



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 64.285/VR
du 31 octobre 2018

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française ‘portant assentiment à l’accord de coopération du ... 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’

Le 18 septembre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et des Médias de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours^{*}, sur un avant-projet de décret 'portant assentiment à l'accord de coopération du ... 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'avant-projet a été examiné par les chambres réunies le 16 octobre 2018. Les chambres réunies étaient composées de Jo BAERT, président de chambre, président, Martine BAGUET, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Bernard BLERO, Wanda VOGEL et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Astrid TRUYENS, greffier, et Charles-Henri Van Hove, greffier assumé.

Les rapports ont été présentés par Anne VAGMAN, premier auditeur, et Tim CORTHAUT, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 31 octobre 2018.

*

^{*} Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par les chambres réunies en application de l'article 85bis.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET ET DE L'ACCORD DE COOPÉRATION

2. L'avant-projet de décret de la Communauté française soumis pour avis entend porter assentiment, en ce qui concerne la Communauté française, à l'accord de coopération 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'accord de coopération fixe tout d'abord le plan national (article 2, § 1^{er}, de l'accord de coopération) qui est constitué des « assignations »² reproduites dans les deux annexes de l'accord de coopération. Un accord technique a pu être trouvé en ce qui concerne les assignations mentionnées en annexe 1 de l'accord de coopération. Ces assignations peuvent être modifiées dans le respect de la procédure de coordination visée à l'article 3 de l'accord de coopération et des méthodes de calcul visées dans son article 4 (article 2, § 2, de l'accord de coopération). Quant aux assignations figurant en annexe 2 de l'accord de coopération, aucun accord technique n'a pu être trouvé. En principe, ces assignations ne peuvent faire l'objet de modifications, sauf à modifier l'accord de coopération proprement dit, ce qui implique qu'elles sont gelées (article 2, § 3, de l'accord de coopération).

L'avant-projet règle également la procédure lorsqu'une administration étrangère introduit une demande de coordination (article 5 de l'accord de coopération) et lorsqu'une communauté souhaite appliquer les dispositions des articles 4³ et 7 de l'accord de Genève de 1984⁴ (article 6 de l'accord de coopération).

L'accord de coopération entre en vigueur « après son approbation par les Chambres législatives fédérales et les Communautés » (article 7 de l'accord de coopération).

¹ S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² À savoir « [l'] ensemble des caractéristiques techniques relatives à l'utilisation d'une radiofréquence par une station de radiodiffusion » : article 1^{er}, alinéa 2, 2^o, de l'accord de coopération.

³ À l'exception de l'article 4.2.3 de cet accord.

⁴ À savoir « [l'] Accord régional relatif à l'utilisation de la bande 87.5 - 108 MHz pour la radiodiffusion sonore à modulation de fréquence (Région 1 et partie de la Région 3), conclu à Genève le 7 décembre 1984 » : article 1^{er}, alinéa 2, 4^o, de l'accord de coopération.

COMPÉTENCE

3.1. L'article 17 de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' dispose comme suit :

« La coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion fait l'objet d'un accord de coopération avec les Communautés, en application de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ».

Dans son arrêt n° 112/2011 du 23 juin 2011, la Cour constitutionnelle a jugé que cette disposition ne viole pas les règles répartitrices de compétences « [c]ompte tenu de ce qui est dit en B.6.1 à B.6.3 ». Ces considérants s'énoncent comme suit :

« B.6.1. En renonçant à fixer unilatéralement la manière dont il exerce sa compétence relative à la coordination des radiofréquences, au profit de la conclusion d'un accord de coopération, l'autorité fédérale et les communautés fixant de commun accord la procédure à suivre, le législateur fédéral a entendu se conformer au principe de proportionnalité, énoncé en B.5.

B.6.2. Les règles répartitrices de compétence s'opposent certes à ce qu'une loi ordinaire subordonne à la conclusion d'un accord de coopération l'exercice d'une compétence fédérale, et *a fortiori* d'une compétence communautaire. En principe, il n'appartient donc pas au législateur fédéral, se prononçant à la majorité ordinaire, de prendre une disposition telle que la disposition en cause.

Le législateur fédéral ordinaire a toutefois pu agir de la sorte en l'espèce.

En premier lieu, il n'est pas question d'une modification de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les communautés, mais uniquement de l'utilisation d'un autre instrument juridique permettant de déterminer de quelle manière sont exercées de telles compétences. Le législateur n'a fait que concrétiser les obligations découlant du principe de proportionnalité, telles qu'elles avaient été fixées préalablement par la Cour dans sa jurisprudence relative aux radiocommunications, ce qui exige, comme l'expose le B.5, qu'un accord de coopération soit préalablement conclu en l'espèce. En d'autres termes, il faut tenir compte du fait que le législateur fédéral, se prononçant à la majorité ordinaire, n'a pas désigné *motu proprio* les matières pour lesquelles un accord de coopération est requis – ce qui serait manifestement contraire aux règles répartitrices de compétence – mais qu'il s'est borné, dans les limites de sa compétence, à donner suite à l'exigence de coopération qui est imposée pour l'exercice des compétences en vertu du principe de proportionnalité.

Par ailleurs, il a tenu compte de son obligation de transposer, dans les limites de sa compétence, la directive visée en B.3.3 et de l'exigence qui y est contenue de veiller, le cas échéant, à ce qu'une coopération ait lieu entre les différentes autorités nationales compétentes à propos de sujets d'intérêt commun.

Au demeurant, la disposition en cause renforce le mécanisme de coordination entre l'État fédéral et les communautés qui était précédemment d'application. Comme il a été souligné en B.1.2, la coordination des radiofréquences fixée par l'État fédéral sous l'empire de l'ancienne réglementation a été effectivement précédée d'une consultation des autorités communautaires concernées.

En outre, bien que toute forme de coopération implique inévitablement une limitation de l'autonomie des autorités concernées, la conclusion d'un accord de coopération qui est limité aux radiofréquences destinées à la radiodiffusion dont l'utilisation peut entraîner les interférences visées en B.3.2 ne peut davantage provoquer un échange, un abandon ou une restitution de compétence.

B.6.3. Il s'ensuit qu'en adoptant la disposition en cause, le législateur fédéral n'a pas méconnu les règles répartitrices de compétence. Ce constat ne vaut toutefois qu'à propos de la coordination des radiofréquences destinées à la radiodiffusion, visée en B.3.2 ».

Dans le même arrêt, la Cour constitutionnelle a encore jugé que « le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétence exige que les communautés et l'État fédéral exercent leurs compétences respectives en coopération afin de coordonner les radiofréquences dont l'utilisation par un émetteur de radiodiffusion peut aboutir à une interférence technique avec les émissions d'un opérateur relevant de la compétence d'une autre communauté ou avec les radiofréquences utilisées à d'autres fins que la radiodiffusion »⁵.

3.2. Ainsi qu'il ressort de son intitulé, l'accord de coopération auquel il est envisagé de porter assentiment pourvoit à l'exécution de l'article 17 précité de la loi du 13 juin 2005. Il vise la coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion dans la bande de fréquences 87,5-108 MHz. Il se déduit de l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle que cette coordination requiert que les communautés et l'autorité fédérale exercent en coopération leurs compétences, à savoir respectivement la fixation des radiofréquences destinées à la radiodiffusion et la police générale des ondes radioélectriques, ce qu'elles ont fait en l'espèce. L'accord de coopération est dès lors conforme aux règles répartitrices de compétences.

FORMALITÉS

4.1. Selon l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »)', les États membres veillent

« à ce que les droits, les conditions et les procédures applicables aux autorisations générales, aux droits d'utilisation ou aux droits de mettre en place des ressources ne puissent être modifiés que dans des cas objectivement justifiés et dans des proportions raisonnables, compte tenu, le cas échéant, des conditions particulières applicables aux droits d'utilisation de radiofréquences cessibles. Il est fait part en bonne et due forme de l'intention de procéder à de telles modifications et les parties intéressées, dont les utilisateurs et les consommateurs, se voient accorder un délai suffisant pour exprimer leur point de vue sur les modifications proposées, délai qui sera d'au moins quatre semaines, sauf circonstances exceptionnelles ».

⁵ C.C., 23 juin 2011, n° 112/2011, B.5.

4.2. Il ne ressort pas des documents soumis au Conseil d'État que le plan de fréquences envisagé a fait l'objet d'une consultation publique qui a permis à l'ensemble des parties intéressées de faire connaître leur point de vue, si bien que la formalité imposée par la directive ne paraît pas avoir été respectée.

4.3. Le Conseil d'État, section de législation, a déjà souligné par le passé qu'un cadre réglementaire pour l'organisation de cette consultation semble faire défaut⁶, ce qui soulève des questions quant à la prévisibilité des consultations et aux modalités de leur organisation. Ce problème se pose dans la même mesure pour l'accord de coopération. On pourrait néanmoins admettre que la consultation soit organisée en commun par les différentes parties à l'accord de coopération, à condition de respecter les exigences qualitatives imposées par la directive.

5. Les articles 6 et 7 de la loi du 16 juillet 1973 'garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques' (ci-après la « loi du Pacte culturel ») disposent comme suit :

« Art. 6. Les autorités publiques doivent associer à l'élaboration et à la mise en œuvre de leur politique culturelle toutes les organisations représentatives reconnues et toutes les tendances idéologiques et philosophiques.

À cette fin, elles auront recours à des organes et structures appropriés, existants ou à créer, en vue de la consultation ou de la concertation.

Art. 7. Ces organes de consultation sont composés de manière à assurer la représentation des tendances idéologiques et philosophiques aussi bien que des groupements utilisateurs, et à éviter la prédominance injustifiée d'une des tendances ou d'un ensemble de groupements d'utilisateurs se réclamant d'une même tendance.

Les avis transmis à l'autorité publique peuvent comporter des notes de minorité ».

Il résulte de l'article 6 reproduit ci-avant que les autorités publiques sont tenues d'associer à l'élaboration de leur politique culturelle toutes les organisations représentatives reconnues et toutes les tendances idéologiques et philosophiques, et, si nécessaire, de créer des organes *ad hoc* à cette fin.

⁶ Avis n° 59.290/3 donné le 25 mai 2016 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 14 octobre 2016 'modifiant le décret du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision et le décret du 25 avril 2014 relatif aux pensions de retraite allouées aux membres du personnel statutaires de la « Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie » (Organisation de Radiodiffusion et télévision flamande) et aux pensions de survie allouées aux ayants droit de ces membres du personnel', observations n°s 5.1 à 5.5 (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2015-2016, n° 829/1, pp. 46-49, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/59290.pdf>) ; avis n° 60.142/3 donné le 20 octobre 2016 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 23 décembre 2016 'portant modification de diverses dispositions du décret du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, en ce qui concerne les organismes de radiodiffusion sonore', observation 3 (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2016-2017, n° 983/1, pp. 51-54, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60142.pdf>) ; avis n° 61.050/3 donné le 28 mars 2017 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 21 avril 2017 'fixant le nombre d'organismes de radiodiffusion sonore privés communautaires, régionaux, en réseau et locaux qui peuvent être agréés et fixant le plan de fréquences et les paquets de fréquences mis à disposition des organismes de radiodiffusion sonore privés communautaires, régionaux, en réseau et locaux', observation n° 5 (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/61050.pdf>).

Par ailleurs, comme la section de législation l'a déjà souvent rappelé, il suit de ces mêmes dispositions que les instances d'avis créées dans le domaine des matières culturelles doivent être considérées comme disposant d'une compétence obligatoire d'avis.

En l'espèce, en l'état des textes publiés au *Moniteur belge*, il existe, en Communauté française, un organe dont la composition est organisée en vue de répondre aux exigences de l'article 6 de la loi du 16 juillet 1973, créé spécifiquement dans la matière culturelle de la radiodiffusion et de la télévision telle que visée à l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

Ainsi, l'article 138, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, du décret de la Communauté française 'sur les services de médias audiovisuels, coordonné le 26 mars 2009' (ci-après : 'le décret sur les services de médias audiovisuels'), prévoit que

« Outre les 4 membres du bureau visés à l'article 142, § 1^{er}, le Collège d'avis est composé au maximum de 18 membres effectifs désignés par le Gouvernement. Pour chaque membre effectif, il est nommé un suppléant. Le mandat des membres effectifs et suppléants est d'une durée de quatre ans, renouvelable.

Sans préjudice des dispositions visées à l'article 142, § 1^{er}, les membres effectifs et suppléants sont désignés dans le respect de l'article 7 de la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques ».

Selon l'article 135, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du même décret, ce Collège d'avis est chargé notamment des missions suivantes :

« 3° rendre des avis sur toute question relative à l'audiovisuel, en ce compris la protection des mineurs et la communication commerciale, à l'exception des questions relevant de la compétence du Collège d'autorisation et de contrôle ;

4° rendre un avis sur les modifications décrétales et réglementaires que lui paraît appeler l'évolution technologique, économique, sociale et culturelle des activités du secteur de l'audiovisuel, ainsi que du droit européen et international ».

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du même article 135 dispose pour sa part comme suit :

« Les recommandations et avis visés à l'alinéa 1^{er}, 1°, 3° et 4° sont formulés soit d'initiative à la demande conjointe d'au moins un tiers des membres du Collège d'avis, exception faite des membres du bureau, soit à la demande du Collège d'autorisation et de contrôle, soit à la demande du Gouvernement ou du Parlement de la Communauté française ».

Certes, cette disposition n'impose pas directement au titulaire du pouvoir exécutif ou législatif de solliciter l'avis du Collège d'avis sur tout avant-projet de décret ou projet d'arrêté en matière de radiodiffusion et de télévision.

Toutefois, il se déduit de la combinaison de l'article 6 de la loi du Pacte culturel et des missions générales conférées au Collège d'avis par l'article 135, § 1^{er}, 3^o et 4^o, reproduit ci-avant, que l'avis du Collège doit être sollicité préalablement à l'adoption du texte en projet ⁷.

Il ne ressort pas du dossier transmis à la section de législation que la formalité requise a été accomplie.

6. En application de l'article 4, alinéa 2, 1^o, du décret du 7 janvier 2016 'relatif à l'intégration de la dimension de genre dans l'ensemble des politiques de la Communauté française', chaque ministre doit établir, pour chaque projet d'acte législatif et réglementaire, un rapport d'évaluation de l'impact du projet sur la situation respective des femmes et des hommes, dit « test genre ».

Ce « test genre » doit être établi conformément à l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 10 mai 2017 'instaurant le modèle de test genre en exécution des articles 4 et 6 du décret du 7 janvier 2016 relatif à l'intégration de la dimension de genre dans l'ensemble des politiques de la Communauté française'.

Il ne ressort pas du dossier transmis à la section de législation que la formalité requise a été accomplie.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

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 subsistent ⁸.

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.

⁷ Dans un sens similaire, voir l'avis n° 62.677/4 donné le 31 janvier 2018 sur un avant-projet devenu le décret du 14 juin 2018 'modifiant le décret sur les services de Médias Audiovisuels coordonné le 26 mars 2009' (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2017-2018, n° 630/1, pp. 73-74, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/62677.pdf>).

⁸ 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.

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'attributions 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'attributions reprises en annexe 1, un accord technique a pu effectivement être trouvé, de sorte qu'elles pourront en principe être attribuées 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 attribuant toutes les fréquences, de sorte qu'il existe un véritable plan national pouvant répondre aux obligations internationales.

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

Certes, les attributions 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 attributions 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 réglée à l'article 3 de 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 refusée⁹. 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 attribuer toutes les autres fréquences pour lesquelles un accord technique a bel et bien été trouvé. Certes, à défaut d'accord technique sur les attributions en question, il aurait également été possible de ne pas du tout attribuer 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.

⁹ Article 3, § 5, alinéa 8, de l'accord de coopération.

EXAMEN DE L'ACCORD DE COOPÉRATION

Article 3

8. Aux termes de l'article 3, § 5, alinéa 4, 4°, de l'accord de coopération, la commission de coordination est chargée de « fixer les modalités pratiques d'application du présent accord ».

Les règles et principes régissant l'exercice de la fonction normative s'opposent à ce que les modalités fixées par la commission de coordination aillent au-delà de la concrétisation pratique de dispositions élaborées par les organes désignés à cet effet par la Constitution ou en vertu de celle-ci.

Par conséquent, cette disposition ne peut être admise qu'à la condition que les « modalités pratiques d'application du présent accord » restent limitées à de simples accords de travail internes entre parties.

Article 7

9. Selon l'article 7, l'accord de coopération, auquel il est envisagé de porter assentiment, entre en vigueur « après son approbation par les Chambres législatives fédérales [lire: la Chambre des représentants ¹⁰] et les Communautés ».

Ainsi, cette disposition fait référence à une période et non à une date d'entrée en vigueur précise. Or, il découle de l'article 2, § 1^{er}, de l'accord de coopération que les assignations sont fixées dans le plan national « [l]e jour de l'entrée en vigueur du présent accord de coopération ». Par conséquent, la date d'entrée en vigueur doit être fixée avec suffisamment de sécurité juridique.

¹⁰ Les lois portant approbation d'accords de coopération sont une manière monocamérale et non plus une matière bicamérale obligatoire : article 74 de la Constitution.

EXAMEN DU TEXTE DE L'AVANT-PROJET

10. La date de l'accord de coopération (31 aout 2018) doit être insérée dans l'intitulé et dans l'article 1^{er} de l'avant-projet.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Jo BAERT