

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XV^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 251.076 du 25 juin 2021

A. 225.068/XV-3719

En cause :

- 1. la société anonyme TOPRADIO,**
- 2. l'association sans but lucratif**
- SENIOREN OMROEPORGANISATIE HAGELAND,**
- 3. l'association sans but lucratif ATLANTIS MUSIC,**
- 4. la société en commandite simple OORSTRELEND,**
- 5. l'association sans but lucratif RGR,**
- 6. l'association sans but lucratif HAPPY,**
- 7. l'association sans but lucratif SPEEDY,**

ayant toutes élu domicile chez
M^e Christiaan Lesaffer, avocat,
Meir 22-24 bte 2
2000 Anvers,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e François Tulkens, avocat,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 avril 2018, la société anonyme Topradio, l'association sans but lucratif Senioren Omroeporganisatie Hageland, l'association sans but lucratif Atlantis Music, la société en commandite simple Oorstreleend, l'association sans but lucratif RGR, l'association sans but lucratif Happy et l'association sans but lucratif Speedy demandent, d'une part, l'annulation de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 7 février 2018 fixant une liste de radiofréquences attribuables pour la diffusion de service sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre et, d'autre part, la suspension de l'exécution de ce même arrêté.

II. Procédure

Un arrêt n° 242.785 du 25 octobre 2018 a rejeté la demande de suspension et réservé les dépens. Il a été notifié aux parties.

Un arrêt n° 246.886 du 28 janvier 2020 a rouvert les débats, a chargé le membre de l'auditorat désigné par Monsieur l'auditeur général adjoint de poursuivre l'instruction de l'affaire et de rédiger un rapport complémentaire et a réservé les dépens. Il a été notifié aux parties.

M. Denis Delvax, à l'époque premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport complémentaire sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 9 octobre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 janvier 2021.

M. Marc Joassart, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Christiaan Lesaffer, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^e François Tulkens, avocat, et M^{me} Alexandra Krick, juriste, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis Delvax, à l'époque premier auditeur, a été entendu en son avis.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits ont été exposés dans l'arrêt n° 242.785, précité. Il convient de s'y référer.

IV. Recevabilité

IV.1. Derniers mémoires complémentaires des parties

Dans son dernier mémoire complémentaire, la partie adverse soulève des exceptions similaires à celles déjà soulevées dans ses écrits précédents, qui ont été exposées dans l'arrêt n° 246.886, précité.

Dans leur dernier mémoire complémentaire, les parties requérantes font valoir qu'à défaut pour la partie adverse de mentionner dans son dernier mémoire une réfutation de l'appréciation de l'auditeur rapporteur quant à la recevabilité du recours et au fondement de certains moyens, il y lieu de considérer que cette partie y acquiesce. Elles font référence à cet égard à l'enseignement des arrêts n° 166.225 du 21 décembre 2006 et n° 211.318 du 17 février 2011, qui ont jugé qu'à défaut d'arguments dans le dernier mémoire de la partie à laquelle l'auditeur donne tort, il n'y a pas lieu de s'écarter des conclusions du rapport de ce dernier. Elles soutiennent qu'en raison de la similitude entre le dernier mémoire complémentaire et le dernier mémoire initial, il faut considérer que la partie adverse n'a pas valablement demandé la poursuite de la procédure et en tirer les conséquences prévues par l'article 30, § 3, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

En ce qui concerne la recevabilité de leur recours, elles font référence au rapport complémentaire déposé à la suite de l'arrêt n° 246.886 du 28 janvier 2020 qui conclut au caractère réglementaire de l'acte attaqué. Elles indiquent partager l'analyse de l'auditeur rapporteur selon laquelle cet acte ne se limite pas à prendre une série de décisions individuelles au sujet de certaines radiofréquences. Elles estiment qu'au contraire, l'acte attaqué constitue le fondement de la planification de ces fréquences dans la Communauté française en identifiant les fréquences, ainsi que leurs caractéristiques techniques, qui pourront être attribuées à certaines catégories de radiodiffuseurs, avant que des décisions individuelles ne soit prises lors de l'attribution de ces fréquences à des personnes morales spécifiquement désignées. Elles relèvent que, postérieurement à l'acte attaqué, le gouvernement a fixé, par des arrêtés du 21 décembre 2018, publiés au *Moniteur belge* du 15 janvier 2019, la liste des radiofréquences assignables aux radios indépendantes, ainsi que le nombre de radios en réseau, leurs zones de services théoriques et les radiofréquences assignables qui les composent et un appel d'offre global pour leur attribution. Elles indiquent que ce n'est que dans un troisième temps que le Conseil supérieur de l'Audiovisuel (CSA) a procédé à cette attribution. Elles soulignent que l'annulation de l'acte attaqué aura nécessairement un effet par répercussion en rejaillissant sur les décisions réglementaires et individuelles précitées qui seront privées de base légale,

comme l'a jugé l'arrêt n° 244.904 du 20 juin 2019 ou, à tout le moins, en empêchant le CSA d'attribuer à nouveau les fréquences contestées. Compte tenu du caractère réglementaire de l'acte attaqué, elles estiment que la recevabilité du recours doit s'apprécier d'une manière plus souple et que la seule circonstance que l'annulation leur offrirait une nouvelle chance de voir leur situation réglée d'une manière plus favorable suffit à leur procurer un intérêt, comme l'a jugé l'arrêt n° 238.087 du 4 mai 2017.

IV.2. Appréciation

Conformément au dispositif de l'arrêt n° 246.886, précité, l'auditeur rapporteur a examiné, dans un rapport complémentaire, le troisième moyen de la requête relatif à l'absence de consultation de la section de législation en estimant que l'acte attaqué n'est pas réglementaire au sens de l'article 3 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, bien qu'il le soit, à son estime, au sens de l'article 14 de ces mêmes lois. Il relève toutefois que cette question a fait l'objet d'appréciations divergentes entre différentes chambres du Conseil d'État et préconise le renvoi devant l'assemblée générale de la section du contentieux administratif.

La partie adverse a, dans le délai légal, adressé un écrit de procédure intitulé « ultime dernier mémoire (récapitulatif) (avec demande de poursuite de la procédure) ». La circonstance qu'elle a fait le choix procédural de récapituler l'ensemble de son argumentation plutôt que de se limiter à une réfutation de l'analyse de l'auditeur rapporteur ne peut s'assimiler à une absence de demande de poursuite de la procédure. Il n'y a dès lors pas lieu de suivre la procédure prévue par l'article 30, § 3, des lois précitées sur le Conseil d'État.

Avant un éventuel renvoi à l'assemblée générale de la section du contentieux administratif sur la question du caractère réglementaire de l'acte attaqué, les exceptions d'irrecevabilité soulevées par la partie adverse doivent préalablement être examinées.

La première exception est liée à une absence de connexité entre les parties requérantes.

Plusieurs demandes ne peuvent être introduites de manière recevable comme une seule et même affaire que si cela contribue à une bonne administration de la justice, plus particulièrement lorsque, quant à leur objet ou à leur fondement, les demandes sont à ce point connexes qu'il paraît probable que les constatations

faites ou les décisions prises par rapport à une requête auront une incidence sur le sort d'une autre.

Ainsi, si plusieurs décisions sont attaquées dans une seule et même requête, un lien de connexité suffisant entre celles-ci n'existe que lorsqu'elles ont été accordées selon une même procédure ou lorsque les procédures se sont déroulées de manière tout à fait simultanée et que l'examen des recours ne nécessite pas d'instruction et de débats distincts.

En l'espèce, même s'il fixe une liste prévoyant de nombreuses fréquences, l'acte attaqué est un seul arrêté du Gouvernement de la Communauté française et, par voie de conséquence, les fréquences contestées ont été fixées le même jour, par la même autorité et selon la même procédure. Sans qu'il faille, à ce stade, déterminer si cet acte est réglementaire, ce serait faire preuve d'un formalisme excessif que de considérer que plusieurs parties requérantes contestant un même acte administratif en invoquant les mêmes moyens ne pourraient le faire dans la même requête.

La première exception d'irrecevabilité, fondée sur l'absence de connexité, est rejetée.

Les deuxième et troisième exceptions sont liées à une absence d'intérêt. Dans la deuxième exception, la partie adverse conteste l'incidence négative de l'acte attaqué sur la situation des parties requérantes tandis que, dans la troisième, elle indique que l'ordonnancement juridique n'est pas modifié, ou l'est de façon très limitée, parce que la liste des radiofréquences était déjà fixée par des actes antérieurs non contestés.

En vertu de l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, un recours en annulation peut être introduit par toute partie justifiant d'un intérêt. La loi ne définit pas l'« intérêt » et le législateur a laissé au Conseil d'État le soin de préciser le contenu de cette notion (*Doc. parl.*, Chambre, 1936-1937, n° 211, p. 34, et n° 299, p. 18). L'exigence de l'intérêt à agir vise à assurer la sécurité juridique et une bonne administration de la justice. Cette condition ne doit pas être appliquée de manière trop restrictive ou formaliste et est motivée par le souci de ne pas permettre l'action populaire (C. const., 9 juillet 2020, n° 105/2020, B.9.2). Il ressort des arrêts de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État n° 243.406 du 15 janvier 2019 et n° 244.015 du 22 mars 2019, et de la jurisprudence constante, qu'une partie requérante dispose de l'intérêt requis en droit si deux conditions sont remplies : tout

d'abord, l'acte administratif attaqué doit, notamment, lui causer un préjudice certain, personnel et direct. Ensuite, l'annulation qui interviendrait doit lui procurer un avantage direct et personnel, si minime fût-il. Dans ce contexte, même si l'acte attaqué en l'espèce devait se voir reconnaître un caractère réglementaire, son annulation ne pourrait être sollicitée que par les personnes auxquelles il a vocation à s'appliquer ainsi que par celles qui, sans y être à proprement parler soumises, en subissent directement des effets qui leur font grief ou qui peuvent modifier défavorablement leur situation. Une partie requérante n'est pas soumise à l'obligation de définir ou de préciser son intérêt au recours. Toutefois, si cet intérêt est mis en doute, il lui appartiendra alors de fournir des éclaircissements à cet égard dès qu'elle en aura l'occasion dans le cadre de la procédure et d'étayer son intérêt. Si elle s'exécute en ce sens, la partie requérante circonscrira alors également les motifs de sa demande et le Conseil d'État devra tenir compte des limites du débat juridictionnel qu'elle fixe.

Les parties requérantes exploitent des stations de radios qui sont toutes établies en Communauté flamande et ne sont pas soumises à l'application des règles de la Communauté française. Elles ne peuvent par conséquent se voir reconnaître un intérêt au sens de l'article 19 précité que si l'acte attaqué produit directement à leur égard des effets leur causant grief ou qui peuvent modifier défavorablement leur situation.

Pour répondre à la contestation de leur intérêt par la partie adverse, les parties requérantes se fondent essentiellement sur l'inscription de la plupart des fréquences litigieuses – à l'exception des fréquences Jodoigne 107,9 MHz et Bruxelles 107,6 MHz – dans l'annexe 2 de l'accord de coopération du 31 août 2018 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion dans la bande de fréquences 87,5-108 MHz conformément à l'article 17 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

L'article 2, § 3, de cet accord de coopération dispose ce qui suit :

« Sur les assignations reprises en annexe 2, aucun accord technique n'a pu être trouvé, mais celles-ci sont cependant gelées. Ces assignations ne peuvent donc être l'objet d'une modification. Toutefois, dans un cas de force majeure lié à des contraintes immobilières ou urbanistiques indépendantes de la volonté de la Communauté concernée, un déplacement du point d'émission est envisageable à la condition que cette modification n'implique aucune augmentation du champ utilisable existant après calcul selon les trois méthodes de calcul visées à l'article 4 et coordination selon la procédure visée à l'article 3 ».

Dans son avis 64.285/VR du 31 octobre 2018 relatif à l'avant-projet de décret de la Communauté française portant assentiment à cet accord de coopération, la section de législation du Conseil d'État a fait les observations générales suivantes (Doc. parl. Comm. Fr, 2018-2019, n° 745/1, pp. 8-9) :

« 7.1. Ainsi qu'il ressort de l'article 2, §§ 2 et 3, de l'accord de coopération auquel il est envisagé de porter assentiment, un accord technique a été trouvé sur les assignations reproduites en annexe 1, alors que tel n'est pas le cas pour celles figurant en annexe 2 qui "sont [...] gelées". À l'égard de cette deuxième catégorie, on s'attend à ce que les problèmes d'interférence subsistent¹.

Ainsi, l'accord de coopération crée une différence de traitement entre, d'une part, les utilisateurs de fréquences qui font l'objet d'assignations reproduites en annexe 1 et, d'autre part, ceux qui font l'objet d'assignations mentionnées en annexe 2 : la première catégorie pourra faire usage de fréquences qui ne subissent ni ne causent, en principe, de brouillage, alors que cette absence d'interférences n'est pas garantie à l'égard de la deuxième catégorie.

Il y a lieu d'examiner si cette différence de traitement se concilie avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

7.2. À cet égard, il y a lieu d'observer tout d'abord que cette différence de traitement repose sur un critère objectif. Les fréquences qui font l'objet d'assignations figurant en annexe 2 constituent un groupe limité de fréquences pour lequel aucun accord technique n'a pu être trouvé, de sorte que le risque de brouillage est réel. En revanche, en ce qui concerne les fréquences faisant l'objet d'assignations reprises en annexe 1, un accord technique a pu effectivement être trouvé, de sorte qu'elles pourront en principe être assignées sans perturbation.

7.3. La différence de traitement est en outre proportionnée à la finalité poursuivie par les parties à l'accord de coopération, à savoir parvenir à un accord global assignant toutes les fréquences, de sorte qu'il existe un véritable plan national pouvant répondre aux obligations internationales.

En effet, les conséquences du "gel" des assignations faisant l'objet de l'annexe 2 de l'accord de coopération sont plutôt limitées. Lesdites fréquences sont bel et bien assignées et peuvent être utilisées, si ce n'est que l'absence d'interférences ne pourra pas être garantie.

Certes, les assignations reprises en annexe 1 peuvent être modifiées, moyennant le respect de la procédure de coordination prévue à l'article 3 de l'accord de coopération et des méthodes de calcul inscrites à l'article 4 dudit accord, alors que les assignations mentionnées en annexe 2 ne peuvent pas être modifiées, sauf si l'accord de coopération est lui-même modifié. Il y a lieu d'observer toutefois que lorsque, dans le cadre de la procédure de coordination régie à l'article 3 de

¹ Voir l'avis du *Strategische Adviesraad voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media* du 30 août 2018 sur l'avant-projet de décret de la Communauté flamande 'houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende de coördinatie van de radiofrequenties voor radio-omroep in de frequentieband 87,5-108 MHz overeenkomstig artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie' sur lequel le Conseil d'État a donné ce jour l'avis n° 64.270/VR.

l'accord de coopération, une communauté formule des objections sur la demande de coordination d'une autre communauté, et qu'une solution unanime ne s'en dégage pas, la coordination doit être considérée comme refusée². Par conséquent, ces fréquences ne peuvent pas non plus être modifiées unilatéralement, même si des brouillages devaient encore être constatés.

7.4. Par contre, il serait difficile de justifier que l'absence d'accord technique pour un nombre limité de fréquences aurait pour effet de ne pas assigner toutes les autres fréquences pour lesquelles un accord technique a bel et bien été trouvé. Certes, à défaut d'accord technique sur les assignations en question, il aurait également été possible de ne pas du tout assigner ces fréquences mais, dans ce cas, le plan de fréquence national aurait été imparfait. En outre, une fréquence qui peut être utilisée – même si cette utilisation doit dans certains cas s'accompagner de brouillage – semble préférable à une fréquence totalement inexploitée.

7.5. Dans ces circonstances, la différence de traitement relevée dans l'observation 7.1, se concilie, semble-t-il, avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination ».

Comme l'indique la section de législation dans l'avis précité, le défaut d'accord technique au sujet de certaines fréquences ne permet pas de garantir l'absence d'interférences.

Toutefois, l'inscription de ces fréquences à l'annexe 2 de l'accord de coopération précité ne constitue pas non plus une preuve que les fréquences énumérées dans la requête brouillent effectivement les fréquences attribuées par la Communauté flamande aux parties requérantes.

De même, l'article 1^{er} de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 21 décembre 2018 fixant un appel d'offre global pour l'attribution de radiofréquences destinées à la diffusion de services sonores en mode analogique et en mode numérique, fait référence à des cartes de couvertures théoriques des radiofréquences, établies conformément à la méthode définie à l'article 7, § 3, du décret coordonné du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels, mais en apportant la précision suivante :

« S'agissant de calculs purement théoriques, ces cartes donnent une indication hypothétique de la couverture des radiofréquences et ne constituent dès lors aucune garantie quant à la couverture réelle des émetteurs ».

Il en résulte qu'il n'est pas possible, dans l'état actuel de la procédure, de déterminer avec certitude si l'acte attaqué peut être la source de perturbations des

² Article 3, § 5, alinéa 8, de l'accord de coopération.

radiofréquences attribuées aux parties requérantes d'une ampleur suffisamment perceptible pour leur conférer un intérêt à l'annulation au sens de l'article 19 des lois sur le Conseil d'État. Les aspects hautement techniques de l'affaire sur lesquels les parties sont en contradiction requièrent la désignation d'un expert ayant la mission décrite au dispositif du présent arrêt.

Par ailleurs, la partie adverse soutient que les caractéristiques techniques imposées par l'acte attaqué sont identiques à celles prévues antérieurement par des arrêtés des 21 décembre 2007, 21 octobre 2010, 3 février 2011 et 15 mai 2014, hormis pour les radiofréquences suivantes : Bruxelles 107.6 MHz et Jodoigne 107.9 MHz. Pour ces deux dernières fréquences, elle avance qu'elles devraient être moins perturbatrices, en raison d'atténuations supplémentaires de 1 dB entre 260° et 0° et entre 50° et 60° pour la première et d'un diagramme de rayonnement imposé à extrêmement directif (5 W sont rayonnés entre 230° et 70°) pour la seconde.

Lorsqu'un acte confirmatif est de nature réglementaire, ce qui reste encore à déterminer en l'espèce, le second acte constitue une nouvelle manifestation de volonté du pouvoir réglementaire et peut faire l'objet, en toutes ses dispositions, d'un recours en annulation. Toutefois, il convient de s'assurer du caractère partiellement confirmatif de l'acte attaqué et, pour les fréquences dont les caractéristiques sont modifiées par rapport aux arrêtés antérieurs, de l'effet de ces modifications sur la situation des parties requérantes. La mission d'expertise devra par conséquent également porter sur ces questions, conformément à la mission décrite dans le dispositif de l'arrêt.

L'expertise étant destinée à apprécier le fondement d'exceptions soulevées par la partie adverse, il appartient à cette dernière d'avancer les frais de cette expertise.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

L'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) est désigné comme expert. Il aura pour mission, dans le respect du contradictoire et

après avoir pris connaissance du dossier des parties, de déterminer si, et dans quelle mesure, les radiofréquences attribuables pour la diffusion de service sonore en mode analogique par voie hertziennne terrestre, selon les caractéristiques établies par l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 7 février 2018 attaqué dans le présent recours, sont de nature à perturber la diffusion d'un service sonore similaire dans les radiofréquences attribuées aux parties requérantes par la Communauté flamande. Il devra également décrire les différences éventuelles entre la situation créée par l'arrêté précité et le régime antérieur prévu par les arrêtés des 21 décembre 2007, 21 octobre 2010, 3 février 2011 et 15 mai 2014, énumérés dans le dernier mémoire récapitulatif de la partie adverse.

Article 3.

L'expert convoquera les parties à une première réunion dans les quinze jours de la notification du présent arrêt et fixera à l'issue de celle-ci le calendrier des travaux ultérieurs. Les convocations auront lieu par courrier électronique. À l'issue de la première réunion ou ultérieurement, l'expert pourra, d'initiative ou à la demande des parties, solliciter de la chambre, par lettre recommandée à la poste, une adaptation de sa mission. La chambre statuera dans les quinze jours de la réception de cette lettre sur cette demande, l'expert et les parties ayant été dûment convoqués à l'audience.

Article 4.

La provision éventuellement exigée sera avancée par la partie adverse.

Article 5.

Le rapport d'expertise sera déposé au greffe du Conseil d'État dans les six mois de la consignation de la provision demandée.

Article 6.

Les parties pourront déposer un mémoire dans les trente jours de la notification du rapport de l'expert par le greffe.

Article 7.

Le membre de l'auditorat désigné par M. l'auditeur général adjoint est chargé de suivre l'expertise, de veiller à son bon déroulement et, sur le vu du rapport d'expertise, de déposer un rapport complémentaire.

Article 8.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre,
le 25 juin 2021, par :

Pascale Vandernacht,
Anne-Françoise Bolly,
Marc Joassart,
Frédéric Quintin,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Frédéric Quintin

Pascale Vandernacht