

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 204.445 du 28 mai 2010

A 167.027/XV-469

En cause : la s.a. **BELGIUM TELEVISION (B.T.V)**,
ayant élu domicile chez
Me J.-L. LODOMEZ, avocat,
Place du Champ de Mars 5
Tour Bastion
1050 Bruxelles,

contre :

le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel,
ayant élu domicile chez
Me J. BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 20 octobre 2005 par la société anonyme BELGIUM TELEVISION (en abrégé B.T.V.), qui demande l'annulation de «la décision rendue le 24 août 2005 par le Collège d'autorisation et de contrôle institué au sein du Conseil supérieur de l'audiovisuel de la Communauté française de Belgique la condamnant à une amende de 20.000 euros et à la diffusion du communiqué suivant :

" Y.T.V. a été condamnée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour la diffusion sur le service AB4 d'un programme intitulé "Sex Shop" sans respecter les dispositions relatives à la protection des mineurs" »;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

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

Vu l'ordonnance du 23 avril 2010 fixant l'affaire à l'audience du 18 mai 2010 à 9 heures 30;

Entendu en son rapport, M. QUERTAINMONT, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me J. TERFVE, *loco* Me J.-L. LODOMEZ, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me J. BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. AMELYNCK, 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:

1. La société requérante, anciennement dénommée *Youth Channel Television* (en abrégé YTV) exploite les chaînes de télévision dénommées «AB3» et «AB4».

2. Le 2 février 2005, un agent du secrétariat d'instruction de la partie adverse procède au visionnage d'une émission dénommée «Sex Shop», diffusée le 24 janvier 2005 sur AB4 entre 22h50 et 00h15.

Ce visionnage donne lieu à un courrier, adressé le 8 février 2005 à la société requérante par le secrétaire d'instruction du Conseil supérieur de l'audiovisuel et rédigé dans les termes suivants:

« Dossier 14/05 : Emission "Sex Shop" diffusée sur AB4.
Le visionnage de l'émission "Sex Shop", diffusée sur AB4 le 24 janvier 2005, a fait apparaître des images relevant de la catégorie de programmes "déconseillés aux mineurs" et justifiant la signalétique [-18] prévue aux articles 9 et 10 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française relatif à la protection des mineurs contre les programmes de télévision susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral.
Je souhaiterais connaître vos commentaires à ce sujet par retour du courrier».

3. Ce courrier ayant été laissé sans suite par la société requérante, le secrétaire d'instruction rédige le 23 février 2005 un rapport à l'attention du Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A.

Le 2 mars suivant, ce Collège décide de notifier à la s.a. Y.T.V. «le grief d'avoir diffusé, le 24 janvier 2005 au moins, sur le service AB4 le programme "Sex Shop", en contravention à l'article 9, 1/ et 2/, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion et aux articles 9 et 10 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 1^{er} juillet 2004 relatif à la protection des mineurs contre les programmes susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral».

Ce grief et le rapport d'instruction sont notifiés le jour même à la requérante, qui est invitée à comparaître le 13 avril suivant.

4. La requérante n'ayant pas comparu au cours de cette séance, le Collège d'autorisation et de contrôle décide le 18 mai 2005 ce qui suit :

« (...) Après en avoir délibéré, le Collège d'autorisation et de contrôle condamne la s.a. Y.T.V. à une amende administrative de vingt mille euros (20.000 euros) et à la diffusion du communiqué suivant :

"Y.T.V. a été condamnée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour la diffusion sur le service AB4 d'un programme intitulé "Sex Shop" sans respecter les dispositions relatives à la protection des mineurs".

Ce communiqué doit être affiché et lu, pendant 30 secondes, immédiatement avant la diffusion sur AB4 du film de la première partie de soirée, à trois reprises dans les 90 jours de la notification de la présente décision».

5. La requérante ayant fait le 1^{er} juin 2005 opposition à cette décision, conformément à l'article 158, § 5, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, et ayant transmis le 5 juillet 2005 à la partie adverse un mémoire contenant des moyens de défense, elle est entendue lors de la séance du Collège d'autorisation et de contrôle du 6 juillet 2005. Le 24 août 2005, le Collège adopte la décision attaquée; elle est rédigée comme suit :

« 1. Exposé des faits

L'éditeur de services a diffusé, sur le service AB4, le 24 janvier 2005, un programme intitulé "Sex shop". Ce programme était diffusé après 22 heures et accompagné de la signalétique visée aux articles 7 et 8 de l'arrêté du gouvernement de la Communauté française relatif à la protection des mineurs contre les programmes de télévision susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral ("déconseillé aux moins de 16 ans").

Ce programme est composé de différentes séquences. La séquence intitulée "sexpertise" est consacrée aux "spectacles" organisés par le "docteur Susan Block" qui déclare d'entrée de jeu présenter la célébration annuelle de la fête de l'Eros. Des scènes se succèdent auxquelles il est dit que les spectateurs peuvent participer. Une de celles-ci montre un homme ayant des relations sexuelles avec une femme devant les spectateurs, tandis que d'autres femmes se caressent et qu'une femme utilise un objet qualifié de "masturbateur" dont l'utilisation entre les fesses d'une jeune femme est filmée en gros plan et qu'une spectatrice est invitée à participer à la scène en flagellant la précédente d'un fléau en plumes.

Une séquence, intitulée "sexe-états", présente ensuite un reportage consacré à la fabrication et à l'usage de poupées en silicone, par des séquences réalistes de démonstration et de mise en situation. Parmi celles-ci, on peut voir, en plan rapproché:

- une poupée à peau noire pénétrée par un homme qui lui maintient les cuisses autour de sa taille, tout en lui caressant les seins,
- la pénétration répétée, présentée en gros plan, d'un pénis en érection dans le vagin de la poupée,
- le gros plan d'un homme debout qui introduit son pénis dans la bouche de la poupée qu'il a agenouillée et dont il tient fermement la tête.

Un texte en surimpression souligne les qualités de la poupée "de rêve", "docile et silencieuse" avec laquelle "tout est possible, avec ses trois orifices".

Des commentaires élogieux de l'employée de la société fabriquant ces poupées accompagnent ces séquences: "La sensation est très réaliste, voire ultra réaliste. L'effet de succion est tellement puissant que l'orgasme est très intense".

Une dernière séquence, intitulée "sexercice" montre une femme nue, couchée sur le dos dans un lit, se masturbant avec un pénis artificiel.

2. Argumentaire de l'éditeur de services

Par courrier du 25 février 2005, l'éditeur de services informe le Collège qu'il diffuse désormais ce programme accompagné de la signalétique visée aux articles 9 et 10 de l'arrêté du gouvernement de la Communauté française relatif à la protection des mineurs contre les programmes de télévision susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral ("déconseillé aux moins de 18 ans").

Tant dans son acte d'opposition du 1^{er} juin 2005 formé contre la décision par défaut du Collège du 18 mai 2005 que dans le mémoire déposé par le conseil de l'éditeur à l'audience du 6 juillet 2005, l'éditeur de services affirme que la protection des mineurs a toujours été au centre de ses préoccupations et qu'il s'est toujours efforcé de choisir une heure de diffusion appropriée pour ses programmes et de respecter les avertissements du Collège quand ils étaient légitimes.

L'éditeur estime qu'une vigilance particulière s'est exercée au sujet du programme "Sex shop":

- la signalétique "déconseillé aux mineurs de moins de 16 ans" était apposée;
- un panneau d'avertissement était apposé;
- le programme était diffusé après 22 heures.

L'éditeur estime enfin *"qu'il est difficile de tracer une limite claire entre ce qui présente un caractère érotique ou pornographique, de sorte qu'une erreur d'appréciation aurait pu être commise par tout diffuseur normalement prudent et diligent"*. L'éditeur précise d'ailleurs que, *"désireux d'assurer au mieux la protection du public, il propose désormais ce programme, ensuite de la notification de griefs du 2 mars 2005, avec l'opposition "interdit aux moins de 18 ans"*.

Le mémoire précise toutefois que le changement de signalétique intervenu après la notification du 2 mars 2005 aurait été fait *"sans reconnaissance préjudiciable"*.

Par ailleurs, dans ce mémoire, le conseil de l'éditeur émet diverses considérations sur le fait que les droits de la défense supposeraient que l'ensemble de ses propos à l'audience puisse faire l'objet d'une consignation par écrit et affirme que, faute d'un procès-verbal d'audience validé par ses soins, il fait valoir ses observations par écrit *"excluant de la sorte tout aveu ou toute reconnaissance qui n'aurait pas été formulée par écrit"*.

Enfin, le conseil de l'éditeur *"maintient, même si il sait que c'est en vain, les causes de récusation déjà produites devant le Collège dans le cadre des procédures qui ont donné lieu aux décisions du 10 décembre 2003 et du 28 janvier 2004"* et tient ces causes de récusation *"pour intégralement reproduites dans son mémoire"*.

3. Décision du Collège d'autorisation et de contrôle

Les considérations du conseil de l'éditeur quant au procès-verbal d'audience sont sans pertinence en la cause, le conseil de l'éditeur s'étant abstenu à l'audience du 6 juillet de toute considération ne figurant pas dans son mémoire. Au surplus, il est rappelé que le respect des droits de la défense n'impose pas à une autorité administrative statuant comme le fait le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel, pas plus d'ailleurs qu'à une autorité judiciaire, de consigner sur papier l'ensemble des déclarations faites à l'audience par l'une ou l'autre partie, mais plutôt de répondre à tous les arguments de fait et de droit développés dans les écrits de procédure ou à l'audience.

Quant à la récusation du Collège

Le principe de l'autonomie des causes implique qu'une partie fasse valoir, dans le cadre de chaque dossier de façon spécifique, les arguments de fait et de droit qu'elle souhaite voir rencontrer par l'autorité à laquelle incombe la décision.

L'argumentation par renvoi à des causes antérieures quant à la récusation du Collège ne peut donc être tenue pour intégralement, ni moins encore valablement, reproduite en l'espèce, en manière telle que le Collège ne peut ni ne doit rencontrer ici ces arguments.

Ce n'est donc que surabondamment qu'on constatera que la décision du Collège du 10 décembre 2003, à laquelle se réfère d'ailleurs expressément l'éditeur, a rencontré les moyens de défense qu'il avait avancés sur ce point.

Quant au fond

Le Collège constate qu'en affirmant que la protection des mineurs a toujours été au centre de ses préoccupations et qu'il s'est toujours efforcé de choisir une heure de diffusion appropriée pour ses programmes et de respecter les avertissements du Collège quand ils étaient légitimes, l'éditeur énonce une pétition de principe non autrement étayée. Le Collège rappelle au contraire qu'il a déjà constaté plusieurs manquements en matière de dignité humaine et de protection des mineurs dans le chef de l'éditeur.

L'article 9 2/ du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion prohibe l'édition *"des programmes susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs, notamment des programmes comprenant des scènes de pornographie ou de violence gratuite"*. Quant à l'arrêté du 1^{er} juillet 2004 du Gouvernement de la Communauté française relatif à la protection des mineurs contre les programmes de télévision susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral, il prescrit en ses articles 9 et 10 que les programmes pornographiques ou de très grande violence susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ne peuvent être diffusés qu'en étant identifiés par la mention *"déconseillé aux mineurs de moins de dix-huit ans"* et qu'à l'aide de signaux codés ou en recourant à un ou des dispositifs qui permette à l'abonné de n'y accéder qu'après avoir saisi un code d'accès personnel.

La prétendue difficulté qu'il y aurait, selon l'éditeur, à faire la distinction entre ce qui présente un caractère érotique ou pornographique ne peut être retenue comme circonstance atténuante du comportement de l'éditeur. Dès lors qu'il s'agit de protéger les mineurs contre des scènes qui pourraient nuire gravement à leur épanouissement physique, mental ou moral, c'est une obligation de résultat et non une simple obligation de moyen qui pèse sur les éditeurs.

On entend par pornographie, *"(gr, Pornè, prostituée, et graphein, écrire) la représentation complaisante de sujets, de détails obscènes dans une oeuvre littéraire, artistique ou cinématographique"* (*Le Petit Larousse*, éd. 2000, p. 807). Est obscène, ce qui *"blesse ouvertement la pudeur par des représentations d'ordre sexuel"* (*ibidem*, p. 707).

Les images réalistes, de surcroît en gros plan, de la pénétration d'un pénis en érection dans le "vagin" d'une poupée en silicone constituent à elles seules une représentation blessant ouvertement la pudeur, excédant manifestement les représentations suggérées de l'acte sexuel généralement admises comme n'étant pas de nature à nuire gravement à l'épanouissement des mineurs; ces images constituent des scènes de pornographie susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs au sens de l'article 9 2/ du décret du 27 février 2003.

Il appartenait à l'éditeur d'identifier ce programme par un pictogramme rond de couleur blanche avec l'incrustation d'un - 18 en noir, conformément à l'article 9 de l'arrêté du 1^{er} juillet 2004 du Gouvernement de la Communauté française relatif à la protection des mineurs contre les programmes de télévision susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral et de ne le diffuser qu'à l'aide de signaux codés conformément à l'article 10 du même arrêté.

Le conseil de l'éditeur a beau avoir précisé dans son mémoire du 6 juillet 2005 que le changement de signalétique appliqué après la notification de griefs

du 2 mars 2005 avait été faite "sans reconnaissance préjudiciable" - précaution oratoire que n'avait pas prise l'éditeur dans son acte d'opposition du 1^{er} juin 2005 -, il y a bien là un fait qui indique que l'éditeur de services s'est rendu compte du caractère pornographique et non pas simplement érotique du programme litigieux. La signalétique " -18" ne constitue qu'une des deux mesures requises par l'arrêté du 1^{er} juillet 2004 pour protéger les mineurs contre les programmes contenant des scènes de pornographie susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral; cette mesure est indissociable de l'autre mesure requise par l'article 10 de l'arrêté, à savoir une diffusion par signaux codés ou avec un dispositif de code d'accès personnel, ce qui ne fut pas fait.

Il ressort de ce qui précède, et quelles que soient les mesures de vigilance qu'il estime avoir prises, (que) l'éditeur a, en diffusant sur le service AB4, le 24 janvier 2005 au moins, le programme "Sex shop", contrevenu tant à l'article 9 2/ du décret du 27 février 2003 qu'à l'arrêté du 1^{er} juillet 2004. Le grief est établi.

Le Collège d'autorisation et de contrôle relève la gravité de la violation constatée d'une disposition essentielle du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion que constitue son article 9 quant au respect de la protection des mineurs. Il relève également les antécédents de l'éditeur en matière de contraventions à cette disposition.

Ces manquements répétés témoignent de la méconnaissance délibérée et caractérisée tant des dispositions visées, que des objectifs que ces dispositions poursuivent. Ce faisant, l'éditeur méconnaît gravement et de manière persistante ses obligations en tant qu'éditeur autorisé en Communauté française.

Vu ces éléments, en particulier les décisions ayant vainement sanctionné l'éditeur pour des griefs de même nature, une sanction d'une sévérité accrue, étant de 20.000 € (vingt mille euros) et la diffusion d'un communiqué se justifient.

En conséquence, après en avoir délibéré, le Collège d'autorisation et de contrôle, confirmant la décision du 18 mai 2005, condamne la S.A. BTV (anciennement YTV) à une amende administrative de vingt mille euros (20.000 €) et à la diffusion du communiqué suivant :

"YTV a été condamné par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour la diffusion sur le service AB4 d'un programme intitulé "Sex Shop" sans respecter les dispositions relatives à la protection des mineurs".

Ce communiqué doit être affiché et lu, pendant 30 secondes, immédiatement avant la diffusion sur AB4 du film de la première partie de soirée, à trois reprises dans les 90 jours de la notification de la présente décision».

Considérant qu'il ressort des documents annexés au dernier mémoire que la décision d'agir en justice a été prise par l'organe compétent de la requérante; que le recours est recevable;

Considérant que la requérante soulève un premier moyen pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que la procédure d'infraction instituée par l'article 158 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion ne garantit pas au contrevenant un procès équitable;

que dans une première branche du moyen, la requérante soutient que le Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. ne constitue pas un organe indépendant et impartial, car il est en effet juge et partie étant donné qu'il effectue à la fois des missions d'instruction, de poursuite et de jugement, rompant ainsi l'équilibre des armes; qu'elle estime qu'«un système où, comme en l'espèce, la personne habilitée à prononcer

en toute indépendance des sanctions administratives assimilables à des peines est également chargée de rechercher, de constater et d'instruire les infractions, ne satisfait pas aux exigences ni d'une justice, ni d'une bonne administration au sens des articles 6 CEDH et 14 du PIDCP»; que dans son mémoire en réplique, la requérante ajoute que si doute il devait y avoir quant à la violation de son droit à un procès équitable, il devrait alors être posé à l'assemblée générale de la section du contentieux du Conseil d'Etat la question préjudicielle de la compatibilité des articles 29 à 47 du règlement d'ordre intérieur du Conseil supérieur de l'audiovisuel aux articles 10 et 11 de la Constitution; qu'elle demande également, dans l'hypothèse du même doute, qu'il soit alors posé à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle de la compatibilité aux articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 158 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion;

que dans une deuxième branche de son moyen, la requérante relève que la procédure d'infraction instituée par le décret sur la radiodiffusion ne prévoit aucun mécanisme de récusation forcée ou de prise à partie, alors que ce même décret oblige tout membre du Collège à se récuser «lorsqu'il sait en sa personne une cause de récusation»;

que dans une dernière branche du moyen, la requérante souligne également que la procédure d'infraction instituée par le décret sur la radiodiffusion ne prévoit aucun recours effectif devant un organe d'appel, mais tout au plus un recours devant le Conseil d'Etat, qui n'est pas de pleine juridiction; qu'elle expose que si selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les dispositions qu'elle invoque ne s'opposent pas à l'existence d'un système attribuant à l'autorité la poursuite et la répression d'infractions, c'est à la condition que le justiciable puisse soumettre le contrôle de la sanction infligée à une instance judiciaire offrant toutes les garanties prévues à ces dispositions, ce qui suppose une appréciation des éléments de fait et de droit au stade du recours;

Considérant que le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion n'organise pas de confusion entre les fonctions d'instruction, de poursuite et de sanction des infractions; qu'il ressort en effet de l'article 158 de ce décret et du règlement d'ordre intérieur du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 8 juin 2004 que c'est le secrétariat d'instruction du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui a pour mission d'ouvrir une information, lorsqu'une plainte ou un fait susceptible de constituer une violation ou un manquement aux obligations imposées par le décret sur la radiodiffusion sont portés à sa connaissance; que le secrétariat assure ensuite l'instruction du dossier, rédige un rapport d'instruction, qui est transmis au Collège d'autorisation et de contrôle et que c'est à partir de ce rapport d'instruction que le Collège décide de notifier ou non les griefs à l'éditeur de services concerné et, éventuellement, rendra une décision motivée

prononçant une sanction à charge du contrevenant; que les phases d'instruction, d'une part, et de jugement, d'autre part, sont ainsi menées par des organes différents, quand bien même le Collège se prononce, sur rapport du secrétaire d'instruction, sur l'opportunité d'engager des poursuites; qu'il en va d'autant plus ainsi que le secrétaire d'instruction ne prend pas part aux délibérations relatives aux sanctions infligées; qu'à cet égard, le moyen, spécialement en sa première branche, est mal fondé;

Considérant, en ce qui concerne la deuxième branche du moyen et l'absence, critiquée par la requérante, de mécanisme obligatoire de récusation forcée ou de prise à partie, que la requérante ne soutient nullement que dans l'hypothèse où un tel mécanisme aurait été prévu, elle aurait eu un motif sérieux d'y recourir à l'occasion de la procédure ayant conduit à l'élaboration de l'acte attaqué, en sorte que l'on n'aperçoit pas l'intérêt qu'aurait la requérante à cet aspect de son moyen; qu'au surplus, la critique de la requérante vise davantage le décret du 27 février 2003 que l'acte attaqué; qu'il s'ensuit que le moyen est irrecevable, le Conseil d'Etat étant sans compétence pour se prononcer sur le caractère éventuellement discriminatoire de dispositions décrétales;

Considérant, en ce qui concerne la dernière branche et l'absence dénoncée par la requérante de «recours effectif» permettant le contrôle de la sanction prononcée par le Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A., que l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que la jurisprudence développée par la Cour européenne à ce sujet imposent que les sanctions prononcées par des autorités administratives indépendantes ou des autorités de régulation puissent faire l'objet d'un recours porté devant un tribunal indépendant et impartial disposant d'un «pouvoir de pleine juridiction» et qui présente toutes les garanties exigées par l'article 6 de la Convention de sauvegarde;

Considérant que l'expression de «pleine juridiction», quoique couramment utilisée par la doctrine pour désigner les compétences que le Conseil d'Etat exerce en application de l'article 16 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ne figure pas dans ces lois, mais dans plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme;

Considérant que, saisi d'un recours en annulation, le Conseil d'Etat exerce un contrôle complet de légalité, statue sur les points de fait comme sur les questions de droit, vérifie l'exactitude, la pertinence et l'admissibilité des motifs sur lesquels repose la décision attaquée, et, particulièrement en matière de sanctions, juge s'il existe un rapport de proportionnalité entre le comportement sanctionné et la peine prononcée; que s'il est vrai qu'il ne peut substituer sa décision à celle de l'autorité administrative

qui a prononcé la sanction, il reste que lorsqu'il annule cette décision, l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt d'annulation, et si elle prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision; qu'à propos du recours en annulation de droit français, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il n'y avait pas de violation de l'article 6.1 de la Convention lorsqu'une sanction prononcée par un organe administratif «a été soumise au contrôle subséquent d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction et offrant toutes les garanties de cette disposition», à savoir, «au contrôle du tribunal administratif et de la cour administrative d'appel, lesquels sont des organes jouissant de la compétence de pleine juridiction, et devant lesquels la requérante a pu librement et utilement faire valoir l'ensemble de ses arguments» (trois décisions sur la recevabilité du 30 juin 2009, sur les requêtes n° 14308/08, *Hatice BAYRAK*, n° 43563/08, *Tuba AKTAS* et n° 18527/08, *Mahmoud Sadek GAMALEDDYN c/ France*); qu'en ce qui concerne l'étendue du contrôle exercé, le recours en annulation porté devant le Conseil d'Etat belge ne diffère pas substantiellement de celui qu'exercent les juridictions administratives françaises; qu'il s'ensuit que le Conseil d'Etat doit être considéré comme un juge de pleine juridiction, lorsqu'il statue sur des recours en annulation pour excès de pouvoir dirigés contre des sanctions prononcées par des autorités administratives indépendantes ou des autorités de régulation; qu'à cet égard, le moyen soulevé par la requérante n'est pas fondé;

Considérant par ailleurs qu'est irrecevable la demande de la requérante, formulée dans son mémoire en réplique, de poser une question préjudicielle à l'assemblée générale de la section du contentieux administratif se rapportant à la compatibilité des dispositions du règlement d'ordre intérieur du C.S.A. avec les articles 10 et 11 de la Constitution; que s'il est vrai qu'au moment du dépôt du mémoire en réplique (le 28 avril 2006), la disposition de l'article 93 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, remplacé par la loi du 16 juin 1989 et modifié par la loi du 4 août 1996, permettait qu'une telle question préjudicielle soit posée à la demande du requérant, faite au plus tard lors du dépôt du mémoire en réplique, cette disposition a toutefois été abrogée par l'article 49 de la loi du 16 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du contentieux des étrangers, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2006; que comme toute loi de procédure, cette disposition s'applique immédiatement aux procédures en cours; qu'il s'ensuit que la question préjudicielle suggérée par la requérante ne peut plus être posée à l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat;

Considérant enfin, au sujet de la demande formulée par la requérante dans son mémoire en réplique de voir poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, que les développements de son premier moyen n'exposent nullement en quoi l'article 158 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion violerait les articles 10 et 11 de la Constitution; que si le dernier mémoire contient de longs développements sur le droit à un procès équitable et sur la nature du recours ouvert à l'encontre des sanctions prononcées par le C.S.A., seule la formulation de la question à poser à la Cour constitutionnelle, figurant à titre subsidiaire à la dernière page du dernier mémoire, permet de comprendre que dans l'esprit de la requérante il y aurait «une différence de traitement discriminatoire dès lors que [l'article 158 du décret] organise une procédure au cours de laquelle le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel cumule les fonctions de poursuite et de jugement»; qu'ainsi que cela a été exposé ci-avant à l'occasion de l'examen de la première branche du moyen il ne peut être raisonnablement soutenu que l'article 158 précité organiserait une confusion entre les fonctions d'instruction et de sanction des infractions, les phases d'instruction, d'une part, et de jugement, d'autre part, étant menées par des organes nettement différents; qu'il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de poser à ce sujet une question à la Cour constitutionnelle;

Considérant que la requérante soulève un deuxième moyen pris «d'une violation des formes substantielles et des droits de la défense ainsi que des articles 136 et 158, § 1^{er}, du décret sur la radiodiffusion, 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques»;

que la requérante indique que les membres du Collège d'autorisation et de contrôle ont refusé, dans la perspective de l'adoption de la décision attaquée, de se récuser, alors que dans une composition quasiment identique, ce Collège s'était opposé à trois reprises, en 1999 et 2000, à l'octroi à son bénéfice d'une autorisation d'éditer un nouveau service de télévision privée en Communauté française (AB3), que ce même Collège, toujours dans une composition quasiment identique, avait également émis en juillet 2000 un avis défavorable sur un projet de convention d'exploitation à conclure avec elle et, enfin, avait constaté en septembre 2003 divers manquements de la requérante qui ont donné lieu à des sanctions; que la requérante souligne qu'elle a droit à l'impartialité et estime que le Collège d'autorisation et de contrôle ne pouvait plus, de par ses prises de position collectives ou individuelles de ses membres, être considéré comme un organe indépendant et impartial à son égard, en sorte que ses membres devaient se récuser; qu'elle soutient dans son mémoire en réplique que ses droits de la défense ont également été violés, dès lors que les membres du Collège auraient dû se

récuser, comme elle l'avait sollicité, et dès lors qu'il n'existe pas dans le décret de mécanisme de récusation forcée;

Considérant que la circonstance qu'une sanction administrative a été prise précédemment à l'encontre d'un administré par la même autorité que celle qui avait pris une première sanction ne peut à elle seule établir un défaut d'impartialité dans le chef de cette autorité; que la requérante reste en défaut d'établir concrètement que les membres du Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. auraient fait preuve de partialité en prenant la décision attaquée; qu'il en va d'autant plus ainsi qu'en l'espèce, si ce Collège a eu à connaître précédemment d'une demande d'autorisation de la requérante (pour laquelle il ne disposait que d'une compétence d'avis) ou de griefs formulés à son encontre, ni cette demande ni ces griefs ne présentent de rapport avec les manquements ayant donné lieu à la sanction prononcée par l'acte attaqué; que pour le reste, ainsi qu'il a déjà été exposé à l'occasion de l'examen de la deuxième branche du premier moyen, l'absence, dans le décret du 27 février 2003, d'un mécanisme de récusation forcée des membres du Collège d'autorisation et de contrôle, n'est pas la cause d'une illégalité de l'acte attaqué; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé;

Considérant qu'un troisième moyen de la requête est pris «d'une violation des principes de proportionnalité et des règles constitutionnelles d'égalité de traitement et de non-discrimination»;

que dans une première branche, la requérante soutient que le large éventail de sanctions prévues par l'article 156 du décret sur la radiodiffusion - allant de la simple réprimande à la suppression de l'autorisation d'émettre - témoigne de la volonté du législateur d'imposer au Collège d'autorisation et de contrôle d'adapter la mesure aux circonstances propres à chaque cas d'espèce; qu'à cet égard, la requérante reproche à l'acte attaqué, qui la condamne à une amende de 20.000 euros et à l'affichage et à la lecture d'un communiqué sur antenne, de ne pas avoir tenu compte des circonstances propres à son cas, circonstances qu'elle rappelle dans sa requête;

que dans une deuxième branche, la requérante soutient que la décision attaquée «est sans commune mesure avec ce que le Collège d'autorisation et de contrôle, habituellement plus clément lorsque le fait est reproché à la RTBF et surtout à la sa TVi, ordonnait habituellement lorsqu'il se prononçait sur le respect des règles relatives à l'épanouissement des mineurs»; que dans son mémoire en réplique, la requérante présente un tableau comparatif de ces procédures, qui comporte la mention de la nature des sanctions décidées par la partie adverse, et elle estime que ce tableau met en évidence qu'«elle se voit à chaque fois (à une exception près) infliger une peine d'amende alors que les autres opérateurs ont majoritairement droit à un avertissement

ou à la lecture d'un communiqué»; qu'elle conclut qu'au regard de ces précédents, les faits qui lui sont reprochés auraient dû donner lieu à une sanction moins sévère que celle qui lui a été infligée;

que dans une dernière branche du moyen, la requérante rappelle, sans exposer pour autant la conséquence qu'elle en tire, que le principe d'égalité est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé;

Considérant, sur la première et la troisième branches du moyen et quant à la proportionnalité de la sanction par rapport aux faits reprochés à la requérante, que l'article 156, § 1^{er}, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion permet au Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. de prononcer les sanctions suivantes:

- « 1/ l'avertissement;
- 2/ la publication, aux conditions qu'il fixe, sur le service incriminé ou dans toute autre publication périodique ou les deux et aux frais du contrevenant, d'un communiqué indiquant que le Collège d'autorisation et de contrôle a constaté une infraction que le communiqué relate;
- 3/ la suspension du programme incriminé;
- 4/ le retrait du programme incriminé;
- 5/ la suspension de l'autorisation pour une durée maximale de six mois;
- 6/ sans préjudice du § 3, la suspension de la distribution du service incriminé;
- 7/ une amende dont le montant ne peut être inférieur à 250 euros ni excéder 3 p.c. du chiffre d'affaires annuel hors taxes.
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.
La peine d'amende peut être infligée accessoirement à toutes autres peines prévues au présent paragraphe;
- 8/ le retrait de l'autorisation»;

qu'en l'espèce, il n'apparaît pas disproportionné, compte tenu de deux condamnations antérieures de la requérante pour des faits similaires relatifs à la protection des mineurs (6 octobre 2004 - «Tatort» et 27 avril 2005 - «sms») de décider, lorsqu'un grief est notifié suite au constat d'un nouveau manquement, d'infliger au vu du caractère répétitif de l'infraction une amende de 20.000 euros, laquelle au regard du chiffre d'affaire de la requérante, ne revêt néanmoins pas un caractère excessif; que la partie adverse, compte tenu des antécédents de la requérante, du caractère indubitablement obscène de l'émission et de la violation flagrante des dispositions légales et réglementaires relatives à la protection des mineurs a ainsi pu condamner la requérante à la diffusion d'un communiqué et à une amende de 20.000 euros, sans pour autant avoir pris une décision disproportionnée par rapport aux manquements constatés;

Considérant, sur la deuxième branche du moyen et quant à la violation alléguée de l'égalité de traitement, que rien ne permet de déduire d'autres décisions

prononcées à l'encontre de la R.T.B.F. ou de TVi que la partie adverse se montrerait plus clément dans d'autres affaires concernant d'autres éditeurs de services, et ferait preuve d'une sévérité excessive à l'égard de la requérante; que plus particulièrement, les faits qui ont donné lieu, dans les espèces relatées par la requérante, à une condamnation de la R.T.B.F. et de T.V.i (essentiellement des scènes de violence à des heures de grande écoute) sont sans commune mesure avec les faits sur lequel repose l'acte attaqué (c'est-à-dire une émission qui, toute entière, relève de la pornographie);

Considérant qu'il résulte de cet examen que le troisième moyen n'est fondé en aucune de ses branches;

Considérant que la requérante soulève un quatrième moyen pris «d'une motivation erronée en fait et/ou d'une erreur manifeste d'appréciation, d'une violation des articles 158, § 4, du décret sur la radiodiffusion, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs»; qu'elle fait valoir que la décision attaquée retient que «le conseil de l'éditeur avait précisé dans son mémoire du 6 juillet 2005 que le changement de signalétique appliqué après la notification des griefs du 2 mars 2005 avait été fait sans reconnaissance préjudiciable - précaution oratoire que n'avait pas prise l'éditeur dans son acte d'opposition du 1^{er} juin 2005 -, il y a bien là un fait qui indique que l'éditeur de services s'est rendu compte du caractère pornographique et non pas simplement érotique du programme litigieux»; qu'à cet égard, la requérante soutient qu'elle «n'a jamais admis ce que la décision prétend qu'elle aurait admis et que la partie adverse serait bien en mal d'établir»; que dans son mémoire en réplique, la requérante ajoute que l'assertion qui figure dans la décision attaquée est inexacte et que le changement de signalétique opéré par elle «n'est nullement révélateur d'une quelconque reconnaissance du caractère pornographique du programme en cause mais relève plutôt de sa volonté ... de se conformer aux "diktats" du C.S.A. afin d'éviter le coût de longues procédures»; qu'elle maintient qu'elle n'a jamais admis le caractère pornographique du programme en cause, mais bien seulement «la possibilité d'une erreur d'appréciation dès lors que la limite entre érotisme et pornographie est difficile à tracer»;

Considérant que la motivation de la décision litigieuse citée ci-dessus, notamment dans sa partie qui résume l'argumentaire de l'éditeur de services, est suffisamment explicite, en sorte que la société requérante, qui ne s'inscrit pas en faux contre les considérations de fait émises par la partie adverse, ne peut être suivie lorsqu'elle soutient qu'elle «n'a jamais admis ce que la décision prétend qu'elle aurait admis et que la partie adverse serait bien en mal d'établir»; que le résumé qu'a fait la

partie adverse de l'argumentaire de la requérante correspond par ailleurs au contenu du dossier administratif, puisque les arguments concernés figuraient déjà dans le mémoire transmis à la partie adverse le 5 juillet 2005 par le conseil de la requérante et contenant ses moyens de défense; qu'en outre, la requérante avait elle-même souligné dans son acte d'opposition daté du 1^{er} juin 2005 qu'«il est difficile de tracer une limite claire entre ce qui présente un caractère érotique ou pornographique, de sorte qu'une erreur d'appréciation a pu être commise» et que «désireux d'assurer au mieux la protection du public, l'éditeur propose dorénavant ce programme en suite de la notification des griefs le 2 mars 2005, avec l'apposition "Interdit aux moins de 18 ans" »; que la partie adverse a dès lors pu en inférer, comme elle le souligne dans l'acte attaqué, une présomption de ce que l'éditeur de services s'était lui-même «rendu compte du caractère pornographique et non pas simplement érotique du programme litigieux»; qu'enfin, d'autres motifs figurent dans l'acte attaqué qui permettent de justifier son dispositif : il en va ainsi de la circonstance que les griefs ont été jugés établis et des antécédents de l'éditeur de service en matière de contraventions à l'article 9 du décret du 27 février 2003; que le moyen, qui invoque un défaut de motivation de l'acte attaqué, n'est dès lors pas fondé;

Considérant que dans son mémoire en réplique, la requérante soulève un moyen nouveau pris de «l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué»; qu'elle fait valoir que le décret précité du 27 février 2003 sur la radiodiffusion «fait du C.S.A. une autorité administrative indépendante et lui attribue des pouvoirs d'autorisations et de sanctions individuelles en violation des articles 9, alinéa 2, et 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles»; qu'elle expose qu'un tel choix «n'est pas compatible avec les principes constitutionnels d'attribution de pouvoirs (articles 30, 37 et 108 de la Constitution), qui impliquent que ceux-ci ne peuvent en principe être délégués à des personnes dont les activités échappent au contrôle des autorités publiques»; qu'elle affirme que «dans la mesure où des prérogatives d'autorités administratives sont confiées à des organismes dont la direction ne serait pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ce dernier doit pouvoir exercer sur ces organismes un contrôle suffisant pour pouvoir en assumer devant les chambres législatives, la responsabilité politique»; que la requérante soutient que le décret du 27 février 2003 n'instaure aucun contrôle suffisant sur les décisions du C.S.A., ni contrôle hiérarchique ni tutelle générale du Gouvernement de la Communauté française; qu'elle demande en conséquence que soit posée à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle, en rapport avec la conformité des articles 130 à 160 du décret du 27 février 2003 aux articles 33, 37 et 108 de la Constitution ainsi que 9 et 20 de la loi spéciale du 8 août 1980;

Considérant que si un moyen tiré de l'incompétence de l'auteur d'un acte administratif, parce qu'il est d'ordre public, peut être valablement soulevé au stade du mémoire en réplique, en réalité la lecture des développements du nouveau moyen invoqué par la requérante montrent que ce moyen se rapporte aux règles de fonctionnement du Conseil supérieur de l'audiovisuel et au statut que lui a conféré le législateur décréteil; que le moyen critique le contrôle, ou l'absence de contrôle suffisant à l'estime de la requérante, des organes de la partie adverse par la Communauté française; qu'un tel moyen ne concerne pas «l'incompétence» de l'auteur de l'acte attaqué, même si la requérante argumente dans son dernier mémoire que le moyen doit être entendu comme «portant sur un défaut de conformité d'une législation qui donne compétence au Collège d'autorisation et de contrôle de prendre des mesures de sanction»; que le moyen aurait en tout état de cause pu être soulevé dès la requête; qu'il s'ensuit que formulé pour la première fois dans le mémoire en réplique, il est irrecevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

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

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

Le Greffier assumé,

Le Président,

K. T. GAYIBOR

M. LEROY