

Changement de nom d'une radio locale

Arrêt du Tribunal fédéral du 7 octobre 1998 (2A.33/1997)

Le nom d'une radio est intimement lié au contenu de son programme. Un changement de nom qui laisse entendre une modification de programme ne respectant plus la concession doit être soumis à l'approbation préalable de l'autorité concédante. Tel est le cas de la modification du nom de «Radio Acidule» en «Radio Nostalgie-Lausanne». Le terme de «Nostalgie» indique clairement aux auditeurs que le programme diffusé doit être apparenté à celui de Radio Nostalgie. Celle-ci est connue pour être fortement commerciale et diffuser des émissions essentiellement musicales, caractéristiques difficilement compatibles avec celles d'une radio de proximité comme Radio Acidule. La mesure d'interdiction à titre provisionnel faite à cette dernière d'user du terme de «Nostalgie» était donc justifiée.

En faits:

A. Le 7 février 1995, Radio Acidule S.A., société alors en formation (ci-après: Radio Acidule), a déposé une demande de concession de radiodiffusion locale pour un programme du même nom. Se présentant comme une radio de proximité et de service avant tout, elle précisait que ses efforts en matière de programmes porteraient principalement sur la couverture de l'actualité régionale au sens large du terme, la retransmission d'événements sportifs, ainsi que les chroniques, rubriques et émissions de service.

Par décision du 25 septembre 1995, le Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie (aujourd'hui le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication; ci-après: le Département fédéral) a accordé à la société Radio Acidule, à Lausanne, une concession de radiodiffusion dont l'art. 1^{er} était ainsi libellé:

«¹ L'autorité concédante autorise le concessionnaire à diffuser un programme de radio locale au sens de l'article premier, alinéa 1 ORTV.

² Sauf disposition contraire de la présente concession, les indications figurant dans la requête et, dans les documents complémentaires définissent impérativement le volume et la teneur des programmes ainsi que leur genre; elles précisent aussi l'organisation et le mode de financement.

³ Si le concessionnaire envisage de modifier son programme, son organisation ou son financement par rapport aux données mentionnées à l'alinéa 2, il doit au préalable en faire la demande auprès de l'autorité concédante (article 14 alinéa 3 LRTV).»

Par télécopie du 20 mars 1996 et lettre du 28 mars 1996, Radio Acidule a informé l'Office fédéral de la communication (ci-après: l'Office fédéral) qu'elle entendait, en raison de difficultés financières, céder 20% de son capital-actions à la société française Radio Nostalgie S.A. (ci-après: Radio Nostalgie). Elle expliquait à cet égard que Radio Nostalgie voulait investir sur un marché à fort potentiel de croissance radiophonique, les synergies escomptées se situant «au niveau de la marque, donc dans un but commercial et principale-

ment sur le marché publicitaire national». En annexe, Radio Acidule déposait une pièce présentant Radio Nostalgie ainsi que le groupe Nostalgie auquel celle-ci appartenait. En particulier, ce document indiquait que le programme diffusé par Radio Nostalgie visait un public adulte de 25 à 49 ans et se fondait sur la diffusion de musiques des années 60 et 90 déjà largement reconnues et adoptées.

Lors d'une séance du 2 mai 1996, Radio Acidule a exposé à l'Office fédéral un projet portant principalement sur la prise de participation de Radio Nostalgie dans son capital-actions, sur la restructuration de son programme et de son mode de fonctionnement, sur le changement du nom de la station et sur la création d'un pool publicitaire avec Radio Nostalgie. De plus, Radio Acidule a requis l'autorisation d'appliquer immédiatement ces innovations, à titre transitoire, avant même que le Département fédéral n'approuve le transfert des actions. Par courrier du 9 mai 1996, l'Office fédéral a rejeté la demande, relevant notamment, motivation à l'appui, que l'issue de la procédure à venir était incertaine.

Par télécopie du 23 août 1996, Radio Acidule a informé l'Office fédéral qu'elle allait émettre dès le 26 août suivant sous le nom de «Radio Nostalgie-Lausanne». Par télécopie du 26 août 1996, l'Office fédéral s'est alors opposé à ces transformations, rappelant que, selon l'art. 1^{er} de la concession, une modification du programme, de l'organisation ou du financement était soumise à l'accord préalable du Département fédéral. Le même jour, Radio Acidule a émis un communiqué de presse selon lequel la nouvelle grille des programmes de «Radio Nostalgie-Lausanne» avait démarré le matin même. Le programme, appelé à évoluer et s'étoffer au fil des mois, se composait de plages musicales éprouvées, de bulletins d'informations, de magazines et d'annonces de manifestations, toutes les informations et autres diffusions d'intérêt général se caractérisant par leur orientation strictement locale et régionale.

B. Par décision du 20 septembre 1996, l'Office fédéral a constaté que Radio Acidule avait, en diffusant le programme intitulé «Radio Nostalgie-Lausanne» dès le 26 août 1996, violé les alinéas 2 (respect du programme et de son appellation tel qu'il est défini dans la demande de concession) et 3 (obligation de déposer une demande dans l'éventualité d'une modification du programme) de l'art.

1^{er} de la concession du 25 septembre 1995. En conséquence, elle a sommé la station de remédier à ces manquements et de l'informer des mesures prises dans un délai d'un mois.

Le 23 septembre 1996, Radio Acidule a requis l'Office fédéral par télécopie de renoncer à communiquer à la presse la décision du 20 septembre 1996, ce que l'Office fédéral a refusé le même jour. Par mémoire du 23 septembre 1996 également, complété le 21 octobre 1996, Radio Acidule a recouru contre la décision du 20 septembre 1996 auprès du Département fédéral, requérant à titre de mesure provisionnelle urgente qu'il soit interdit à l'Office fédéral de publier la décision contestée.

Le lendemain 24 septembre 1996, un communiqué de presse signé par le Service de presse du Département fédéral a informé le public de la décision du 20 septembre 1996 de l'Office fédéral.

Le 1^{er} novembre 1996, l'Office fédéral a requis le Département fédéral de retirer partiellement l'effet suspensif du recours formé par Radio Acidule contre sa décision du 20 septembre précédent, en interdisant à la station l'emploi du terme «Nostalgie» dans la dénomination de son programme.

Par décision du 7 janvier 1997, le Département fédéral a rejeté la requête de mesure provisionnelle urgente de Radio Acidule du 23 septembre 1996. Il a refusé également la demande de l'Office fédéral du 1^{er} novembre 1996 tendant à la levée partielle de l'effet suspensif, considérant que ce retrait ne permettrait pas d'atteindre le but escompté. En revanche, il a interdit à titre provisionnel à Radio Acidule d'utiliser le terme de «Nostalgie» dans la dénomination de son programme et a chargé l'Office fédéral de faire respecter cette sommation.

C. Agissant le 20 janvier 1997 par la voie du recours de droit administratif, Radio Acidule a demandé au Tribunal fédéral d'annuler la décision prise le 7 janvier 1997 par le Département fédéral et d'accorder l'effet suspensif au recours.

Le Département fédéral a conclu au rejet du recours. En outre, il a déclaré avoir refusé, par décision du 10 février 1997, d'approuver la prise de participation de Radio Nostalgie dans le capital-actions de Radio Acidule.

D. Par ordonnances des 11 mars et 10 juin 1997, le Président de la II^e Cour de droit public a rejeté les demandes d'effet suspensif déposées successivement par Radio Acidule.

Au terme d'un second échange d'écritures, les parties ont maintenu leurs conclusions, Radio Acidule indiquant en sus avoir recouru auprès du Conseil fédéral contre la décision du Département fédéral du 10 février 1997 et requérant l'audition de témoins ainsi que l'édition de pièces.

A la demande des parties, le Juge délégué de la II^e Cour de droit public a suspendu la procédure de recours par ordonnances des 16 septembre 1997 et 23 mars 1998, puis a ordonné la reprise de la procédure par ordonnance du 23 juin 1998.

En droit:

1. a) Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 124 I 11 consid. 1 p. 13; 124 III 134 consid. 2 p. 136).

aa) La décision de l'Office fédéral du 20 septembre 1996 est une mesure administrative fondée sur les art. 56 et 67 lettre a de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (LRTV; RS 784.40) ainsi que sur l'art. 111 al. 1 de l'ordonnance du 16 mars 1992 sur la radio et la télévision (ORTV; RO 1992 680; abrogée le 1^{er} janvier 1998 par l'art. 57 de la nouvelle ordonnance du 6 octobre 1997 sur la radio et la télévision [RS 784.401]), selon lesquels l'Office fédéral peut, comme autorité de surveillance, s'il constate une violation du droit, sommer le concessionnaire de remédier à ce manquement ou de prendre les mesures propres à prévenir toute récidive, le concessionnaire devant en outre l'informer des dispositions prises.

La décision attaquée du Département fédéral est une mesure provisionnelle au sens de l'art. 56 PA en tant qu'elle interdit l'usage du terme de «Nostalgie» dans la dénomination du programme de la recourante. Elle est également une décision provisionnelle dans la mesure où elle confirme le refus de renoncer à publier la décision du 20 septembre 1996 de l'Office fédéral, ce prononcé étant fondé sur l'art. 112a al. 2 ORTV (dans sa teneur du 29 novembre 1993, RO 1993 3357 3365) selon lequel, lorsque l'intérêt général l'exige, le Département fédéral peut renseigner le public sur les décisions de l'autorité de surveillance.

bb) Selon l'art. 97 OJ en relation avec l'art. 5 PA, la voie du recours de droit administratif est ouverte contre les décisions fondées sur le droit public fédéral - ou qui auraient dû l'être -, à condition qu'elles émanent des autorités énumérées à l'art. 98 OJ et pour autant qu'aucune des exceptions prévues aux art. 99 à 102 OJ ou dans la législation spéciale ne soit réalisée (ATF 124 II 383 consid. 1 p. 384; 123 II 359 consid. 1a/aa p. 361). En particulier, lorsqu'il s'agit d'une décision incidente, il faut que cette voie de droit soit ouverte contre la décision finale (art. 101 lettre a OJ a contrario) et que la décision incidente soit de nature à causer un préjudice irréparable au recourant (art. 45 al. 1 PA), qu'elle soit ou non énumérée expressément à l'art. 45 al. 2 PA (ATF 124 V 82 consid. 2 p. 85; 122 II 204 consid. 1 p. 207, 211 consid. 1c p. 213; 120 Ib 97 consid. 1c p. 99; 116 Ib 344 consid. 1c p. 347).

En l'espèce, le recours est formé à l'encontre d'une décision incidente prise par le Département fédéral en application du droit public fédéral. En outre, le recours de droit administratif est ouvert contre la décision finale. En effet, celle-ci ne fait pas l'objet de l'exception prévue par l'art. 99 al. 1 lettre d OJ contre l'octroi ou le refus de concessions auxquelles la législation fédérale ne confère pas un droit, car elle ne porte pas sur l'octroi d'une concession mais sur le respect d'une concession existante (cf. art. 15 LRTV; consid. 1 de l'ATF 121 II 81 publié in Pra

1996 76 216). De plus, la décision incriminée peut créer un préjudice irréparable au recourant. Enfin, le recours a été déposé dans le délai et les formes utiles, de sorte qu'il est recevable.

b) La recourante a requis du Tribunal fédéral plusieurs mesures d'instruction.

Les mesures provisionnelles sont prononcées sur la base de faits dont il suffit d'établir la vraisemblance. Dans un tel cas, le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des allégués de fait. Il suffit que, sur la base d'éléments objectifs, il acquière l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence des faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement (ATF 108 II 69 consid. 2a p. 72; 104 Ia 408 consid. 4 p. 412; 99 II 344 consid. 2b p. 346; 88 I 11 consid. 5a p. 13; RSPI 1996 II 241 consid. 5b; ISABELLE HÄNER, *Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, in RDS 1997 p. 253 ss, spéc. p. 326 ss; STEPHEN V. BERTI, *Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess*, in RDS 1997 p. 171 ss, spéc. p. 221/222). Les mesures provisionnelles peuvent dès lors être ordonnées par l'autorité sur la base d'une appréciation *prima facie* des faits, sans qu'une instruction complète doive être menée.

En l'espèce, le Tribunal fédéral est suffisamment renseigné par le dossier, de sorte qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la requête de la recourante.

2. a) En premier lieu, la recourante reproche au Département fédéral d'avoir refusé d'interdire à l'Office fédéral de communiquer à la presse le contenu de la décision du 20 septembre 1996. Elle soutient à cet égard que cette communication émanait d'une autorité incompétente, qu'elle était de nature à lui porter préjudice et qu'elle ne servait pas l'intérêt général.

b) Selon la jurisprudence relative à l'art. 103 lettre a OJ, le droit de recours suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 123 II 285 consid. 4 p. 286; 121 IV 345 consid. 1b p. 348; 118 Ib 1 consid. 2 p. 7, 356 consid. la p. 359; 111 Ib 182 consid. 2a p. 185), à moins que la contestation puisse se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permette pas de la soumettre aux autorités de recours successives avant qu'elle ne perde son actualité et qu'en raison de leur portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution des questions litigieuses (ATF 111 Ib 56 consid. 2b p. 59, 182 consid. 2c p. 185).

En l'espèce, le communiqué de presse incriminé a déjà été diffusé. Toutefois, la question de sa légalité pourrait se présenter à nouveau, en particulier s'agissant de la décision au fond ou de la décision sur recours concernant le transfert des actions de la recourante à Radio Nostalgie, sans que le Tribunal fédéral ne puisse trancher à temps. Ce grief est donc recevable.

c) aa) Selon la recourante, le communiqué litigieux émanait de l'Office fédéral. Or, l'Office fédéral étant in-

compétent à cet égard, la décision de divulguer cette information serait nulle. En revanche, d'après l'autorité intimée, la publication avait été ordonnée par ses soins, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de prononcer sur ce point une interdiction à l'encontre de l'Office fédéral.

Ainsi qu'on l'a vu au considérant 1a/aa ci-dessus, l'art. 112a al. 2 ORTV n'octroie la compétence de publier une décision de l'autorité de surveillance qu'au seul Département fédéral. Certes, par télécopie adressée le 23 septembre 1996 à la recourante, l'Office fédéral a refusé de renoncer au communiqué litigieux, ce qui pouvait sous-entendre qu'il s'estimait compétent pour prendre une telle décision de publication. Toutefois, le communiqué, figurant au dossier, porte la signature du Service de presse du Département fédéral. Il est dès lors le fait de l'autorité intimée et a été émis sous la responsabilité de celle-ci. Peu importe à cet égard que le Département fédéral ait agi sur impulsion de l'Office fédéral. Du reste, la lettre de l'Office fédéral du 23 septembre 1996 fait référence à la compétence du Département fédéral au sens de l'art. 112a al. 2 ORTV. Le grief d'incompétence est dès lors infondé.

bb) La recourante soutient ensuite que l'intérêt général n'exigeait pas que la décision de l'Office fédéral du 20 septembre 1996 soit publiée, de sorte que les conditions posées par l'art. 112a al. 2 ORTV n'étaient pas réunies. En particulier, aucune urgence ne justifiait de procéder au communiqué alors que sa diffusion faisait l'objet d'un recours. De plus, la décision publiée n'était pas définitive ni exécutoire, puisqu'un recours avec effet suspensif avait également été déposé le 23 septembre 1996. Enfin, toujours selon la recourante, la décision publiée avait été rendue avec précipitation, avant toute instruction concernant les programmes de l'intéressée, pour satisfaire les intérêts commerciaux de radios concurrentes.

A supposer qu'il soit dirigé sur ce point contre le prononcé du Département fédéral confirmant sa propre décision d'informer la presse, le recours est également mal fondé.

En effet, la recourante avait elle-même transmis à la presse, le 26 août 1996, un communiqué indiquant que la nouvelle grille des programmes de «Radio Nostalgie-Lausanne» était désormais en place. L'affaire avait été largement traitée dans les médias, de sorte que le public avait un intérêt à être renseigné sur la suite donnée, en particulier sur les mesures prises par les autorités compétentes. Peu importe à cet égard que la décision divulguée par le Département fédéral n'ait pas été définitive, le public n'ignorant pas l'existence des voies de recours et, ainsi que l'atteste un communiqué figurant au dossier, la recourante ayant également informé la presse de son intention de recourir et de ses arguments à cet égard.

3. Il convient maintenant d'examiner si la décision incriminée est justifiée dans la mesure où elle interdit à titre provisionnel à la recourante d'user du terme de «Nostalgie» dans la dénomination de son programme.

a) Il est établi que Radio Nostalgie a acquis 20% du

capital-actions de Radio Acidule. Il s'agit certes d'une participation minoritaire, mais qui n'en est pas moins d'une importance certaine. En effet, il ressort du document présentant le groupe Nostalgie adressé par la recourante à l'Office fédéral le 28 mars 1996, que Radio Nostalgie a pour stratégie, au plan international, de s'allier comme partenaire minoritaire avec des sociétés et personnalités locales pour créer, le cas échéant racheter, des radios en tenant compte des coutumes et impératifs locaux. Selon les termes de ce document, «hors de France, le groupe ne détient que des participations minoritaires accompagnées de contrats de licence. (...) Le périmètre de consolidation se compose de Radio Nostalgie International S.A., Nostalgie Communication S.A. et Radio Nostalgie S.A., ainsi que de leurs participations. Les participations majoritaires sont intégrées globalement, celles comprises entre 20% et 50% sont mises en équivalence. Les participations inférieures à 20% ne sont pas consolidées». Autrement dit, aux yeux de Radio Nostalgie, Radio Acidule appartient à son groupe.

Or, Radio Nostalgie a un caractère commercial fortement marqué et diffuse un programme musical destiné à un large public international. Certes, selon le dossier de présentation, Radio Nostalgie se qualifie de radio de proximité. Toutefois, ce concept ne s'applique pas tant au contenu de ses programmes qu'à sa politique de communication.

En revanche, selon la requête et les documents complémentaires déposés le 7 février 1995, qui définissent le contenu de la concession accordée le 25 septembre suivant, la recourante se présente comme une véritable radio de proximité et de service destinée à un public local et ciblé. Certes, elle recourt à la vente d'espaces publicitaires, mais cette exploitation commerciale reste modérée.

Dès lors, les buts et la nature de Radio Nostalgie apparaissent, au moins de prime abord, bien différents de ceux de Radio Acidule tels qu'ils ressortent de la concession octroyée, tant du point de vue du contenu des programmes que de la stratégie commerciale. Or, l'intégration dans le groupe Nostalgie peut difficilement rester sans conséquence pour Radio Acidule, le groupe français entendant obtenir une contre-prestation sous la forme de synergies se situant «au niveau de la marque, donc dans un but commercial et principalement sur le marché publicitaire national». Du reste, il n'est pas contesté qu'un changement de programme et d'orientation, fondé sur une certaine assimilation des méthodes de Radio Nostalgie, est intervenu à la suite de la prise de participation de celle-ci dans le capital-actions de Radio Acidule.

Ainsi, prima facie, il apparaît avec un degré suffisant de vraisemblance, sans qu'il soit nécessaire de trancher définitivement la question, que le changement de programme et d'orientation auquel la recourante a procédé viole la concession octroyée.

b) Selon la recourante, dont l'avis est partagé, au

moins partiellement, par les autorités fédérales, le nom du programme ne ferait pas partie de la concession. Celle-ci ne saurait dès lors être violée par un changement de nom, si bien que le Département fédéral ne pouvait ordonner de mesure provisionnelle à cet égard.

Le nom est intimement lié au contenu du programme, dans la mesure où il sert à l'identifier et à le distinguer des autres stations. Du reste, en principe, le nom est choisi de manière à cristalliser le plus fidèlement possible l'esprit du programme. On peut donc sérieusement se demander si la modification du nom du programme n'altère pas le programme lui-même. Toutefois, une telle assimilation astreindrait le diffuseur, conformément à l'art. 14 al. 3 LRTV, à soumettre tout changement de nom à l'approbation préalable de l'autorité concédante. Or, une telle obligation ne s'impose pas nécessairement, à tout le moins lorsque le changement de nom ne laisse pas entendre que la modification s'étendrait au programme lui-même au point que celui-ci ne respecterait plus les conditions fixées dans la concession.

Le cas d'espèce ne correspond toutefois pas à cette dernière hypothèse. La modification du nom de «Radio Acidule» en «Radio Nostalgie-Lausanne» n'est pas un simple changement d'étiquette sur un produit identique ou similaire mais traduit clairement l'influence, dont elle dévoile d'elle-même l'importance qu'exerce Radio Nostalgie dans la définition du programme. Le terme de «Nostalgie», même suivi de «Lausanne», ne peut qu'indiquer aux auditeurs que le programme diffusé doit, pour le moins, être apparenté à celui de Radio Nostalgie. Or, Radio Nostalgie est largement connue du public pour être fortement commerciale et diffuser des émissions essentiellement musicales, particularités difficilement compatibles avec les caractéristiques d'une radio de proximité et de service. Si la recourante entendait seulement, comme elle le soutient, se démarquer de l'ancienne Radio Acidule «aux opinions politiques connues», rien ne l'empêchait de choisir un nom distinct de celui de son nouvel actionnaire potentiel.

c) Il reste à examiner si, au stade provisionnel, l'interdiction incriminée respecte le principe de la proportionnalité.

D'un côté, la suppression du terme de «Nostalgie» dans le nom de la station ne sera pas sans perturber le fonctionnement de la recourante, notamment quant à ses moyens d'identification et de communication, sans compter les réactions des annonceurs. La recourante allègue à cet égard un préjudice économique s'élevant à 500'000 fr. au moins.

D'un autre côté, la mesure prise évite de consolider les changements de programme et de nom déjà accomplis avant que ne soit intervenue la décision sur le fond et empêche également que, d'ici là, les rapports d'influence et de concurrence entre les diffuseurs locaux, en particulier quant au marché publicitaire, ne soient modifiés de manière trop importante. De plus, bien qu'avertie du fait que l'opération n'irait pas sans difficultés, la recourante n'a pas attendu les décisions de l'autorité compétente pour céder 20% de son capital-actions à Radio Nostalgie, ni

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

pour mettre en oeuvre un changement de programme et d'orientation consacré par un nouveau nom. Elle a donc pris un risque certain en mettant l'autorité devant le fait accompli et doit maintenant en assumer les conséquences. Enfin, encore faut-il relever que l'intérêt privé de la recourante a été pris en compte en ce sens que le Département fédéral a renoncé à ordonner la levée totale de l'effet suspensif, ce qui aurait obligé la recourante à réaménager son programme.

d) Dans ces conditions, la mesure provisionnelle contestée n'est pas contraire au droit fédéral. En particulier, elle ne viole pas l'art. 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101) invoqué par la recourante, car la liberté d'expression garantie par cette disposition ne dispense pas les diffuseurs de respecter la concession qui leur a été octroyée.

4. (..) ■