

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 212.004 du 14 mars 2011

A. 190.779/XV-915

En cause : **la s.a. JOKER FM,**
ayant élu domicile chez
Me Fr. TULKENS, avocat,
chaussée de la Hulpe 177
1170 Bruxelles,

contre :

**le Conseil Supérieur de l'Audiotvisuel de la Communauté
française,**
ayant élu domicile chez
Me Fr. JONGEN, avocat,
Place des Peintres 8/301
1348 Louvain-la-Neuve.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 décembre 2008 par la société anonyme Joker FM, qui demande l'annulation de:

– la décision prise le 16 octobre 2008 par le Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. par laquelle il est décidé «de ne pas attribuer à Joker FM S.A. le réseau de radiofréquences visé dans sa demande et, partant, de ne pas l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore Mint par voie hertzienne terrestre analogique»,

– la décision prise le 16 octobre 2008 par laquelle le Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. «décide d'autoriser Ciel IPM SA (...) à éditer le service de radiodiffusion sonore Ciel Info par voie hertzienne terrestre analogique et de lui assigner le réseau de radiofréquences "U2", à compter du 17 octobre 2008 pour une durée de neuf ans»,

– et, «pour autant que de besoin, la délibération du 16 octobre 2008 du Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. relative à l'évaluation globale du projet d'assignation quant aux objectifs de pluralisme et de diversité»;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

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

Vu l'ordonnance du 4 février 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 1^{er} mars 2011;

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

Entendu, en leurs observations, Me Fr. TULKENS, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Fr. JONGEN, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

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

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

Faits

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

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. En particulier, l'arrêté du 21 décembre 2007 fixant l'appel d'offres distingue une série de fréquences assignables à des radios indépendantes et des fréquences assignables à des radios en réseau. Sont établis quatre réseaux de radiofréquences à structure communautaire, dénommés C1, C2, C3 et C4, deux réseaux de radiofréquences à structure urbaine, dénommés U1 et U2 et cinq réseaux de radiofréquences à caractère provincial, BW, HA, LG, LU, NA. 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.

La requérante diffuse le programme de radio «Mint», dénomination dont elle exploite la marque. Le 20 juin 2007, le Collège d'autorisation et de contrôle a désigné, entre autres, les éditeurs JOKER FM s.a., INADI s.a., Cobelfra s.a. et BFM Plus s.a. comme «exerçant une position significative» au sens de l'article 7, § 2, 2°, et § 2, 4°, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, tel qu'il était en vigueur à l'époque. Le 19 septembre, le même Collège engage la deuxième phase de la procédure d'évaluation du pluralisme de l'offre dans les services de radiodiffusion sonore. Selon la requérante, non contredite sur ce point, cette procédure n'a pas été poursuivie.

Le 21 mars 2008, la requérante sollicite l'attribution, par ordre de préférence, du lot C4 (réseau communautaire) et du lot U2 (réseau urbain).

Au total, le C.S.A. a été saisi à la date du 22 mars de 163 dossiers de candidature émanant d'éditeurs de programmes de radiodiffusion. Le 24 avril, il a qualifié le projet de JOKER FM de «radio généraliste». Le 17 juin, il décide toutefois de n'attribuer à la requérante aucun des deux réseaux qu'elle avait sollicités et partant de ne pas l'autoriser à éditer le service de radiodiffusion sonore «Mint» par voie hertzienne terrestre analogique. À la suite de cette décision, la requérante ne diffuse plus ce service que par la voie informatique.

Le même jour, le Collège d'autorisation et de contrôle attribue le réseau de fréquences C4 à la s.a. NRJ Belgique, et décide de ne pas attribuer le réseau U2, aucune des candidatures en lice n'ayant été retenue. Au total, 10 réseaux de fréquences pour radios en réseau et 178 fréquences pour radios indépendantes sont assignés. Un réseau de fréquences – U2 – et sept fréquences pour radios indépendantes n'ont pas été attribués. En outre, pendant que la procédure d'attribution était en cours, une dizaine d'autres fréquences sont devenues disponibles. En vue de procéder à l'attribution de toutes ces fréquences, le Gouvernement les a réparties en un réseau comportant 23 fréquences et six fréquences attribuables à des radios indépendantes.

Le 4 juillet, la partie adverse 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, publié au *Moniteur belge* du 8 juillet. Il vise à attribuer le réseau de radiofréquences U2, ainsi que les six autres fréquences disponibles. Cet arrêté a été partiellement attaqué devant le Conseil d'État par la requérante; le recours a été rejeté par l'arrêt n° 203.839 du 10 mai 2010.

Le 15 juillet, le Collège d'autorisation et de contrôle adopte une recommandation relative à la diversité 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.

À la suite de l'appel d'offres du 4 juillet 2008, la requérante introduit le 22 août une demande par laquelle elle sollicite l'attribution du réseau à structure urbaine U2. Dans son dossier de candidature, la requérante attire l'attention sur ce que par rapport à sa première candidature, certains éléments ont été revus à la lumière du second appel d'offres et de la grille de rentrée du service Mint, insistant notamment sur l'augmentation de la durée hebdomadaire des émissions consacrées à l'information, celle du nombre d'œuvres chantées en français, celles de chansons d'artistes de la Communauté française, ainsi que sur la modification du plan financier à la lumière des nouvelles fréquences reprises dans le cadre du second appel d'offres. Trois autres éditeurs présentent également leur candidature à ce même réseau: la s.a. BFM Plus, la s.a. Ciel IPM, et la s.p.r.l. Cedav.

Le 16 octobre 2008, la partie adverse délibère sur l'évaluation de son projet d'assignation de fréquences quant aux objectifs de pluralisme et de diversité. Cette délibération constitue le troisième acte attaqué. Il n'attribue pas le réseau sollicité à la requérante, mais à la société Ciel IPM. Ces deux décisions constituent les deux premiers actes attaqués.

Procédure

Considérant que la partie adverse demande que, dans le souci de respecter le secret des affaires et le secret professionnel qui lui est imposé, le Conseil d'État soustraie à la consultation des parties la pièce n° 33 du dossier administratif qui est le dossier de candidature de la société anonyme Ciel IPM;

Considérant qu'en réplique, la requérante soutient que le dossier de candidature de la s.a. Ciel IPM est un élément essentiel pour apprécier le bien-fondé de la comparaison des dossiers des candidats qui ont postulé pour l'attribution du réseau U2 et que le résultat de cette comparaison a été exprimé dans la pièce 27, à savoir des fiches d'évaluation des projets de Ciel IPM et de la requérante; qu'elle fait valoir que les appréciations reprises sur ces fiches (qui ne comportent que des étoiles dans différentes catégories d'appréciation) ne peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel et contradictoire que si le dossier de candidature de la société Ciel IPM est disponible, à l'instar du dossier de candidature de la requérante; qu'elle ajoute que, au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et

des libertés fondamentales, du principe général du contradictoire, et de l'égalité des armes, il n'est pas admissible que le C.S.A. se réfugie derrière un pseudo-secret des affaires ou secret professionnel pour échapper à un réel contrôle de la validité de la décision qu'il a prise et qu'il en est d'autant plus ainsi lorsque les contestations, notamment formulées dans le second moyen, mettent en cause des éléments d'appréciation qui sont avancés pour justifier la préférence donnée au projet de Ciel IPM par rapport à celui de la requérante; qu'elle ajoute que, dans la mesure où, comme il a été relevé par la Cour constitutionnelle, la soustraction à la contradiction des parties d'éléments décisifs pour la solution du litige entraîne un «handicap sévère» pour certaines parties, il convient que lesdites parties puissent consulter, si possible, une version non confidentielle, des documents soustraits et qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces, ainsi que leur exactitude et leur pertinence; qu'elle sollicite du Conseil d'Etat qu'il apprécie la confidentialité alléguée de la pièce n° 33 du dossier administratif et fasse la balance entre les exigences du procès équitable et celles du secret des affaires invoqué et que, à l'issue de cette balance, «qui fera l'objet d'une appréciation motivée», il détermine s'il y a lieu de permettre à la partie requérante de consulter tout ou partie de cette pièce; qu'en fonction de cette décision, la requérante se réserve de pouvoir compléter son argumentation à la lumière de cette pièce;

Considérant que la demande de soustraire à la consultation de la requérante la pièce n° 33 du dossier administratif n'est pas formulée dans le mémoire en réponse proprement dit, mais figure sous la forme d'une annotation dans l'inventaire du dossier administratif; qu'elle ne comporte aucune autre motivation que «le souci de respecter le secret des affaires et le secret professionnel qui lui est imposé»; qu'elle ne donne aucune indication quant à la disposition qui lui imposerait de respecter ce secret, ni n'expose les inconvénients qui résulteraient de la communication de cette pièce à la requérante; que dans cette pièce, et notamment dans le premier document qu'elle contient, qui est la lettre d'accompagnement du dossier de candidature de Ciel IPM, celle-ci ne demande pas que les documents qu'elle dépose soient soumis à un régime particulier de confidentialité; que la société Ciel IPM n'est pas intervenue à la cause alors qu'elle a été informée du recours le 13 janvier 2009;

Considérant que cette pièce, tout comme la pièce n° 21, qui est son homologue pour la requérante, a servi à établir la pièce n° 27, qui contient les fiches d'évaluation de ces deux candidats, présentant une synthèse de leurs offres en fonction de quelque 25 critères; qu'une partie de l'argumentation de la requérante – spécialement les sept branches de son deuxième moyen – critique l'appréciation des demandes d'autorisation qui a été faite en fonction de différents critères; que cette

appréciation procède d'une analyse comparative des pièces n° 21 et n° 33; que la communication de celle-ci à la requérante paraît nécessaire pour qu'elle puisse se défendre utilement;

Considérant qu'il y a lieu de rouvrir les débats, de permettre à la requérante de prendre connaissance de la pièce n° 33, et d'inviter les parties à s'expliquer à ce sujet,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Le dossier administratif complet, sans exception de la pièce n° 33, sera déposé au greffe à la disposition de la requérante, pendant un mois à partir de la notification du présent arrêt.

Dans les quarante-cinq jours de cette notification, la requérante pourra déposer un mémoire complémentaire. Ce mémoire ne pourra porter que sur l'argumentation liée à la consultation de la pièce n° 33.

Si la requérante dépose un mémoire complémentaire, celui-ci sera notifié à la partie adverse qui, dans les trente jours, pourra à son tour déposer un mémoire complémentaire, lequel ne pourra lui aussi porter que sur l'argumentation liée à la consultation de la pièce n° 33.

Après quoi, le membre de l'auditorat, désigné par M. l'auditeur général est chargé de rédiger un rapport complémentaire, conformément à l'article 13 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Il sera ensuite procédé conformément à l'article 14 du même arrêté.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le quatorze mars deux mille onze par :

M. M. LEROY,	président de chambre,
M. Ph. QUERTAINMONT,	conseiller d'État,
M. I. KOVALOVSKY,	conseiller d'État,
Mme N. ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY