 décembre 2001,

– un arrêté établissant le nombre, la structure et la zone de service des réseaux et déterminant quatre réseaux communautaires, deux réseaux urbains ou interurbains et cinq réseaux provinciaux correspondant à chacune des cinq provinces wallonnes,

– un arrêté organisant les modalités de l'appel d'offres conformément à l'article 104 du décret du 27 février 2003 précité,

– et six arrêtés dont l'intitulé indique qu'ils fixent la liste des radiofréquences assignables mais qui en établissent aussi et surtout les caractéristiques techniques.

Le 14 février 2008, le Collège d'autorisation et de contrôle établit une recommandation 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 précité. Cette recommandation, publiée sur le site de la partie adverse, organise la répartition en zones géographiques des lots de fréquences et de réseaux, expose la méthode de qualification des projets selon les profils possibles (géographiques, communautaires,

thématiques, d'expression ou généralistes), un projet pouvant présenter un profil principal et un profil secondaire, et détermine également la méthode de répartition des profils par zones.

Pour ce qui concerne les réseaux à structure communautaire, il expose que cette zone vise le grand public en général et dans son ensemble, que la priorité sera donnée aux formats généralistes, en assurant un équilibre des publics cibles en termes d'âges, tout en tenant compte des critères définis dans la recommandation du 29 août 2007 précitée.

Le 28 mars 2008, à la requête de la partie adverse, un huissier de justice constate la réception, par celle-ci, d'un certain nombre de dossiers de candidatures à l'attribution de radiofréquences, dont ceux de la requérante et des intervenantes. La requérante et les intervenantes ont posé leur candidature à l'attribution d'un des quatre réseaux communautaires disponibles. Le 18 avril, la requérante est informée que sa candidature à l'attribution d'un réseau communautaire est recevable.

Le 24 avril, le Collège d'autorisation et de contrôle établit les profils visés à la recommandation du 14 février. La requérante est considérée comme radio généraliste à titre principal, radio thématique à titre secondaire. Aucune motivation n'accompagne ce classement et les documents déposés n'établissent pas de quelle thématique il s'agirait. Les s.a. NRJ Belgique, Cobelfra, Inadi et Nostalgie sont qualifiées du seul profil de radio généraliste.

Des fiches d'évaluation des candidatures sont établies par les services de la partie adverse. Ces fiches se présentent chacune sous la forme d'un tableau reprenant dix-neuf critères évalués entre trois mentions («insuffisant», «satisfaisant» ou «bon»). Des astérisques accompagnent ces mentions mais leur nombre est identique pour chaque candidature. Deux critères ne sont pas évalués et deux autres comportent une observation identique pour tous les candidats, étant «100%» ou «OK». Un rapport au Collège d'autorisation et de contrôle est établi en vue d'évaluer globalement le projet d'assignation des réseaux communautaires C1 à C4 et urbain U1 quant aux objectifs de pluralisme et de diversité. Il ne comporte aucun élément spécifique relatif à la candidature de la requérante aux quatre réseaux communautaires, mais conclut en proposant l'octroi de réseaux communautaires à la s.a. Inadi et à la s.a. Cobelfra tout en exposant que la position significative du groupe Radio H sera adéquatement limitée par la non-sélection de la s.a. Joker FM et de BFM qui ne présente pas toutes les garanties d'indépendance par rapport au groupe Radio H. Le même raisonnement est suivi pour ce qui concerne le pluralisme culturel.

Le 17 juin, le Collège d'autorisation et de contrôle attribue:

– à la s.a. Inadi («Bel RTL») le réseau communautaire C1,

– à la s.a. Cobelfra («Contact») le réseau communautaire C2,

– à la s.a. Nostalgie le réseau communautaire C3,

– à la s.a. NRJ Belgique le réseau communautaire C4.

Et il n'attribue à la requérante aucun réseau communautaire de radiofréquences et, partant, ne l'autorise pas à éditer le service de radiodiffusion sonore Ciel Info. La requérante a formé contre ces décisions des recours en annulation et en suspension, mais, les actes attaqués ayant été retirés, des arrêts n° 187.831 à 187.835 du 12 novembre 2008 constatent qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les demandes de suspension; les recours en annulation sont toujours pendants.

Le 4 juillet, le Gouvernement de la Communauté française prend un arrêté fixant l'appel d'offres pour l'attribution de radiofréquences et d'un réseau de radiofréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre. Cet arrêté est notamment motivé par la considération que le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a pas attribué le réseau de fréquences U2 et que d'autres fréquences restent disponibles pour des radios indépendantes. Un recours en annulation a été introduit contre cet arrêté par la s.a. Joker FM (189.560/XV-816) et est toujours pendant.

Le 18 août, la requérante dépose sa candidature à l'attribution du réseau U2. Le 16 octobre 2008, le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel lui attribue ce réseau. Un recours en annulation a été introduit contre cette décision par la s.a. Joker FM (190.779/XV-915).

Le 23 octobre 2008, le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel retire ses décisions du 17 juin 2008 citées ci-dessus, et décide:

– de n'attribuer à la requérante aucun des réseaux de radiofréquences communautaires visés dans sa demande de mars 2008; il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire 190.708/XV-906; en même temps, il confirme, pour autant que de besoin, que le réseau U2 lui est attribué par sa décision du 18 août;

– d'autoriser la s.a. Inadi à éditer le service de radiodiffusion sonore Bel RTL et de lui assigner le réseau de radiofréquences C1; il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire 190.702/XV-902;

– d'autoriser la s.a. Cobelfra à éditer le service de radiodiffusion sonore Radio Contact et de lui assigner le réseau de radiofréquences C2; il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire 190.706/XV-905;

– d'autoriser la s.a. Nostalgie à éditer le service de radiodiffusion sonore Nostalgie et de lui assigner le réseau de radiofréquences C3; il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire 190.705/XV-904;

– d'autoriser la s.a. NRJ Belgique à éditer le service de radiodiffusion sonore NRJ et de lui assigner le réseau de radiofréquences C4; il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire 190.704/XV-903;

Toutes ces décisions valent pour une durée de neuf ans à compter du 22 juillet 2008.

Considérant que les recours sont connexes et qu'il y a lieu de les joindre;

Considérant que la requérante soutient que l'exécution immédiate des actes attaqués risque de causer un préjudice grave difficilement réparable au sujet duquel elle fait valoir, en substance, qu'elle doit arrêter ses émissions de manière définitive tant que l'impossibilité d'utiliser les fréquences perdure, que l'autorisation dont elle dispose pour le réseau U2 est une autorisation précaire susceptible d'annulation ou de suspension et dont les caractéristiques techniques ne sont pas comparables à celles d'un réseau communautaire, que les actes attaqués portent atteinte à sa liberté d'expression, et l'empêchent de réaliser son objet social, que la gravité du préjudice est liée à la nature de l'illégalité, celle-ci étant manifeste et connue de la partie adverse, que les actes attaqués la privent d'un marché de référence et que la suspension paraît indispensable pour éviter l'aggravation du préjudice;

Considérant que le préjudice lié à la cessation définitive de ses activités tient en la perte de recettes publicitaires, lesquelles couvrent la quasi-totalité du budget de la requérante; qu'il ressort du dossier qu'avant les décisions attaquées, la requérante émettait sur dix fréquences, dont sept sans autorisation; qu'elle-même estime être parvenue à acquérir une audience d'environ 30.000 auditeurs; qu'avec l'attribution du réseau U2, elle a l'autorisation d'émettre sur 23 fréquences couvrant une population de plus de 3 millions d'habitants, à peine inférieure à celle des réseaux communautaires; qu'il n'est guère plausible qu'avec cette augmentation notable d'audience, sa situation se trouve détériorée comme elle l'allègue au motif qu'elle n'a pas obtenu un des réseaux communautaires auxquels elle avait posé sa candidature, dès lors qu'il est établi qu'elle n'a jamais exploité un réseau de cette ampleur; que sa liberté d'expression n'est pas entravée; que la circonstance qu'un recours en annulation, non assorti d'une demande de suspension, a été introduit contre l'autorisation qui lui a été donnée d'exploiter le réseau U2, ne l'empêche pas d'utiliser cette autorisation, et qu'il n'est pas allégué qu'en cas d'annulation, la décision attaquée ne pourrait être refaite, purgée de

ses vices; qu'en cet aspect, le risque de préjudice grave difficilement réparable n'est pas établi;

Considérant qu'en tant que la requérante lie le préjudice à la nature de l'illégalité, elle commet une confusion entre deux conditions bien distinctes qui doivent être réunies pour que le Conseil d'Etat puisse suspendre l'exécution d'un acte attaqué: l'illégalité d'une part, et le risque de préjudice grave difficilement réparable d'autre part; que le risque de préjudice ne peut se déduire de l'existence d'une illégalité, fût-elle avérée et grave, sous réserve des cas, exceptionnels et étrangers à l'espèce, où l'administration commet un détournement de pouvoir ou adopte un comportement empreint d'une mauvaise volonté caractérisée qui confine au détournement de pouvoir; que par ailleurs, l'éviction de la requérante des réseaux communautaires ne procède pas d'appréciations dévalorisantes qui auraient été portées sur elle, de sorte que les décisions attaquées ne lui ont pas causé de préjudice moral;

Considérant que la perte d'un «marché de référence» invoquée dans le requête est, prise au pied de la lettre, dépourvue de pertinence, l'attribution de fréquences n'étant pas un «marché», lequel se caractérise par la conclusion d'un contrat de travaux, de fournitures ou de services entre l'administration et le soumissionnaire retenu; qu'à comprendre l'argument comme une comparaison avec la situation que connaît le soumissionnaire évincé d'un marché, encore faudrait-il constater qu'alors que les travaux réalisés sont, dans beaucoup de marchés, un des critères d'appréciation des offres, l'article 56 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion ne place parmi les critères d'appréciation des demandes d'autorisation, qu'un seul critère qui présente une certaine parenté avec la réalisation d'un marché de référence, à savoir «l'expérience acquise dans le domaine de la radiophonie par les demandeurs»; qu'une telle expérience peut s'acquérir dans l'exploitation d'un réseau interurbain comme celui qui a été attribué à la requérante, de sorte que la décision de ne pas lui attribuer un des réseaux communautaires n'est pas de nature à l'empêcher d'acquérir une telle expérience et de lui causer le préjudice allégué;

Considérant que le risque de préjudice allégué n'étant établi en aucun de ses éléments, il n'y a pas lieu d'examiner l'argumentation développée à propos de la nécessité d'éviter l'aggravation du préjudice, ni sa légitimité, qui n'est pas contestée;

Considérant qu'une des conditions requises pour que le Conseil d'Etat puisse suspendre l'exécution de l'acte attaqué n'est pas remplie; que la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1er.

Les affaires portant les n/ A. 190.702/XV-902, A. 190.704/XV-903, A. 190.705/XV-904, A. 190.706/XV-905 et A. 190.708/XV-906 sont jointes.

Article 2.

Les requête en intervention introduites par la s.a N.R.J, la s.a COBELFRA, la s.a INADI et la s.a. NOSTALGIE sont accueillies dans la procédure en référé.

Article 3.

Les demandes de suspension sont rejetées.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XVe chambre des référés, le seize février deux mille neuf par :

M. LEROY, président de chambre,
Mme ROBA, greffier.

Le Greffier, Le Président,

N. ROBA. M. LEROY.