



CONSEIL D'ÉTAT section de législation

avis 64.712/4
à 64.714/4
du 3 décembre 2018

sur

- un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'fixant, pour la diffusion en mode analogique, la liste des radiofréquences assignables aux radios indépendantes ainsi que le nombre de radios en réseau, leurs zones de service théoriques et les radiofréquences assignables qui les composent' (64.712/4) ;

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'fixant, pour la diffusion en mode numérique, la liste des radiofréquences utilisables par les radios indépendantes ainsi que le nombre de radios en réseau, leurs zones de service théoriques et les radiofréquences utilisables qui les composent' (64.713/4) ;

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française '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' (64.714/4)

Le 14 novembre 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, sur

- un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'fixant, pour la diffusion en mode analogique, la liste des radiofréquences assignables aux radios indépendantes ainsi que le nombre de radios en réseau, leurs zones de service théoriques et les radiofréquences assignables qui les composent' (64.712/4) ;
- un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'fixant, pour la diffusion en mode numérique, la liste des radiofréquences utilisables par les radios indépendantes ainsi que le nombre de radios en réseau, leurs zones de service théoriques et les radiofréquences utilisables qui les composent' (64.713/4) ;
- un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française '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' (64.714/4).

Les projets ont été examinés par la quatrième chambre le 3 décembre 2018. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 décembre 2018.

*

IRRECEVABILITÉ DES DEMANDES D'AVIS

1. Dans son avis n° 44.814/4 donné le 2 juillet 2008 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 4 juillet 2008 'fixant une liste de radiofréquences assignables aux éditeurs de services pour la diffusion de service de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre', la section de législation a conclu à l'irrecevabilité de la demande d'avis, pour les raisons suivantes :

« Le projet d'arrêté est similaire à l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 31 mars 2004 'arrêtant la liste des radios fréquences assignables aux éditeurs de services, accompagnées de leurs caractéristiques techniques pour la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 Mhz'.

Cet arrêté du 31 mars 2004 a été annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 151.646 du 23 novembre 2005, ce, sur la base du second moyen soulevé par le requérant à l'appui de sa requête en annulation.

Auparavant, le Conseil d'État avait déclaré non fondé le premier moyen, déduit de 'la violation des formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité, et plus particulièrement de l'article 3 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, et de la sécurité juridique'.

Selon la partie requérante, l'arrêté du 31 mars 2004 aurait dû être soumis à la section de législation du Conseil d'État parce qu'il ne se bornait pas à un simple rappel de dispositions préexistantes, mais contenait la formulation de règles de droit, dès lors qu'il déterminait dans quelles conditions précises les radiofréquences pouvaient être assignées aux éditeurs de services. La partie requérante considérait donc qu'il s'agissait d'un arrêté réglementaire au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

L'arrêt n° 151.646 déclare ce moyen non fondé, pour le motif que l'arrêté du 31 mars 2004

'détermine la liste des radiofréquences assignables aux éditeurs de services privés de radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87.5-108 MHz au sein des radiofréquences disponibles en Communauté française pour la diffusion par voie hertzienne terrestre conformément à l'article 99 du décret et détermine en outre pour chaque radiofréquence ses caractéristiques techniques, à savoir les coordonnées géographiques, la hauteur de l'antenne au-dessus du sol, la valeur maximale de la puissance apparente rayonnée et le diagramme directionnel de l'antenne; que sous ces deux aspects, il revêt un caractère réglementaire en ce sens qu'il a vocation à s'appliquer à l'ensemble des éditeurs de services qu'il vise en des termes généraux et qui sont exposés de ce fait au risque de ne plus poursuivre leurs activités en raison des contraintes qu'il contient ; qu'à ce titre il est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation auprès du Conseil d'État, en tant que règlement d'une autorité administrative; que, toutefois, cet arrêté ne comporte, outre une disposition relative à son entrée en vigueur et celle qui charge le ministre compétent de son exécution, qu'un article rédigé comme suit :

'Conformément à l'article 99 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, le Gouvernement arrête la liste radios fréquences assignables aux éditeurs de services, accompagnée de leurs caractéristiques techniques.

La liste comprend pour chaque radios fréquence les coordonnées géographiques, la hauteur d'antenne par rapport au sol, la valeur maximale de la puissance apparente rayonnée et les atténuations imposées' ;

Considérant que cette disposition ne constitue qu'un rappel partiel de la teneur de l'article 99 du décret du 27 février 2003; que la liste que comporte l'arrêté contient l'indication, pour chaque station, de sa fréquence, de ses coordonnées géographiques, de sa puissance, de la hauteur de l'antenne au-dessus du sol et de son diagramme directionnel établi de 10 en 10 degrés pour la totalité de son pourtour; que s'il est indéniable que ce document produit des effets de droit en ce sens qu'il conditionne la validité des décisions ultérieures assignant des fréquences, il ne contient toutefois la formulation d'aucune règle de droit, et, à ce titre, il ne constitue pas un «arrêté réglementaire» au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État; qu'en tant qu'il est dirigé contre le premier arrêté attaqué, le moyen n'est pas fondé' ;

Pour les mêmes motifs que ceux invoqués dans l'arrêt n° 151.646, il y a lieu de conclure que l'arrêté en projet ne contient, lui non plus, la formulation d'aucune règle de droit, et, qu'à ce titre, il ne constitue pas un 'arrêté réglementaire' au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

La demande d'avis est donc irrecevable ».

En l'espèce, les projets d'arrêtés à l'examen 'fixant, pour la diffusion en mode analogique, la liste des radiofréquences assignables aux radios indépendantes ainsi que le nombre de radios en réseau, leurs zones de service théoriques et les radiofréquences assignables qui les composent' et 'fixant, pour la diffusion en mode numérique, la liste des radiofréquences utilisables par les radios indépendantes ainsi que le nombre de radios en réseau, leurs zones de service théoriques et les radiofréquences utilisables qui les composent', s'ils ne sont pas totalement identiques au projet examiné par la section de législation, n'en ont pas moins pour seuls objets d'établir des « listes » de radiofréquences assignables ou utilisables, un « nombre » de radios en réseau, des « zones » de services théoriques et les « radiofréquences » qui composent ces « zones ».

Ainsi, à l'instar de l'arrêté annulé par l'arrêt n° 151.646 de la section du contentieux administratif, les deux projets précités revêtent un caractère réglementaire en ce sens qu'ils auront vocation à s'appliquer à l'ensemble des éditeurs de services visés en des termes généraux, et qui sont exposés de ce fait au risque de ne plus poursuivre leurs activités en raison des contraintes qu'il contient. À ce titre, les arrêtés en projet une fois adoptés constitueront des règlements d'une autorité administrative au sens de l'article 14 de lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

Ceci étant, s'il est indéniable qu'ils sont destinés à produire des effets de droit en ce sens qu'ils conditionneront la validité selon le cas, des décisions ultérieures assignant des fréquences, ou de l'utilisation de ces fréquences, les arrêtés en projet ne contiennent toutefois pas la formulation de règles de droit – ou, en d'autres termes, sont dépourvus de contenu normatif –, et, à ce titre, ne constituent pas des « arrêtés réglementaires » au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Les demandes d'avis sont donc irrecevables à leur égard.

2. S'agissant du troisième projet d'arrêté à l'examen, à savoir le projet d'arrêté du « 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 », il y a également lieu d'avoir égard à l'arrêt n° 151.646 précité.

En effet, par cet arrêt, la section du Contentieux administratif a également annulé l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 31 mars 2004 'fixant l'appel d'offres pour l'attribution des radiofréquences pour la diffusion de service de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre', sur la base du second moyen soulevé par le requérant à l'appui de sa requête en annulation.

Auparavant, la section du Contentieux administratif avait déclaré non fondé le premier moyen, déduit, comme mentionné ci-avant, de « la violation des formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité, et plus particulièrement de l'article 3 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, et de la sécurité juridique », et ce pour les motifs suivants :

« Considérant que second arrêté attaqué ne contient, outre le fixant vigueur et l'exécutoire, qu'un article rédigé comme suit :

'Conformément à l'article 104 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, le Gouvernement publie un appel d'offres au *Moniteur belge* pour l'attribution des radiofréquences pour la radiodiffusion sonore en mode analogique. L'appel d'offres comprend les éléments suivants :

1. La liste des radiofréquences assignables aux éditeurs de services, accompagnée de leurs caractéristiques techniques. La liste identifie les radiofréquences assignables aux radios indépendantes et les réseaux de radio fréquences assignables aux radios de réseaux telle que reprise en Annexe 1 du présent arrêté.

2. Le cahier des charges tel que repris à l'Annexe 2 du présent arrêté' ;

Considérant que, par elle-même, cette disposition n'est qu'un rappel de l'article 10 du décret; que le cahier des charges annexé à cet arrêté récapitule une série de conditions auxquelles, en vertu du décret, les demandeurs d'autorisation doivent satisfaire et, en son point A, al. 2, détermine le délai d'introduction des demandes d'autorisation, à savoir, sous peine d'irrecevabilité, le dépôt à la poste 'dans les soixante jours calendrier suivants la publication de l'appel d'offres au *Moniteur belge*' ; qu'il s'en déduit de la combinaison de l'arrêté et de cette disposition de son annexe que ces dispositions organisent un appel d'offre produisant ses effets une seule fois, et que sa portée est d'engager une procédure d'attribution des fréquences; que si cet acte a des effets de droit, ceux-ci sont appelés à s'épuiser par la mise en œuvre de la procédure d'appel d'offres qu'il engage ; qu'à défaut de contenir des règles permanentes, susceptibles de s'appliquer à un nombre indéterminé de situations, il est dépourvu du caractère de généralité qui caractérise le règlement; qu'il ne devait, en conséquence, pas être soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État ».

Le raisonnement vaut, *mutatis mutandis*, pour le troisième projet d'arrêté à l'examen ¹.

La demande d'avis est donc irrecevable également à son égard, celui-ci étant dépourvu de caractère réglementaire au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET

¹ Pour autant que de besoin, il est précisé que s'agissant de l'application unique de l'arrêté en projet, la note au Gouvernement mentionne que « L'article 133bis [lire : 113bis] du décret coordonné du 26 mars 2009 'sur les services de médias audiovisuels' permet au Gouvernement de lancer une procédure d'appel d'offre unique permettant l'assignation de radiofréquences pour une diffusion de services sonores en mode analogique et la délivrance d'un droit d'usage de radiofréquences pour une diffusion de services sonores en mode numérique. Tel est l'objet du présent arrêté. » A ce propos, il est rappelé que cet article 113bis dispose comme suit :

« Le Gouvernement peut coupler, dans une procédure commune, l'assignation de radiofréquences pour une diffusion de services sonores en mode analogique et la délivrance d'un droit d'usage de radiofréquences pour une diffusion de services sonores en mode numérique.

Dans ce cas, le Gouvernement publie un appel d'offre qui rassemble les éléments visés aux articles 105 et 111 afin de permettre l'attribution à un même service sonore de radiofréquences pour une diffusion en mode analogique et pour une diffusion en mode numérique ».

Enfin, interrogée à ce propos, la déléguée du Gouvernement a confirmé que l'arrêté en projet était destiné à recevoir une application unique.