

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R E T

n° 216.575 du 30 novembre 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 120
1170 Bruxelles,

contre :

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

LE CONSEIL D'ETAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 décembre 2008 par la s.a. Joker FM, qui demande l'annulation de

«- la décision prise le 16 octobre 2008 par le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA 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 CSA "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 CSA 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, premier auditeur au Conseil d'Etat;

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

Vu l'arrêt n° 212.004 du 14 mars 2011 ordonnant la réouverture des débats;

Vu les mémoires complémentaires des parties;

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

Vu l'ordonnance du 21 octobre 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 22 novembre 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 conforme, M. L. JANS, 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 ont été exposés dans l'arrêt n° 212.004 du 14 mars 2011;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation des articles 54, 56, 100 et 105 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, des articles 11 à 14 de l'arrêté du 21 décembre 2007 du Gouvernement de la Communauté française fixant l'appel d'offres pour l'attribution des radiofréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre, ainsi que du principe général de droit sanctionnant l'erreur manifeste d'appréciation; qu'elle estime que le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion n'a accordé à la partie adverse qu'une compétence liée en matière d'autorisation des éditeurs de services de radiodiffusion sonore en mode analogique

par voie hertzienne de sorte qu'à partir du moment où un éditeur remplit les conditions d'autorisation imposées par le décret, le CSA ne dispose plus que d'une compétence d'opportunité réduite de sorte que le respect des conditions décrétales est une condition nécessaire et suffisante de l'octroi de l'autorisation; qu'elle rappelle cependant qu'en raison de la rareté des fréquences indispensables pour cette activité spécifique de radiodiffusion hertzienne, il n'est pas possible d'octroyer l'autorisation à tous les candidats qui remplissent les conditions décrétales de sorte que le décret a mis en place un dispositif spécifique permettant de choisir le meilleur candidat pour chaque fréquence ou réseau de fréquences, dispositif dont elle rappelle le mécanisme comme suit:

- c'est le Gouvernement qui arrête «la liste des radiofréquences attribuables» et qui publie ensuite «un appel d'offres» dont l'enjeu est de permettre à tous les candidats intéressés par les fréquences ou les réseaux de fréquences à attribuer de se manifester en une seule fois (art. 104);

- ce n'est pas le Gouvernement qui accorde les autorisations, mais la partie adverse, l'article 54, § 1^{er}, du décret prévoyant que «les éditeurs de services sont autorisés suite à un appel d'offres tel que visé à l'article 104»;

qu'elle en infère qu'il revient à la partie adverse, dans le cadre strict de ses compétences, de vérifier que les candidats aux diverses fréquences à attribuer respectent bien les conditions prévues par le décret, et de départager ensuite les candidats au cas où ils sont plusieurs à pouvoir valablement postuler pour une même fréquence ou pour un même réseau de fréquences, et qu'elle ne s'est en revanche pas vu conférer par le décret d'autre compétence, notamment celle de refuser en opportunité d'exclure un candidat alors que celui-ci remplirait les conditions imposées par le décret; qu'elle estime qu'il revient à la partie adverse d'effectuer un travail de sélection des candidats ayant répondu à l'appel d'offres voulu par le Gouvernement, afin que toutes les fréquences disponibles puissent être attribuées en une seule fois et que c'est ainsi que le décret précise que «Le Collège d'autorisation et de contrôle statue sur les demandes et accorde les autorisations dans les trois mois de la date de la clôture de l'appel d'offres» (article 56) et qu'il «assigne un réseau de fréquences à chaque radio en réseau», et que la compétence de la partie adverse est, à cet égard, une compétence liée, de sorte que cette dernière n'a pu légalement, en octobre 2008, attribuer le réseau U2 car elle ne pouvait refuser, en juin 2008, d'assigner à la requérante le réseau U2 alors même qu'elle n'a préféré à cette période, aucun autre candidat pour ce réseau; qu'elle indique que son moyen a déjà été développé dans le cadre des recours en annulation inscrits sous les n° de rôle 188.742/XV-759 et 189.560/XV-816, auxquels elle se réfère en indiquant que «l'issue qui sera réservée à ces recours est déterminante sur le sort à donner au présent moyen», vu que, si dans les recours précités le moyen est accueilli, l'illégalité constatée affectera aussi les actes attaqués dans le présent recours, puisque

ceux-ci auront notamment perdu toute base légale ou réglementaire, et que, si à l'inverse, le moyen est rejeté, il le sera sans doute aussi en l'espèce pour des motifs identiques, même si le présent recours conserve néanmoins un objet qui justifie l'examen des autres moyens;

Considérant qu'ainsi que la requérante l'indique, ce moyen conteste la validité des actes attaqués en raison de l'illégalité affectant des actes situés «en amont» des actes attaqués, mais sans lesquels ceux-ci n'auraient pu être pris, à savoir la décision du 17 juin 2008 du CSA de ne pas attribuer le réseau U2 et de l'arrêté de la Communauté française du 4 juillet 2008 de relancer un appel d'offres pour l'attribution de ce réseau;

Considérant que la décision de ne pas attribuer le réseau de radiofréquences à structure urbaine «U2» a fait l'objet d'un recours en annulation introduit par la la s.a. Société de Diffusion Bfm Plus, dont la requérante s'est désistée (arrêt n° 189.673 du 21 janvier 2009); que cette décision est devenue définitive et ne peut être contestée par voie incidente;

Considérant que l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 4 juillet 2008 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 a été attaqué par la requérante, et son recours a été rejeté comme irrecevable à défaut d'intérêt par l'arrêt n° 203.839 du 10 mai 2010; que cette décision-ci aussi est devenue définitive et ne peut être contestée par voie incidente;

Considérant qu'il s'ensuit que le moyen est irrecevable;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 35, 54, 56 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, des articles 7, 12, 13, 14 et 15 de l'annexe 2-a de l'arrêté de la Communauté française du 4 juillet 2008, fixant l'appel d'offres pour l'attribution des radiofréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la contradiction dans les motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur de fait,

en ce que, pour comparer son offre et celle de Ciel Info, vingt-trois critères sont entrés en ligne de compte, que pour trois de ces critères, son offre a été jugée supérieure à celle de Ciel Info, que pour quatorze autres, elle a été jugée équivalente,

et que pour les six derniers, elle a été jugée inférieure, en sorte que le projet Ciel IPM présente un nombre supérieur de critères favorables,

alors que, première branche, sous l'angle de la viabilité du projet, la décision apparaît contradictoire en ce qu'elle reconnaît, d'une part, une supériorité en termes économiques (critère 3) au projet de la requérante, mais une équivalence entre les projets en termes de pertinence des plans financiers produits (critère 17) ou encore en ce qui concerne l'obligation de présenter un plan d'emploi adapté au service proposé (critère 12); que l'opinion minoritaire exprimée par certains membres de la partie adverse confirme que l'appréciation de la viabilité du projet Ciel est surestimée eu égard notamment au renforcement du réseau U2, plus lourd à mettre en œuvre sur le plan technique et financier, eu égard également aux investissements économiques, financiers et techniques à réaliser et dont rien ne permet de penser qu'ils le seront, par contraste avec le projet Mint qui bénéficie d'une assise solide eu égard à son actionnariat, à son audience significative et au moindre coût de mise en œuvre du projet au plan technique;

alors que, deuxième branche, à propos du critère de l'ambition culturelle, les modifications apportées au projet Ciel Info aboutissent à une redondance avec des projets déjà autorisés, contrairement au projet Mint, en sorte que l'on n'aperçoit pas pourquoi le premier devait être qualifié de «bon» et le second de «satisfaisant»;

alors que, troisième branche, à propos de l'originalité et du caractère novateur du projet radiophonique, le projet de la requérante est plus novateur au regard de son format «pop-rock», de son public visé (jeunes citadins urbains et actifs (25-45 ans)), *etc.*, alors que le projet Ciel existant depuis plus de vingt ans, ne se démarque pas d'autres projets existants et similaires, spécialement en ce qui concerne le concept de «fil info» déjà utilisé sur d'autres chaînes privées ou publiques;

alors que, quatrième branche, à propos de la production décentralisée, le projet de la requérante a été doublement et erronément moins bien coté au motif qu'aucun décrochage n'est proposé, contrairement à Ciel Info; que pourtant, des décrochages ont été proposés dans l'offre de la requérante; que la partie adverse s'est trompée sur ce point; qu'en outre une production décentralisée n'est pas requise pour la requérante, dans la mesure où le public cible est une logique de niche d'une part et que d'autre part, les engagements de production décentralisée, sous la forme de quatre décrochages régionaux, n'apparaissent pas réalisables pour Ciel eu égard au personnel engagé et au manque de moyens financiers;

alors que, cinquième branche, à propos du traitement de l'information et de son indépendance, les deux premiers actes attaqués mettent en doute l'indépendance des journalistes de la requérante au motif que les contrats des journalistes n'ont pas été produits; que ce manquement purement formel ne justifie pas d'écarter les indications fournies quant à la création d'une SDJ propre et le listing des collaborateurs journalistes travaillant pour le projet Mint établi par le Directeur du

Personnel dont on ne peut remettre la déclaration en cause; que d'autre part, l'indépendance des journalistes de Ciel Info doit être largement relativisée, dès lors que ce projet s'intègre dans une dimension multimédia faite en partenariat avec la presse écrite;

alors que, sixième branche, la différence d'engagement de Ciel Info de diffuser 40 % de musique sur des textes en langue française ne peut justifier de l'emporter sur un engagement quasi équivalent de Mint (35 %);

et alors que, septième branche, est mineur et non distinctif de retenir un engagement de diffuser annuellement 6% d'artistes de la Communauté française (contre 5,5 % promis par Mint), de surcroît lorsque que le minimum de 4,5 % légalement imposé n'a pas été respecté à ce jour par la plupart des éditeurs de radiodiffusion;

qu'elle estime qu'il résulte de ces différentes branches prises cumulativement que la pondération finale des critères d'attribution ne pouvait aboutir au constat d'un «avantage» au projet de Ciel IPM au motif qu'il présenterait un nombre supérieur de critères favorables; qu'en particulier, les qualités considérées comme distinctes en matière de diffusion d'œuvres francophones et de la Communauté française et en matière de production décentralisée doivent être relativisées ou tenues pour non pertinentes, et certainement ne pouvoir prévaloir sur des critères non moins importants à propos desquels Mint est largement supérieur (notamment en matière financière) ou à tout le moins placé dans une situation équivalente;

Considérant que, pour l'ensemble des branches, il n'y a pas lieu de tenir compte des observations formulées dans le mémoire déposé à la suite de la réouverture des débats, dans la mesure où elles portent sur ce qui a été effectivement mis en œuvre; que la légalité des actes attaqués doit s'apprécier sur le vu des documents dont la partie adverse était en possession au moment où elle a statué, et non en fonction de ce qui a pu se passer ultérieurement;

Considérant, sur la première branche, que les fiches de synthèse qui ont servi de base aux décisions attaquées attribuent au projet de la requérante et à celui de Ciel IPM des appréciations identiques pour sept des huit critères groupés sous la rubrique «stabilité technique et financière», et une meilleure notation au projet de la requérante pour le critère «présenter des garanties permettant de vérifier la viabilité économique potentielle du projet»; que la note annexée au procès-verbal de la réunion du Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. du 16 octobre 2008 reconnaît au projet de la requérante des qualités supérieures à celles de Ciel IPM «en termes de garanties permettant de vérifier la viabilité économique potentielle du projet en ce que à la fois le bilan et l'actionnaire de référence du demandeur apparaissent plus stables que ceux de Ciel Info»; que les deux offres ont été jugées

équivalentes en ce qui concerne le plan d'emploi et la pertinence des plans financiers; qu'il s'agit de critères d'appréciations différents sur lesquels il n'est pas contradictoire d'émettre des jugements différents quand bien même ils sont en relation avec la qualité du projet sur le plan économique; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, sur la deuxième branche, que pour l'«ambition culturelle», le projet de la requérante a été jugé équivalent à celui de Ciel IPM pour cinq critères, et inférieur pour un critère, celui de la «mise en valeur du patrimoine social et culturel», en raison de décrochages locaux quotidiens proposés par Ciel IPM et non par la requérante; que cette notation, qui relève du pouvoir d'appréciation de la partie adverse n'apparaît pas manifestement déraisonnable; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant sur la troisième branche, que l'originalité et le caractère novateur de Ciel IPM ont été jugés supérieurs à ceux de la requérante au motif que «si les deux candidats présentent d'indéniables traits d'innovation notamment dans leur manière d'associer les nouveaux médias, le projet de Mint (radio musicale pop-rock) est plus classique dans sa forme que le projet de Ciel Info, à la fois original en ce qu'il est fondé prioritairement sur l'information, en particulier dans la tranche matinale, et novateur, en particulier par le concept de “fil info”»; que cette appréciation-ci non plus n'apparaît pas manifestement déraisonnable; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant sur la quatrième branche, que l'importance de la production décentralisée en Communauté française a été jugée insuffisante pour la requérante et bonne pour Ciel IPM, au motif «que Ciel Info propose 4 décrochages locaux quotidiens de 2x3 minutes, alors que Mint ne propose aucun décrochage (bien qu'il l'évoque dans un courrier séparé, aucun élément du dossier ne vient étayer la présence de tels décrochages)»; que sur ce point, la motivation donnée à l'acte attaqué dans la note annexée au procès-verbal de la réunion du Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. du 16 octobre 2008 est inexacte, étant donné que la requérante proposait six décrochages hebdomadaires de trois minutes pour présenter l'agenda culturel des différentes zones couvertes par le réseau U2; que le projet Ciel IPM propose quant à lui trois minutes quotidiennes de «véritables décrochages urbains proposant 3 minutes d'infos de proximité sur l'ensemble des émetteurs couvrant les quatre grandes zones de couverture prédéfinies...»; que nonobstant l'inexactitude de sa motivation, il ressort de la comparaison des deux offres que les décrochages de Ciel IPM sont plus nombreux et d'un contenu plus diversifié, ce qui

est en tout état de cause de nature à entraîner une appréciation plus favorable; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant sur la cinquième branche, que les appréciations portées sur les deux candidatures au sujet du traitement de l'information sont identiques, que la note annexée au procès-verbal de la réunion du Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. du 16 octobre 2008 porte à ce sujet «que si les deux candidats entendent produire eux-mêmes une grande part de leurs programmes d'information, Mint est en défaut de fournir les contrats des journalistes et donc de confirmer l'indépendance de ceux-ci vis-à-vis des autres éditeurs attachés au même groupe»; que la constatation n'est pas inexacte, alors qu'un contrat de journaliste est versé au dossier de Ciel IPM; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant sur les sixième et septième branches, que les deux offres ont été jugées équivalentes en ce qui concerne le volume de musiques sur des textes en langue française et en ce qui concerne la proportion de titres d'artistes de la Communauté française; qu'en ces branches, le moyen manque en fait;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen «de la violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, des articles 10, 11 et 19 de la Constitution, des articles 7 et 56 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, de l'erreur de droit, de l'erreur de fait, de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination, des principes de bonne administration, en particulier du devoir de minutie, de la contradiction dans les motifs, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la violation de l'article 1.2 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 4 juillet 2008 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, et de l'article 14 du cahier des charges repris à l'annexe 2-a dudit arrêté, de l'absence de motivation adéquate»;

que ce moyen est dirigé contre le dernier motif du premier acte attaqué, que la requérante reproduit, et qui concerne l'impact de la requérante sur le pluralisme et la diversité de l'offre radiophonique, et contre le troisième acte attaqué en ce qu'il considère «que les éditeurs Inadi SA et Cobelfra SA ont une position significative, ne contribuent pas au pluralisme structurel, ni au pluralisme des contenus, en sorte que le rejet de la candidature de Joker FM se justifie, sans que la comparaison ne puisse être effectuée avec le pluralisme interne auquel est astreint la RTBF»; que la requérante rappelle que les questions de pluralisme et de la diversité dans les médias ne sont pas nouvelles et n'ont pas été examinées pour la première fois à l'occasion de

l'attribution des fréquences pour radios privées en Communauté française, et que la nécessité de veiller à une diversité du paysage radiophonique est inscrite à l'article 56 du décret du 27 février 2003, diversité qui n'est pas autrement définie et qui doit être couplée à un équilibre entre différents formats de radios, à travers l'offre musicale, culturelle et d'information; qu'elle indique que plus particulièrement, afin d'assurer cette diversité, l'article 7 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, sous le titre «Transparence et sauvegarde du pluralisme» contient une réglementation précise et détaillée quant au souci de surveiller les "positions significatives" dans le secteur, quant à la méthodologie à suivre par le CSA pour faire constater une position significative, quant à la concertation à instaurer avec le ou les éditeurs concernés, quant aux mesures à prendre en cas d'échec de la concertation et quant à la possibilité de consulter le Service ou le Conseil de la concurrence; qu'elle précise que, d'une manière générale, il s'agit d'éviter que l'exercice d'une position significative puisse porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans le service de radiodiffusion; que, rappelant le texte de l'article 7 du décret du 27 février 2003, elle estime que, dans le cas d'espèce, la partie adverse a entendu ne pas créer ou favoriser par ses décisions d'autorisation des situations de «position significative» au sens de cette disposition, c'est-à-dire des situations pouvant porter atteinte au pluralisme; qu'elle estime qu'il s'agissait cependant aussi pour elle de respecter l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et l'article 19 de la Constitution, s'agissant de liberté d'expression, et les articles 10 et 11 de la Constitution, s'agissant de tenir compte également du pluralisme au regard des réseaux publics existants, à savoir 5 réseaux communautaires conférés à la RTBF;

qu'en une première branche, prise de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur de fait, de l'absence d'examen minutieux du dossier et de l'absence de motivation adéquate, elle soutient que l'acte attaqué est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation et d'une erreur de fait en ce qu'il pense servir la diversité en attribuant le réseau U2 à un opérateur qui, pour des raisons techniques et financières, ne sera pas en mesure de mettre en œuvre ledit réseau et que le pluralisme déjà créé par les décisions du 17 juin 2008 devait s'apprécier au regard des nouvelles circonstances, notamment économiques, de la modification du contenu des projets (en particulier le pluralisme du contenu renforcé par Mint), du pluralisme du paysage déjà assuré par les décisions du 17 juin 2008, sans que l'arrivée sur le marché d'un potentiel opérateur supplémentaire ne puisse être considérée comme prépondérante en sorte que la partie adverse ne pouvait reproduire, à peu de choses près, les motifs de sa décision du 17 juin 2008; qu'elle se base à cet égard sur l'opinion selon laquelle la décision d'attribution du réseau U2 à Ciel IPM et le refus d'attribution à Joker FM, «loin de renforcer le pluralisme – même si elle peut le revendiquer sur le plan formel – risque de l'affaiblir»;

qu'en une deuxième branche, la requérante fait valoir que les dispositions visées au moyen, imposent d'assurer une diversité du paysage radiophonique et qu'à cet effet, l'article 7 du décret du 27 février 2003 organise en particulier une procédure que la décision attaquée n'a pas menée à son terme; qu'elle estime que les motifs avancés, c'est-à-dire le constat d'une «position significative susceptible de porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion», pour justifier la mesure radicale de refus de toute attribution d'un réseau à la SA Joker FM, nécessitaient en effet de respecter la procédure mise en place depuis 2003 pour régler une situation de «position significative»; qu'elle soutient que la décision attaquée ne contient aucune motivation adéquate et circonstanciée expliquant les raisons pour lesquelles la procédure applicable prévue par le décret n'a pas été menée à son terme, en dépit de l'exigence de motivation, imposée par les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; qu'elle rappelle que la procédure de l'article 7 a déjà été entamée, à propos d'une situation de fait inchangée depuis 2003, et qu'elle n'a pas été poursuivie après les réponses adressées le 24 décembre 2007 et argue que l'entame de la procédure d'attribution des fréquences en décembre 2007 est à cet égard indifférente quant au respect du décret; que, selon elle, ou bien le CSA estimait que la position significative constatée n'avait aucun impact sur l'atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste, en ce cas, il en restait là, ne pouvant alors se fonder sur ce constat pour rejeter la candidature de Joker FM et son projet Mint, ou bien cet impact devait être analysé, comme cela a été fait dans le rapport préparatoire du 17 juin 2008; qu'il fallait alors, avant de rejeter la candidature de Mint, examiner dans quelle mesure, après concertation, un protocole d'accord pouvait être mis en place ou, à tout le moins, démontrer qu'il était impossible de régler *a posteriori* la situation pour satisfaire à l'article 7; qu'elle indique qu'il incombait donc au CSA, non pas de refuser purement et simplement les demandes de réseau introduites par Joker FM pour le programme Mint, mais bien de poursuivre la mise en œuvre de la procédure de l'article 7 avant ou après s'être prononcé, et, en cas de constat d'une position significative, de légalement engager «une concertation afin de convenir de mesures permettant le respect du pluralisme de l'offre dans les services de radiodiffusion» en vertu de l'article 7, § 3, du décret sur l'audiovisuel; qu'elle rappelle que la concertation est destinée à aboutir, le cas échéant, à un protocole d'accord, puisqu'une position significative n'empêche pas par elle-même un pluralisme de l'offre, notamment grâce à un tel protocole qui organise, dans la mesure du nécessaire, l'indépendance, l'autonomie et la diversité la plus large d'opinions et d'idées selon les termes de l'article 7, § 1^{er}, alinéa 2, du même décret, dont elle reproduit un extrait des travaux préparatoires; qu'elle relève que si la partie adverse prétend que la concertation visée à l'article 7 ne concerne que la seconde phase, c'est-à-dire celle qui, après constat d'une position significative (première

phase) aboutit à un second constat d'une atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste (deuxième phase), rien ne justifiait alors de verser dans le préjugé que tout renforcement d'une position significative entraîne *ipso facto* une atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre diversifiée, et que si la partie adverse prétend ne pas être tombée dans ce préjugé, rien ne justifie qu'elle ait alors refusé, sans concertation, et du seul constat d'une position significative, l'attribution de tout réseau à Joker FM;

qu'en une troisième branche, la requérante fait valoir que, sauf à verser dans le préjugé, le constat d'une position significative n'aboutit pas, ni *in abstracto*, ni dans le cas d'espèce, à une atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans le service de radiodiffusion, en sorte que ce motif n'est pas légalement admissible pour justifier les actes attaqués; qu'elle ajoute que son dossier comportait une note explicative, à laquelle il n'a pas été répondu dans les décisions attaquées, note apportant des éléments permettant de réfuter l'atteinte au pluralisme («c'est-à-dire l'analyse du marché de la Communauté française, la nécessité d'apprécier le pluralisme en ayant égard à toutes les radios, tant publiques que privées, le renforcement du pluralisme des contenus dans le nouveau projet Mint, la multiplicité des liens entre la presse écrite et d'autres radios, *etc.*»); qu'elle estime que le seul dépassement de certains seuils ne peut justifier de sanctionner, en l'occurrence par le refus d'attribution de tout réseau, une situation de position significative au sens de l'article 7 du décret et que, à cet égard, il ne suffit pas d'avoir un actionnariat directement ou indirectement commun, en tout ou en partie, pour en déduire *ipso facto* une atteinte au pluralisme des offres radiophoniques puisqu'une structure de marché fortement déconcentrée ne garantit pas nécessairement un pluralisme des contenus et qu'il n'y a pas de lien entre concentration et uniformité des contenus, comme le considère implicitement mais certainement l'acte attaqué; qu'elle ajoute que, en indiquant que l'impact sur le public des réseaux attribués à Inadi (Réseau C1) et Cobelfra (réseau C2) doit être qualifié de fort, la décision attaquée est entachée d'une erreur de droit lorsqu'elle en déduit que cet impact justifie de ne pas retenir la candidature de la s.a. Joker FM, la partie adverse se devant en réalité d'examiner si, outre l'octroi des réseaux C1 et C2, l'octroi du réseau U2 au projet Mint «pouvait porter atteinte à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion», compte tenu des nouveaux et nombreux éléments avancés par Mint dans sa note explicative qui portaient sur les spécificités du marché des médias en Communauté française, sur la nécessité d'apprécier le pluralisme en tenant compte de toutes les radios publiques ou privées existantes, sur l'absence de lien obligatoire entre concentration et uniformisation des contenus, sur la mise en place d'une société de journalistes indépendants au sein de Mint, sur le caractère non exclusif des partenariats entre presse radio et presse écrite, *etc.*; qu'elle observe que sur tous ces éléments, la décision attaquée ne fournit aucune réponse et que, en se

contentant de reproduire sa motivation précédente, alors que des éléments neufs avaient été avancés, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen;

qu'en une quatrième branche, la requérante argue que les règles et principes d'égalité et de non-discrimination ne peuvent justifier raisonnablement que les actes attaqués refusent de lui attribuer le réseau urbain U2, au motif d'une position significative de 2 réseaux communautaires qui serait renforcée, alors que les radios publiques disposent de 5 réseaux communautaires; qu'elle fait valoir qu'il y a lieu, en matière de liberté d'expression, de limiter les restrictions qui y sont apportées à la stricte nécessité, de surcroît dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination et que l'existence de 5 réseaux communautaires publics doit être prise en compte, en sorte qu'elle ne permet pas de justifier une mesure aussi radicale que celle d'un refus d'attribution d'un réseau urbain (et donc non communautaire) à un demandeur au motif que deux autres réseaux communautaires ont été attribués à des sociétés qui ont le même actionnariat que celui-ci; que la requérante estime que, ce faisant, la rupture d'égalité est incontestable et disproportionnée; qu'elle ajoute que le refus d'attribuer le réseau U2 à un éditeur existant et autorisé pour diffuser notamment par Internet, est une restriction à sa liberté d'expression, telle que garantie par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 19 de la Constitution; qu'elle rappelle que cette restriction n'est admissible que si elle est proportionnée au but poursuivi et non discriminatoire; que, rappelant que l'opérateur public, la RTBF, dispose de 5 réseaux communautaires pour diffuser ses programmes, elle indique ne pas apercevoir en quoi il pourrait se justifier, au nom de la liberté du public, d'avoir accès à une offre radiophonique pluraliste, de limiter un opérateur privé à deux réseaux communautaires, et partant de lui refuser un troisième réseau urbain (et donc non communautaire); qu'elle estime que, indépendamment de la question de savoir si l'égalité stricte s'impose en la matière, il suffit de constater que les actes attaqués constituent une restriction disproportionnée des droits de la requérante, restriction non justifiée par des éléments admissibles par comparaison avec la situation de l'opérateur public, et tenant compte des améliorations sensibles apportées, notamment en termes d'indépendance de contenu, au projet Mint;

Considérant, sur la première branche, que l'on ne peut préjuger que l'opérateur désigné pour le réseau U2 n'aurait pas les capacités techniques et financières pour mettre ce réseau en œuvre; que la partie adverse en a jugé autrement, sans que son appréciation apparaisse entachée d'une erreur manifeste d'appréciation; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant sur la deuxième branche que l'article 7 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, dans le texte applicable lors de l'adoption de la

décision attaquée, organise une procédure à suivre lorsqu'une «position significative» apparaît dans le paysage audiovisuel; que cela n'empêche pas le CSA, lorsqu'il procède à l'attribution des fréquences, d'éviter qu'une telle «position significative» puisse résulter des décisions qu'il prend; qu'il doit en effet veiller, aux termes de l'article 56 du même décret, à «assurer une diversité du paysage radiophonique et un équilibre entre les différents formats de radios, à travers l'offre musicale, culturelle et d'information»; que la circonstance qu'une procédure tendant à remédier à une «position significative» a été engagée mais non menée à terme avant l'opération d'attribution des fréquences ne saurait écarter les obligations qui découlent de cet article 56; qu'à supposer qu'une motivation particulière soit requise à l'appui de la décision de ne pas mener cette procédure à son terme, elle ne saurait l'être en ce qui concerne la décision d'attribuer des fréquences, qui s'inscrit dans une autre procédure; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant sur la troisième branche, que l'acte attaqué n'est pas motivé par une atteinte qui serait effectivement portée à la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste, mais par le souci d'écarter le simple risque qu'il en aille ainsi, ou, pour reprendre les termes de l'acte attaqué, par le souci de limiter la position significative du groupe dont la requérante fait partie, de manière «à assurer une diversité du paysage radiophonique et un équilibre entre les différents formats de radios, à travers l'offre musicale, culturelle et d'information», ainsi que le prescrit l'article 56 du décret; que, contrairement à ce qu'indique la requérante, un actionnariat commun peut, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, être retenu comme indice d'unité de vues et donc d'atteinte au pluralisme; que la «position significative» existant déjà de radios faisant partie du même groupe que la requérante motive valablement la décision de ne pas retenir la candidature de celle-ci; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant sur la quatrième branche, que la comparaison que la requérante fait avec la situation de la RTBF, qui dispose de cinq réseaux communautaires pour diffuser ses programmes est dépourvue de pertinence pour deux raisons: d'une part, la partie adverse n'a pas compétence pour autoriser ou refuser à la RTBF la diffusion de certains programmes, l'article 32 du décret portant expressément que les dispositions de son titre III ne s'appliquent pas à la RTBF, à l'exception d'une série d'articles dont ne fait pas partie l'article 56 qui est le fondement de l'acte attaqué, d'autre part, l'incidence sur le pluralisme du nombre de réseaux dont dispose la RTBF ne peut être appréciée de la même manière que pour les radios privées, étant donné que le statut légal de la RTBF y garantit le pluralisme à l'intérieur de l'institution; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé,

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 trente novembre deux mille onze par :

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

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY