

DECISION DCC 09 – 017

DU 26 FEVRIER 2009

La Cour Constitutionnelle,

Saisie d'une requête du 24 avril 2008 enregistrée à son Secrétariat à la même date sous le numéro 016-C/044/REC, par laquelle le Président de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (HAAC) forme un « recours en régulation du fonctionnement de la HAAC vis-à-vis du Gouvernement. » ;

VU la Constitution du 11 décembre 1990 ;

VU la Loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour Constitutionnelle, modifiée par la Loi du 31 mai 2001 ;

VU le Règlement Intérieur de la Cour Constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Oùï Monsieur Zimé Yérïma KORA-YAROU en son rapport ;

Après en avoir délibéré,

Considérant que le requérant expose : « ... La Haute Juridiction, organe régulateur du fonctionnement des Institutions et de l'activité des pouvoirs publics, est sollicitée face à l'inertie persistante du Gouvernement qui, depuis la promulgation de la loi organique relative à la HAAC, s'est toujours abstenu de présenter le rapport technique sur la base duquel la HAAC devrait autoriser l'usage des fréquences radios et des canaux de télévision par les promoteurs privés, ce qui aurait permis de mettre en œuvre le caractère pluraliste de l'information.

Par ailleurs, il s'est avéré que depuis le 20 août 1997, date de promulgation de la loi n° 097- 010 sur la démonopolisation, le Président de la République n'a jamais défini par décret, comme le lui prescrit l'article 11, les bandes de fréquences ou les fréquences qui sont attribuées aux administrations de l'Etat ; la prise de ces deux mesures aurait donné une base légale aux

autorisations d'usage de fréquences et de canaux auxquelles la HAAC a dû procéder en faveur de promoteurs privés. » ; qu'il développe : « Il y a dans ces deux positions du Gouvernement une volonté manifeste d'empêcher la HAAC d'accomplir sa mission, parce que le silence gardé pendant onze ans est la preuve évidente du blocage de la HAAC par le Gouvernement. Et si les précédentes mandatures de la HAAC n'avaient pas décidé de rompre cette résistance, l'article 6 de la loi organique qui, entre autres, dispose que la HAAC... veille à ce que les organes de presse ne fassent pas l'objet de concentration afin de maintenir le caractère pluraliste de l'information et de la communication n'aurait jamais été appliqué et la libéralisation des ondes ne serait jamais intervenue.

Cette attitude du Gouvernement mérite, ...d'être stigmatisée par votre Haute juridiction.

...La présente mandature de la HAAC, a, dès son entrée en fonction, engagé un espace de dialogue avec le Gouvernement sur la question de la présentation par lui du rapport technique et de la prise du décret prescrit par l'article 11 de la Loi n° 97-010.

En effet, l'article 35 de la loi organique requiert que le Ministre en charge de la communication présente un rapport technique en vue de la délivrance par la HAAC des autorisations d'usage de fréquences aux opérateurs privés.

Cet article 35 a été en outre explicité par certains articles de la Loi n° 97-010 du 20 août 1997 notamment l'article 18 qui dispose : "l'usage des fréquences pour la diffusion des services de communication audiovisuelle par voie hertzienne ou par satellite est subordonné au respect des conditions techniques définies par la HAAC dans les cahiers des charges".

Les différents textes pris subséquemment sont restés muets sur le contenu du rapport technique du Ministre.

C'est alors que l'actuelle mandature de la HAAC a organisé avec le Ministère un atelier conjoint en date des 8 et 9 janvier 2007. L'atelier a estimé que la présentation de ce rapport technique était une nécessité, et a adopté en conséquence des propositions dont la mise en œuvre incombait au Ministère. Mais ici encore, le Ministère n'a pas accompli la part de la mission dont il a été convenu. » ; qu'il poursuit : « C'est dans ce contexte que le 08 mars 2007, la HAAC, sous la pression de demandes nombreuses et pressantes et de la multiplication des radios pirates, sentant la nécessité d'ouvrir à nouveau le secteur aux privés a saisi, ... le Ministre chargé de la Communication aux fins de produire le rapport technique indiqué à l'article 35 alinéa 2 de la loi organique n° 92 – 021 du 21 août 1992 relative à la HAAC. A cette lettre était jointe la liste des fréquences identifiées et répertoriées par la HAAC par

département...

Face au silence du Ministre, les Conseillers à la HAAC ont informé le Chef de l'Etat, au cours d'une audience à eux accordée courant juillet 2007, de l'imminence du lancement de l'appel à candidatures pour l'octroi de nouvelles fréquences de radiodiffusions sonores et de télévisions privées...

L'appel à candidatures a été lancé le 02 août 2007. Le 18 septembre 2007, le Ministre a été reçu en audience par le Président de la HAAC et a échangé avec les Conseillers sur les problèmes liés à la gestion des fréquences et la nécessité d'assainir le secteur.

Contre toute attente, par lettre du 07 décembre 2007, le Ministre chargé de la Communication a saisi la HAAC pour lui demander de surseoir à la procédure d'appel à candidatures pour l'autorisation d'usage de fréquences par des promoteurs privés.

En réponse, le Président de la HAAC, par lettre du 28 décembre 2007, a fait valoir les contraintes et les arguments qui ne lui laissaient point d'autre choix que la poursuite de la procédure jusqu'à son terme et ce, dans un délai bien précis. Face à cette situation, ... le Président de la HAAC a sollicité une audience auprès du Président de la République afin que le Bureau de l'Institution puisse en discuter avec lui.

L'audience ...a eu lieu le mardi 15 janvier 2008, en l'absence du Ministre chargé de la Communication ... Les échanges ont néanmoins révélé que le Président de la République n'était pas au courant de l'évolution du dossier. Il a promis de donner des instructions au Ministre pour une gestion concertée dudit dossier.

Le 16 janvier 2008, le Ministre en charge de la Communication est venu remettre en mains propres au Président de la HAAC un document représentant le rapport technique exigé par l'article 35 de la loi organique du 21 août 1992... dans lequel il invitait l'Institution de régulation à n'octroyer aucune fréquence de radiodiffusion sonore et aucune fréquence de télévision en se prévalant des défaillances du Gouvernement dans le domaine de la gestion des fréquences.

A l'examen de ce rapport, les Conseillers ont relevé que ce document ne s'appuyait sur aucune base technique car rien n'y était dit sur le point de l'utilisation des fréquences accordées et utilisées dans le secteur privé et le service public.

Aucune objection n'y a été faite sur la liste des fréquences répertoriées par département par la HAAC dans le cadre de l'appel à candidatures et dont la liste lui avait été transmise depuis le 08 mars 2007. » ; qu'il conclut : « Il devient alors impérieux que la Haute Juridiction invite instamment : Le Président de la

République à prendre dans un bref délai qu'elle aura à lui prescrire :

- un décret définissant les bandes de fréquences ou les fréquences qui sont attribuées aux administrations de l'Etat, étant entendu qu'aux termes de l'article 11 de la loi sur la libéralisation des ondes "une bande déjà attribuée aux privées ne peut être reprise par le Gouvernement qu'après avis conforme de la HAAC."

....

- un autre décret déterminant le quota des bandes de fréquences réservées aux personnes privées. ... » ; qu'il demande en conséquence à la Cour, sur le fondement de l'article 114 de la Constitution « d'inviter le Président de la République à se conformer, dans un bref délai ... aux dispositions de l'article 35 de la loi organique n° 92- 021 du 21 août 1992 relative à la HAAC et des articles 3 et 11 de la loi n° 97- 010 portant libéralisation de l'espace audiovisuel et dispositions pénales spéciales relatives aux délits en matière de presse et de communication audiovisuelle en République du Bénin...pour que force reste à la loi et que le Gouvernement ne continue pas de bloquer le fonctionnement d'une institution ... telle que la HAAC. » ;

Considérant qu'en réponse à la mesure d'instruction de la Cour, le Secrétaire Général du Gouvernement affirme : « ...Le rapport technique est constitué par l'ensemble des avis techniques formulés par le Ministre en charge de la Communication sur chacun des dossiers de demande d'attribution de fréquences que lui transmet la HAAC à chaque appel à candidatures. C'est une exigence de l'article 35 alinéa 2 de la loi organique relative à la HAAC, reprise par l'article 3 alinéa 3 de la loi sur la libéralisation de l'espace audiovisuel.

Dans son recours, le Président de la Haute Institution de régulation de l'audiovisuel soutient que le Gouvernement n'a jamais produit ce rapport depuis l'entrée en vigueur de la Loi organique.

Une telle affirmation n'est pas fondée. En effet, chaque fois qu'il a été sollicité, le Gouvernement a toujours déféré à cette exigence de la loi, comme en témoignent les rapports techniques produits respectivement en 1997, 2003 et en 2008. Dans le cas particulier du rapport produit en 2008, il est important de préciser que lorsqu'elle a saisi le Gouvernement, la HAAC lui a seulement transmis la liste des fréquences à attribuer par département, sans les dossiers de demande d'attribution, comme ce fut le cas en 1997 et en 2003... Malgré l'insistance du Ministre en charge de la Communication, ces dossiers n'ont pas été transmis. Le rapport technique a été alors produit, en tenant compte de cette donne...

L'article 11 de la loi sur la libéralisation de l'espace audiovisuel exige que soit pris un décret qui détermine les fréquences ou les bandes de fréquences

attribuées aux différentes administrations de l'Etat, y compris la HAAC.

Dans son recours, la HAAC reproche au Président de la République de n'avoir jamais pris ce décret qui aurait "donné une base légale aux différentes assignations qu'elle a effectuées."

A cet effet il faut noter que la prérogative d'attribuer les fréquences aux promoteurs privés par la HAAC tire sa source de la loi et non du décret d'application. L'édiction de la norme réglementaire ne viendrait qu'éclairer la gestion des fréquences disponibles pouvant être accordées aux personnes privées.

C'est la raison pour laquelle la HAAC n'a jamais attendu le décret d'application pour accorder des fréquences aux promoteurs privés depuis 1997.

Ensuite, on aperçoit difficilement le mobile de ce grief de la HAAC. Chercherait-elle à justifier son double refus de présenter les dossiers de demande de fréquences et de suivre les conclusions du rapport technique par l'absence de décret d'application. Selon la HAAC, l'absence de règlement d'application enlève aux autorisations de fréquence leur caractère légal. ...

Toutefois le Chef de l'Etat reconnaît la nécessité de prendre le décret d'application devant définir le paysage des fréquences disponibles. Seulement l'édiction de cette norme est soumise à une formalité complexe substantielle et préalable. Elle consiste à inventorier les fréquences déjà attribuées depuis 1997 et d'en définir celles qui sont encore disponibles.

Or le Bénin ne dispose ni des compétences humaines, ni des ressources financières pour faire ce travail. Le Gouvernement a dû faire appel à l'UIT qui a dépêché deux (02) experts à Cotonou entre le 27 mars 2008 et le 23 mai 2008. Les deux experts ont fait une série de recommandations pour une meilleure gestion des fréquences et le Ministère en charge de la Communication a déjà élaboré les différents dossiers d'appel d'offres pour la mise en œuvre de ces recommandations, plus spécifiquement :

- l'élaboration d'un plan national des fréquences et la confection d'un tableau national d'attribution des fréquences ;
- l'acquisition d'équipement de gestion et de contrôle du spectre des fréquences.

C'est lorsque ces préalables, déjà engagés, seront réalisés que la prise du décret sera effective. » ;

Considérant qu'à l'appui de ces déclarations, le Premier Secrétaire Général Adjoint du Gouvernement a, dans une seconde réponse à la Haute Juridiction, apporté les explications suivantes : « ... Avant de préciser le délai dans lequel les actions engagées seront achevées afin de permettre la prise effective du

décret, il n'est pas sans intérêt de rappeler en quoi consistent ces actions.

a) Il s'agit tout d'abord de l'état des lieux, c'est-à-dire de l'examen de tout le spectre, et non des seules fréquences gérées par la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (HAAC), pour en connaître la situation présente : quelles sont les différentes fréquences attribuées ? Qui a attribué lesdites fréquences ? Par qui les fréquences attribuées sont utilisées ?

En ce qui concerne le cas spécifique de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication, il s'agit de faire le point sur les fréquences déjà attribuées et d'en avoir une idée précise en se rapportant aux fichiers établis par la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication elle-même. Toutefois, il importe d'aller au-delà de cette méthode pour les trois raisons principales suivantes :

- ✓ d'abord les fréquences n'ont pas été attribuées selon une procédure reconnue qui en facilite la traçabilité ;
- ✓ ensuite il arrive très souvent que les paramètres d'utilisation des fréquences figurant sur les fichiers diffèrent de ce qui est observé sur le terrain, parce que certains opérateurs ne respectent pas les spécifications à eux notifiées ;
- ✓ enfin, il faut tenir compte des fréquences utilisées frauduleusement sur le terrain et qui ne sont consignées dans aucun fichier mais qu'il faut arriver à identifier.

Dans ces conditions, procéder à l'état des lieux peut devenir un véritable écheveau qu'il faut démêler en faisant des mesures de champ, avec du matériel lourd et une compétence pointue qui font défaut dans notre pays. Aussi le Ministère de la Communication a-t-il dû lancer un appel d'offres pour le recrutement d'un cabinet aux fins de procéder à cet état des lieux.

La phase de dépouillement des offres pour le recrutement du cabinet a commencé le 22 septembre 2008. En tenant compte du temps nécessaire pour ce recrutement, pour l'acquisition ou la location du matériel, les préparatifs et le travail pratique sur le terrain, il faut compter au moins six (06) mois à partir de la date de début des travaux prévue pour le début du mois de novembre 2008.

b) L'état des lieux permet de vérifier qui utilise quoi et dans quelles conditions. Après l'avoir réalisé, il faut confirmer les opérateurs qui sont dans une situation régulière et régulariser celle des autres et les confirmer également. C'est la phase dite de régularisation et de stabilisation. Elle n'est faite qu'après avoir vérifié :

- ✓ que les différentes fréquences utilisées réellement correspondent à celles qui avaient été attribuées au Bénin par l'Union Internationale des Télécommunications (UIT). A cet égard, l'UIT doit être saisie pour

confirmation et le cas échéant, il doit être demandé aux opérateurs de procéder aux corrections nécessaires. A cette fin, ceux-ci peuvent être amenés à acquérir du matériel conforme aux nouvelles spécifications ;

- ✓ les risques d'interférence des fréquences utilisées entre elles et avec celles des pays frontaliers et, le cas échéant, procéder aux différentes coordinations. La coordination s'impose chaque fois qu'il y a risque d'interférence entre les signaux radioélectriques émis par deux ou plusieurs sources différentes. Elle consiste alors à prendre les mesures techniques idoines qui permettent de s'assurer qu'on ne dépasse pas les limites d'interférence radio acceptables.

Lorsqu'elle se déroule à l'intérieur des limites du territoire national, la coordination peut se faire assez rapidement. En revanche, au plan international elle peut s'avérer lourde : les deux pays doivent d'abord s'entendre et s'ils y parviennent, en informer l'UIT. En cas de désaccord, l'une des parties saisit l'UIT qui, à son tour, écrit à l'autre partie qui dispose d'un délai réglementaire de plusieurs mois selon le problème posé. Si cette partie saisie ne réagit pas, la procédure exige que l'UIT la saisisse à nouveau et c'est seulement à l'issue de l'expiration d'un autre délai réglementaire après cette relance que l'UIT peut imposer une solution.

De ce qui précède, il résulte selon l'existant, qu'un délai variant de trois (03) mois à neuf (09) mois peut s'avérer nécessaire avant que les données de l'état des lieux soient définitivement régularisées et stabilisées.

Dans un scénario optimiste, en espérant qu'il n'y aura pas de difficultés majeures, l'on peut compter environ neuf (09) mois pour que soient réalisées les étapes indispensables que sont l'état des lieux et la phase de régularisation et de stabilisation.

c) Les données régularisées et stabilisées permettent de passer à la troisième étape qui consiste à :

- ✓ mettre en place un fichier national des fréquences utilisées au Bénin, qui intègre, dans un format normalisé, les données obtenues et régularisées lors des phases "a" et "b" ;
- ✓ mettre en place une procédure et des règles qui vont désormais régir la gestion planifiée et l'attribution des fréquences au Bénin.

Aucun de ces dispositifs n'existant auparavant, leur mise en place et leur opérationnalisation exigeront deux (02) à trois (03) mois de travail, même si certaines activités sont menées en parallèle.

En espérant que toutes ces opérations se dérouleront normalement dans les délais prévus, l'on doit compter, raisonnablement, jusqu'au dernier trimestre de 2009 pour que, au plan technique, les dispositions nécessaires soient en place

pour la prise du décret et l'attribution des fréquences par la HAAC dans les conditions idoines.

Toutefois, au cas où la situation constatée après l'état des lieux s'avérerait plus facile à gérer et que les procédures avec l'UIT se trouvent simplifiées, les éléments nécessaires pour prendre le décret pourraient être disponibles dès la fin de la phase "b" décrite ci-dessus, c'est-à-dire dans un délai de neuf (09) mois environ...

Le Bénin est membre de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) à laquelle il a adhéré après avoir ratifié, le 24 avril 1997, sa Constitution rénovée. Dans ce cadre, l'Etat béninois se doit de respecter les obligations qui découlent de cette loi supra nationale...

La répartition des bandes de fréquences ou fréquences aux Etats Membres est effectuée à l'occasion des conférences mondiales des radiocommunications. ... Les plans d'assignation des fréquences adoptés au cours de ces assises comportent, par région de l'UIT, la liste des fréquences de chaque pays...

Ces plans ne précisent pas le quota de bandes de fréquences ou fréquences à attribuer aux personnes privées. Cette prérogative est du ressort de chaque administration et ce au regard de la réglementation en vigueur dans ce pays.

En conclusion : La gestion des fréquences est une question très sensible pour plusieurs raisons :

- ❖ D'abord il s'agit d'une ressource limitée et pour cette raison, elle fait l'objet d'une répartition rigoureuse entre les Etats par l'UIT et toute la réglementation initiée par cette Institution est sous-tendue par le souci de préserver ces fréquences d'une utilisation inconsidérée. Un contrôle s'impose donc au plan national et au plan international.
- ❖ Au plan interne, ce contrôle est d'autant plus nécessaire que les fréquences touchent, entre autres, à des questions sensibles comme la sécurité de l'Etat, les relations avec les pays voisins, etc. C'est pour cela que l'utilisation des fréquences par les personnes privées doit être réglementée avec le plus grand soin, avec le souci permanent de veiller à tous ces aspects, ce qui, de toute évidence, ne peut se faire que par implication forte du Gouvernement. » ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 114 de la Constitution : « *La Cour Constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics.* » ; que les articles 3 et 11 de la Loi n° 97-010 du 20 août 1997 portant libéralisation de l'espace audiovisuel disposent respective-

ment : « *L'espace de diffusion et les bandes de fréquences couvrant le territoire national de la République du Bénin sont la propriété de l'Etat béninois. Celui-ci réserve un quota des bandes de fréquences aux personnes privées de radiodiffusion.*

En tout état de cause, l'Etat ne transfère que l'utilisation et non la propriété desdites bandes... » ;

« Le Président de la République définit par décret, les bandes de fréquences ou les fréquences qui sont attribuées aux administrations de l'Etat.

Une bande déjà attribuée aux privés ne peut être reprise par le Gouvernement qu'après avis conforme de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication. » ; que selon l'article 11 de la Loi n° 92-021 du 21 août 1992 : « *La Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication autorise dans le respect strict du principe d'égalité de traitement entre les opérateurs et dans les conditions prévues par la loi, l'établissement et l'exploitation des installations de radiodiffusion et de télévision autres que celles de l'Etat, soit pour l'usage privé des demandeurs, soit dans les cas où l'exploitation est destinée à des tiers. » ;*

Considérant qu'il ressort de la lecture combinée et croisée des dispositions ci-dessus relatives à la HAAC que celle-ci est constitutionnellement habilitée à attribuer des bandes de fréquences à des personnes privées sur la base des bandes de fréquences ou fréquences déclarées disponibles par décret du Président de la République ;

Considérant que l'analyse des éléments du dossier révèle que le Bénin qui a ratifié la constitution rénovée de l'UIT le 24 avril 1997 doit respecter les obligations qui découlent de cette convention internationale ; que dans ce cadre, le gouvernement a engagé depuis mars 2008 les opérations préalables à l'élaboration d'un plan national des fréquences et la confection d'un tableau national d'attribution des fréquences ; que la fin de cette formalité est indispensable à la prise du décret visé à l'article 3 de la Loi n° 97-010 du 20 août 1997 précitée ; que, dès lors, il y a lieu de dire et juger qu'il n'y a pas blocage du fonctionnement de la HAAC par le gouvernement ;

DECIDE :

Article 1er : - Il n'y a pas blocage du fonctionnement de la HAAC par le gouvernement.

Article 2 : - La présente décision sera notifiée à Monsieur le Président de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication, à Monsieur le Président de la République et publiée au Journal Officiel.

Ont siégé à Cotonou, le vingt six février deux mille neuf,

Monsieur	Robert S. M.	DOSSOU	Président
Madame	Marcelline-C.	GBEHA AFOUDA	Vice-Président
Messieurs	Bernard	DEGBOE	Membre
	Théodore	HOLO	Membre
	Zimé Yérima	KORA-YAROU	Membre
Madame	Clémence	YIMBERE DANSOU	Membre.

Le Rapporteur,

Le Président,

Zimé Yérima KORA-YAROU.-

Robert S. M. DOSSOU.-