CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 245.308 du 14 août 2019

A. 228.676/XV-4158

En cause : **la société anonyme I.P.M. RADIO**,
ayant élu domicile chez
M^es François VISEUR et
Véronique VANDEN ACKER, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

contre :

le Conseil supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.),
ayant élu domicile chez
M^e François JONGEN, avocat,
rue d'Henzie 2
6870 Saint-Hubert.

Partie intervenante :

la société coopérative à responsabilité limitée FM DÉVELOPPEMENT,
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, par la voie électronique, le 25 juillet 2019, la société anonyme (S.A.) I.P.M. RADIO demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision du collège d'autorisation et de contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.) du 11 juillet 2019 d'autoriser la société coopérative à responsabilité limitée (S.C.R.L.) FM Développement à éditer le service de radiodiffusion sonore Fun Radio Belgique par voie hertzienne terrestre analogique et numérique et, à cette fin, de lui assigner le réseau communautaire A5, composé du réseau de radiofréquences analogiques U1 et

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

du droit d'usage du réseau de radiofréquences numériques C5 à compter du 11 juillet 2019 pour une durée de neuf ans, et d'autre part, son annulation.

II. Procédure

Par une ordonnance du 29 juillet 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 août 2019 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 6 août 2019, la S.C.R.L. FM Développement demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M^me^ Diane DÉOM, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^es^ François VISEUR, Vincent VANTROYEN et Louise LAPERCHE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ François JONGEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^es^ Maxime VANDERSTRAETEN et Romain VANDERDECK, *loco* M^e^ François TULKENS, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur, a été entendu en son avis contraire.

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

1. Le cadre juridique du litige et les faits utiles à l'examen de la cause, tels qu'ils résultent de l'exposé qui en est fait par les parties, peuvent être résumés comme suit dans les limites d'un examen en extrême urgence.

2. Par le décret du 27 février 2003 relatif à la radiodiffusion, le législateur a soumis les activités de radiodiffusion à un régime d'autorisation et conféré à la partie adverse la compétence de sélectionner, parmi les différents candidats, ceux qui pourront en bénéficier. Le décret fixe à neuf ans la durée des autorisations. Dans ce cadre, 140 décisions ont été adoptées simultanément le 17 juin 2008 pour permettre le déploiement du premier plan de fréquences de la Communauté française, connu sous le nom de FM 2008, et organiser ainsi la diffusion des radios privées.

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

Le décret précité a été abrogé par le décret du 30 avril 2009 portant ratification de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 26 mars 2009 portant coordination du décret sur les services de médias audiovisuels. Ce décret coordonné (ci-après, "décret SMA") règle en son titre III, chapitre IV, la procédure d'autorisation pour l'utilisation des radiofréquences analogiques et numériques, des réseaux de radiofréquences analogiques ainsi que des droits d'usage des réseaux de radiofréquences numériques.

Le nouveau plan de fréquences qui aurait dû normalement être lancé en 2017 a dû être retardé, notamment compte tenu de la nécessité de synchroniser le renouvellement des autorisations et concessions de radiofréquences et réseaux de radiofréquences analogiques délivrées en 2008 avec l'attribution des droits d'usage des nouvelles radiofréquences numériques et réseaux de radiofréquences numériques. En conséquence, les autorisations délivrées en 2008 ont été prolongées par le biais de deux modifications successives de l'article 55 du décret précité : d'abord par le décret du 6 juillet 2017, ensuite par le décret du 14 juin 2018.

3. Le règlement d'ordre intérieur de la partie adverse est adopté par le collège d'autorisation et de contrôle le 10 janvier 2019. Il sera approuvé par un arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 mars 2019.

4. Le 15 janvier 2019, le Moniteur belge publie un arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 21 décembre 2018 fixant un appel d'offres global pour l'attribution de radiofréquences destinées à la diffusion de services sonores en mode analogique et en mode numérique. Les candidats disposaient d'un délai de soixante jours pour répondre à l'appel d'offres.

5. Le 14 février 2019, le collège d'autorisation et de contrôle de la partie adverse adopte, conformément à l'article 53 de son règlement d'ordre intérieur, une recommandation relative à la diversité du paysage radiophonique, à l'équilibre des formats et à l'accès du public à une offre pluraliste en radiodiffusion sonore. Cette recommandation, qui organise la répartition en zones géographiques des lots de fréquences et de réseaux, expose la méthode de qualification des projets en termes de profils et détermine la méthode de répartition des profils par zones. Elle a été publiée sur le site internet de la partie adverse dès le jour de son adoption.

6. Conformément à l'article 54 de son règlement d'ordre intérieur, le collège d'autorisation et de contrôle de la partie adverse adopte également, le 14 mars 2019, un document intitulé *vade-mecum* relatif au traitement des offres en réponse à l'arrêté du 21 décembre 2018 précité.

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

7. La partie adverse a organisé à l'intention des candidats potentiels des séances publiques d'information. Elle dit leur avoir notamment communiqué, lors d'une réunion organisée le 19 mars 2019 - soit *in extremis* au regard du délai de remise des candidatures - un "guide d'aide au remplissage du formulaire de demande d'autorisation", approuvé par son collège d'autorisation et de contrôle le 24 janvier 2019. La partie adverse indique que 126 dossiers de demande ont été déposés, parmi lesquels celui de la requérante.

8. La partie requérante a obtenu le 16 octobre 2008 de la partie adverse l'autorisation d'éditer son service sonore. Elle expose qu'elle édite depuis 2010, d'abord sous le nom de "TWIZZ" et ensuite sous le nom de "D.H. Radio", une radio généraliste qui combine une offre musicale à une offre d'information, ceci en relation avec les activités des rédactions du groupe dont elle fait partie dans l'édition internet et d'information, spécialement celles de la DH-Les Sports/dh.be et de La Libre/lalibre.be. Elle explique que sa programmation repose sur la diffusion de musique et d'informations, à l'exclusion de jeux et d'émissions de divertissement.

9. Par pli recommandé du 15 mars 2019 reçu le 19 mars 2019, la requérante a demandé l'attribution à titre principal du réseau mixte A6 ou, à défaut et successivement, des réseaux A5, A4, A3, A2 et A1. Il s'agissait d'une demande couplée d'autorisation pour l'édition d'un service de radiodiffusion sonore d'une part, en mode analogique, et d'autre part, sur un multiplex en mode numérique.

Sa candidature a été déclarée recevable par le collège d'autorisation et de contrôle de la partie adverse le 4 avril 2009.

En sa séance du 11 juillet 2019, après avoir comparé les dossiers des 23 candidats à un réseau mixte et/ou à l'usage d'un réseau de radiofréquences numériques, la partie adverse a adopté 123 décisions portant autorisation ou refus d'autorisation de radios indépendantes ou de radios en réseaux, et notamment la décision de refus visant la requérante, attaquée par la requête n° A. 228.674/XV-4156 ainsi que l'autorisation délivrée à la S.A. LN 24 pour le réseau A 6, attaquée par la requête n° A. 228.675/XV-4157, l'autorisation délivrée à la S.A. COBELFRA pour le réseau A2, attaquée par la requête n° A. 228.673/XV-4155, l'autorisation délivrée à la S.A. NRJ Belgique pour le réseau A 4, attaquée par la requête n° A. 228.677/XV-4159 et l'autorisation délivrée à la S.C.R.L. FM Développement pour le réseau A 5, objet du présent recours. Deux autres autorisations sont délivrées pour les réseaux A1 et A3.

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

11. Le 16 juillet 2019, la partie adverse notifie par courriel et par recommandé à la requérante sa décision du 11 juillet 2019 de ne pas retenir sa demande. Il s'agit de l'acte attaqué.

Lors de sa réunion du 17 juillet 2019, le collège d'autorisation et de contrôle de la partie adverse opte pour une politique de tolérance administrative ainsi formulée :

" Le Collège constate qu'à la suite de ses décisions du 11 juillet 2019, certains lots visés par l'appel d'offre global pour l'attribution de radiofréquences destinées à la diffusion de services sonores en mode analogique et en mode numérique n'ont pas été réattribués à l'éditeur qui les exploitait auparavant.

En théorie, ces éditeurs ne sont plus autorisés à exploiter ces lots puisqu'en vertu de l'article 55, § 3, alinéa 3 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, leur autorisation, non renouvelée, est arrivée à échéance la veille de l'octroi des nouvelles autorisations, soit le 10 juillet 2019.

Cela étant, et comme il l'a déjà considéré par le passé à la suite de décisions de retrait d'autorisation, le Collège estime qu'il est de l'intérêt tant du public que des éditeurs dont l'autorisation n'a pas été renouvelée, qu'une période de transition puisse être mise en place dans l'attente de la reprise concrète des lots concernés par leur nouveau titulaire.

Dès lors, le Collège décide d'appliquer une politique de tolérance administrative, qui consistera à ne pas solliciter auprès de l'IBPT l'extinction des émetteurs des éditeurs dont l'autorisation n'a pas été renouvelée, et ce jusqu'à ce que le nouveau titulaire du lot concerné ait manifesté son intention d'entamer la diffusion du service pour lequel il a été autorisé. Dans le cas d'un lot qui n'aurait pas été réattribué par une décision du 11 juillet 2019, cette tolérance courra jusqu'à ce que, à la suite d'un nouvel appel d'offre, un nouveau titulaire soit désigné pour le lot et manifeste son intention d'entamer la diffusion de son service.

Par exception, la tolérance susmentionnée prendra fin en cas de constatation d'une infraction grave (violation de l'article 9 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels)".

Par un courrier électronique du 30 juillet 2019, le conseil de la partie adverse a fait savoir au Conseil d'État et à la partie requérante que le retrait de l'acte attaqué était envisagé et il a sollicité une remise de l'affaire. La requérante n'a pas marqué son accord en ce sens.

IV. Intervention

La requête en intervention introduite par la S.C.R.L. FM DÉVELOPPEMENT, bénéficiaire de l'acte attaqué, est accueillie.

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

V. Recevabilité de la demande de suspension

V.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante fait valoir, en substance, que les actes attaqués dans les cinq recours l'empêchent de continuer à effectuer légalement son activité principale, qu'elle exerce depuis 2010. Elle ajoute que cette circonstance la prive de la quasi-intégralité de ses recettes publicitaires. Elle écrit que ces actes ont pour elle des effets catastrophiques et invoque la jurisprudence relative aux précédentes attributions de fréquences décidées en 2008. Elle conclut qu'elle dispose d'un intérêt manifeste à la suspension de l'acte attaqué.

À l'audience, elle soutient que la suspension des décisions attaquées aurait pour effet de faire revivre la prolongation des autorisations antérieures, prévue par l'article 55, § 3, alinéa 2, du décret SMA., précité. Elle invoque le droit à un recours effectif prévu tant par les directives régissant, selon elle, la matière, que par la Constitution. Elle estime que l'effet de la disposition décrétale invoquée ne peut avoir pour effet de paralyser son droit à un tel recours effectif.

B. La note d'observations

La partie adverse soutient que, quand bien même le risque d'une cessation des émissions de la requérante par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (I.B.P.T.) serait établi – *quod non* –, la mesure de suspension demandée ne permettrait nullement de prévenir ce risque. Elle souligne que la requérante est dépourvue d'autorisation depuis le 11 juillet 2019, et qu'aucune mesure de suspension ne pourrait faire revivre l'autorisation dont elle disposait jusqu'au 10 juillet.

Elle cite l'article 55, § 3, alinéa 2, du décret SMA, précité. Elle relève que les décisions du 11 juillet 2019 ont *ipso facto* mis fin à toutes les prolongations d'autorisations existantes. Dans la mesure où un arrêt de suspension est dépourvu de tout effet rétroactif et ne peut avoir d'effets que *ex nunc*, elle considère qu'une suspension du refus d'autorisation ou même des autorisations délivrées à des tiers serait totalement dépourvue d'effets sur cette conséquence juridique survenue préalablement et immédiatement parfaite.

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'absence d'effet rétroactif d'un arrêt en suspension signifie qu'il n'affecte pas la période antérieure à son prononcé. Elle n'a pas pour conséquence nécessaire qu'un tel arrêt ne puisse entraver, provisoirement et *ex nunc*, l'un des effets que la loi attache à la décision suspendue.

En l'occurrence, l'article 55, § 3, du décret SMA dispose comme suit :

" Les autorisations sont incessibles. La durée d'une autorisation est de 9 ans, renouvelable conformément à la procédure d'autorisation visée dans la présente section.

Par dérogation à l'alinéa 1er, lorsqu'une autorisation est attribuée à la suite d'un appel d'offre non global, cette autorisation arrive à échéance de plein droit la veille du jour où les autorisations sont attribuées dans le cadre d'un nouvel appel d'offre global. Un appel d'offre est considéré comme global lorsque celui-ci comporte au moins 75 % des radiofréquences déjà attribuées dans le mode concerné.

Par dérogation à l'alinéa 1er, lorsqu'aucune nouvelle autorisation n'a été délivrée en vertu d'un appel d'offre global au terme des 9 ans d'autorisation, l'autorisation accordée est prolongée jusqu'à la veille du jour où de nouvelles autorisations sont accordées dans le cadre d'un appel d'offre global. La prolongation des autorisations ne peut pas excéder 3 années à dater de l'expiration de celles-ci".

Les autorisations délivrées aux éditeurs de services sonores, et notamment celle que la requérante avait obtenue le 16 octobre 2008, ont donc été prolongées jusqu'au 10 juillet 2019 et ont pris fin le lendemain en raison de l'adoption des décisions dont l'acte attaqué fait partie. Il s'agit là d'un effet juridique indirect et général qui ne résulte pas du contenu de chacune des décisions relatives aux demandes d'autorisation, mais bien de leur adoption simultanée.

En établissant ce mécanisme, le législateur a certes voulu éviter un hiatus dans la continuité des autorisations en vigueur, comme le mettent en évidence les travaux préparatoires du décret du 6 juillet 2017 (*Doc. Parl. C. fr.,* 472 *(*2016-2017), n° 1 et *C.R.I.* n° 19 (2016-2017), pp. 21-28 et 30-31). Cependant, il ressort des travaux préparatoires des alinéas 2 et 3 de l'article 55, § 3, tels qu'introduits par le décret du 14 juin 2018, que cette disposition a aussi pour but d'assurer que les autorisations fassent l'objet d'un examen simultané et global des offres plutôt que de décisions au cas par cas, ce qui permet une gestion rationnelle du spectre et place les candidats sur pied d'égalité (*Doc. Parl. C. fr.,* 630 (2017-2018), n° 1, p. 11). La limitation de trois années a été introduite à la suite d'une observation de la section de législation du Conseil d'État (réf. *Doc. Parl. C. fr.,* 630 (2017-2018), n° 1, p. 80) afin d'éviter que les autorisations de 2008 se prolongent indéfiniment si un tel examen global devait intervenir tardivement. Admettre qu'un arrêt en référé puisse prolonger

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

provisoirement certaines autorisations antérieures jusqu'à l'issue des procédures au fond irait à l'encontre de cet objectif et pourrait comporter un risque d'incohérences.

La requérante était informée, comme tous les candidats, du caractère temporaire de l'autorisation dont elle bénéficiait depuis 2009 et du risque de ne pas la voir renouvelée. La circonstance que la péremption de son autorisation antérieure ne puisse pas être remise en cause en référé ne porte pas atteinte à son droit à un recours effectif, lequel s'exerce dans les limites du privilège du préalable et des principes du contentieux administratif. Il est de jurisprudence constante, à la suite des arrêts n^{os} 80.941 à 80.945 prononcés par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif le 14 juin 1999, qu'un requérant a intérêt à la suspension d'un acte administratif qui lui refuse l'avantage qu'il poursuit, même si la suspension de ce refus n'a pas pour effet de lui permettre de bénéficier de cet avantage. Il en va de même, *a fortiori,* d'un acte qui attribue ce même avantage à un tiers et en exclut par là-même le requérant. La suspension de l'exécution de cette décision lui donnerait une chance que sa demande soit réexaminée utilement.

Le risque d'une intervention de l'I.B.P.T. relève de l'examen de l'urgence. En tout état de cause, la requérante a intérêt à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué afin d'obtenir une chance que sa demande soit réexaminée. La demande de suspension est recevable à cet égard.

VI. Urgence et extrême urgence

VI.1. Thèses des parties

A. La requête

Pour justifier de l'extrême urgence de la cause, la requérante expose tout d'abord avoir fait preuve de la diligence nécessaire. Quant à la gravité et l'imminence du risque qu'elle encourt, elle invoque plusieurs arrêts relatifs au plan de fréquences de 2008. Elle explique qu'il résulte des articles 55, § 3, et 172 du décret SMA qu'elle n'est d'ores et déjà plus autorisée à éditer en mode analogique son service DH Radio, et que cette situation peut amener l'I.B.P.T. à la contraindre à mettre fin immédiatement à cette activité sur la base de l'arrêté royal du 26 janvier 2007 relatif à la police des ondes en modulation de fréquence dans la bande 87,5-108 Mhz, particulièrement de son article 4, § 1er. Elle indique se trouver ainsi sous la menace d'un ordre de cessation d'émettre et donc, sous le coup d'un péril imminent.

Elle ajoute que l'interruption de son activité même pendant quelques mois lui causerait un préjudice financier catastrophique dès lors qu'il existe un lien

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

direct entre l'audience d'une radio et la possibilité de maintenir son chiffre d'affaires via une régie publicitaire. Elle produit un rapport établi par son commissaire réviseur, indiquant que la valeur économique des spots publicitaires est directement liée à l'importance de l'audience, mesurée par un organisme dénommé le CIM au cours de vagues successives et qu'il serait très difficile, voire impossible, de relancer l'activité de la radio après plusieurs mois d'interruption. Ce rapport précise que l'audience de DH radio a augmenté progressivement depuis plusieurs années au cours desquelles elle a accumulé des déficits, et que ce n'est qu'à partir de cette année 2019 qu'elle atteindra une situation d'équilibre. Elle détaille le niveau de ses charges et conclut que l'exécution de l'acte attaqué l'obligerait à licencier du personnel et comporterait le risque d'une cessation de ses paiements. Ce risque représente, à son estime, un péril lourd et presque irréversible si la partie adverse n'est pas amenée à se prononcer à nouveau sur sa demande dans un bref délai de quelques semaines au maximum.

B. La note d'observations

La partie adverse conteste l'extrême urgence. Elle fait valoir que le risque de cessation des émissions est purement hypothétique et rappelle la politique de tolérance administrative qu'elle a décidé d'appliquer le 17 juillet 2019. Elle ajoute qu'elle a obtenu de la S.A. LN 24, nouvel attributaire du réseau A6 actuellement occupé par la requérante, l'information qu'elle ne commencerait pas ses émissions avant janvier 2020, et dépose en ce sens une pièce qui a été communiquée à la requérante le 30 juillet. Selon elle, un tel délai est suffisant pour une procédure en suspension ordinaire, ce qui dément l'extrême urgence invoquée par la requérante.

Par ailleurs, ayant interrogé le président de l'I.B.P.T. pour savoir si dans le cadre des missions de cet organisme, un contrôle était prévu concernant l'autorisation de DH Radio d'ici à janvier 2020, elle a reçu un courriel indiquant ce qui suit : "En réponse à ta question, je puis t'indiquer que le contrôle de DH Radio ne figure pas au planning des contrôles qui seront exercés d'initiative jusqu'à la fin de l'année". Elle considère que c'est dès lors avec une certaine mauvaise foi que la requérante soutient, dans un courriel de son conseil du 1er août 2019, que rien ne garantit l'absence d'intervention vis-à-vis de DH Radio (pour autant que celle-ci continue à respecter les conditions d'émission qui s'appliquent à elle en application de son autorisation que les décisions litigieuses ont fait expirer) et qu'il n'est pas légalement exclu que le conseil de l'I.B.P.T. décide quand même de contrôler DH Radio, que ce soit spontanément (même hors programme de contrôle) ou à la demande d'un tiers. Elle fait valoir qu'il n'était pas possible d'offrir davantage de garanties à la requérante et qu'une intervention de l'I.B.P.T. contre celle-ci en 2019 peut effectivement être exclue puisque :

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

- elle-même ne demandera pas d'intervention;
- le président de l'I.B.P.T. indique qu'aucun contrôle n'est prévu;
- la S.A. LN 24 serait dépourvue d'intérêt à demander une intervention de l'I.B.P.T. en 2019, dans la mesure où elle n'envisage pas de commencer ses émissions avant janvier 2020.

Elle fait également valoir que dans l'arrêt n° 186.554, du 29 septembre 2008, le Conseil d'État a considéré, à propos du préjudice d'ordre de cessation d'émissions invoqué par une requérante qui n'avait pas obtenu d'autorisation, que c'est bien le refus d'autorisation qui empêche cette société de poursuivre la réalisation de son objet social et risque d'entraîner sa disparition, et que l'intervention de l'I.B.P.T. ne trouve sa réelle justification qu'au regard des décisions de refus du C.S.A. Elle en conclut que, conformément à ces attendus, il y a lieu de constater ici que, dans la mesure où le C.S.A. a explicitement décidé de ne pas intervenir contre la requérante et en a averti l'I.B.P.T., le risque d'une intervention autonome de l'I.B.P.T. doit être considéré comme infondé.

Elle constate qu'après avoir pris connaissance des actes attaqués, la requérante est restée en défaut de s'informer de l'organisation de la transition, sur le réseau A6, entre ses programmes et ceux de la S.A. LN 24, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance de la décision concernant la tolérance administrative et d'apprendre que LN 24 ne commencerait pas à diffuser avant janvier 2020.

Elle estime qu'il reste à la requérante près de cinq mois avant de risquer de subir effectivement le préjudice qu'elle invoque, ce qui lui permettait de recourir à la procédure de suspension ordinaire. Elle invoque en ce sens l'arrêt n° 182.921, du 14 mai 2008 et conclut qu'il ne peut donc être soutenu qu'une extrême urgence avérée justifie en l'espèce le recours à la procédure de suspension d'extrême urgence exorbitante du droit commun.

C. La requête en intervention

L'intervenante se joint aux observations de la partie adverse.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Conformément à l'article 17, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la suspension de l'exécution d'une décision administrative suppose deux conditions, une urgence incompatible avec le délai de traitement de l'affaire en annulation et l'existence d'au moins un moyen sérieux

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

susceptible, *prima facie*, de justifier l'annulation de cette décision. Le paragraphe 4 de ce même article vise l'hypothèse d'un recours en suspension d'extrême urgence qui doit indiquer en quoi le traitement de l'affaire est incompatible avec le délai de traitement de la demande de suspension visée au paragraphe 1er.

L'urgence ne peut être reconnue que lorsque le requérant établit que la mise en œuvre de l'acte attaqué présenterait, au regard de l'intérêt qu'il fait valoir, des inconvénients d'une gravité suffisante pour qu'on ne puisse les laisser se produire en attendant l'issue de la procédure au fond. La demande de suspension doit permettre d'apprécier les risques concrets que l'exécution immédiate de la décision attaquée pourrait entraîner.

En l'espèce, dans l'appréciation de l'urgence et de l'extrême urgence, il n'y a pas lieu de tenir compte de la possibilité que l'acte attaqué soit retiré à bref délai. En effet, la partie adverse ne prend pas d'engagement à cet égard et ne reconnaît pas l'illégalité de l'acte attaqué. Les inconvénients allégués doivent donc être évalués en fonction des effets prévisibles qui s'attacheraient au maintien de l'acte attaqué pendant toute la durée de la procédure en annulation. Par ailleurs, l'effet propre à l'acte attaqué doit être évalué en relation avec celui des décisions qui font l'objet des recours cités au point 10 de l'exposé des faits, dans la mesure où ces décisions ont ensemble pour effet d'interdire à la requérante de poursuivre son activité, soit sur le réseau qu'elle occupait antérieurement, soit sur un autre réseau.

L'acte attaqué concourt ainsi à priver la requérante, pour les neuf années à venir, de l'autorisation nécessaire pour poursuivre légalement les émissions radiophoniques dont il n'est pas contesté qu'elles constituent son activité principale. Il est vrai que les autorisations relatives à cette activité ont une durée limitée et que la requérante, comme les autres éditeurs de services, était informée du risque de ne pas obtenir une nouvelle autorisation dans le cadre de l'appel d'offres litigieux. Néanmoins, les lois coordonnées sur le Conseil d'État n'exigent pas que les inconvénients invoqués pour justifier l'urgence présentent un caractère imprévisible, et rien n'indique que la situation de la requérante lui permettrait de poursuivre son entreprise d'une autre manière. Elle produit des pièces indiquant que la cessation même temporaire de son activité impliquerait une dégradation inéluctable de sa situation financière, pouvant mener à sa faillite. Les inconvénients ainsi allégués présentent la gravité requise pour justifier que le Conseil d'État se prononce en référé.

S'agissant de l'extrême urgence, il convient de relever que, même si la requérante l'ignorait au moment de l'introduction de la requête, le risque qu'elle soit contrainte de cesser effectivement ses activités d'émission radiophonique à bref délai

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

est très faible, compte tenu des pièces et courriers électroniques produits. Cependant, ce risque peut théoriquement se concrétiser dès à présent malgré la décision de la partie adverse du 17 juillet 2019 instaurant une "tolérance administrative". Une éventuelle intervention de l'I.B.P.T. ne serait certes, comme il a été décidé dans l'arrêt n° 186.554, du 29 septembre 2008, cité par la partie adverse, qu'une conséquence possible de l'acte attaqué, lequel constitue la source de l'interdiction d'émettre. Mais il n'en résulte pas que la partie adverse ait la faculté d'entraver l'action de l'I.B.P.T., et cette institution n'a pris - et ne pourrait prendre - aucun engagement formel de s'abstenir de mettre ses prérogatives en œuvre. En outre, l'autorisation délivrée à la S.A. LN 24 a pris cours le 11 juillet 2019 et il ne peut pas être totalement exclu que cette société anticipe sur ses prévisions selon lesquelles le début de son activité sur le réseau A6 est fixé au 1er janvier 2020. Il existe donc un risque, ténu mais non hypothétique, que la requérante soit forcée de cesser ses émissions à très bref délai. La suspension de l'exécution de l'acte attaqué replacerait tous les candidats en attente d'une nouvelle décision et rendrait ce risque plus minime encore.

En revanche, le refus d'autorisation pour le réseau A6, conjugué à l'autorisation délivrée à la S.A. LN 24, implique avec certitude qu'à partir du 1er janvier 2020, les émissions de la requérante devront faire l'objet d'une interruption, volontaire ou forcée. L'acte attaqué a également d'ores et déjà pour effet que l'activité de la requérante se déroule dans l'illégalité, ce qui constitue un préjudice intrinsèque, et qu'elle est donc vouée à prendre fin prochainement. Ces circonstances, portées à la connaissance du public, sont de nature notamment à décourager les annonceurs publicitaires dont provient une part prépondérante des recettes de l'activité et à provoquer le départ de collaborateurs. Enfin, un arrêt qui ordonnerait la suspension de l'exécution de l'acte attaqué n'équivaudrait pas pour la requérante à l'obtention d'une des autorisations sollicitées et il n'aurait d'effet que d'inciter la partie adverse à reconsidérer sa décision. Il serait dès lors privé d'effet utile s'il devait intervenir à la veille de l'échéance à laquelle les émissions poursuivies sans autorisation devront assurément prendre fin.

Il peut ainsi être admis que la durée de la procédure ordinaire du référé administratif, telle qu'elle peut être estimée *de facto,* exposerait la société requérante à des inconvénients graves susceptibles de compromettre sa continuité. Dans ces conditions, l'affaire présente une urgence incompatible avec son traitement selon la procédure ordinaire de suspension. Le recours à la procédure d'extrême urgence est justifié.

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

VII. Premier moyen

VII.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 53, 54, 55, 105, 106, alinéa 1er, 111 et 113 du décret de la Communauté française coordonné le 26 mars 2009 sur les services médias audiovisuels, de la violation de l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 21 décembre 2018 fixant un appel d'offres global pour l'attribution de radiofréquences destinées à la diffusion de services sonores en mode analogique et en mode numérique et de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'insuffisance des motifs, de l'inadéquation des motifs, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et des principes d'égalité et de non-discrimination qu'ils consacrent, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des principes de bonne administration parmi lesquels le principe du raisonnable et le principe de minutie, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation;

" En ce que, première branche, l'acte attaqué ne contient aucun motif justifiant les cotations attribuées à FM Développement S.C.R.L.;

Et en ce que, deuxième branche, l'acte attaqué ne renseigne pas la méthode de cotation des dossiers qui a été employée;

Et en ce que, troisième branche, l'acte attaqué ne contient aucun motif justifiant les cotations attribués aux projets concurrents, spécialement à celui de la requérante et, critère par critère.

Et en ce que, quatrième branche, l'acte attaqué ne reprend pas le comparatif complet des dossiers, le tableau comparatif se limitant à reprendre les six candidatures retenues et la candidature du destinataire de la décision;

Alors que les articles 53, 54, 55, 105, 106, alinéa 1er, 111 et 113 du décret coordonné du 26 mars 2009 précité ainsi que l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement du 21 décembre 2018 précité, confient au Collège d'autorisation et de contrôle le soin d'apprécier les demandes d'autorisation au regard d'une pluralité d'éléments et selon la pondération définie par l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement du 21 décembre 2018 précité;

Que les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs exigent que l'autorité indique les motifs qui ont présidé sa décision; que la motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision; que cette motivation doit être adéquate;

Que l'obligation de motivation formelle d'un acte administratif est d'autant plus étendue lorsque l'autorité est amenée à exercer un pouvoir d'appréciation; que Votre Conseil a régulièrement eu l'occasion de préciser que la simple attribution de points, non étayée, ne constitue pas une motivation suffisante;

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

Que les articles 10 et 11 de la Constitution garantissent le respect des principes d'égalité et de non-discrimination; que ces principes n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée; que l'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause : le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé; que pour être compatible avec l'exigence constitutionnelle d'égalité et de non-discrimination, le critère de distinction retenu doit revêtir deux qualités : il doit être objectif et il doit être pertinent".

Elle explique qu'elle ne dispose pas de l'acte attaqué mais qu'elle suppose avec vraisemblance qu'il est motivé de la même manière que le refus qui lui a été notifié.

B. La note d'observations

La partie adverse fait valoir dans sa note d'observations diverses considérations quant aux critères d'attribution et quant à la méthode adoptée pour traiter les nombreux dossiers de demande. Elle estime avoir scrupuleusement suivi, dans la préparation des actes attaqués, la procédure fixée aux articles 52 à 62 de son règlement d'ordre intérieur qui tendent à limiter, autant que possible, tout risque de subjectivité en définissant de façon préalable les règles qui seront appliquées et à garantir autant que possible l'égalité de traitement entre les candidats en donnant un contenu précis à chacun des critères et sous-critères déterminés par le décret ou par l'arrêté du 21 décembre 2018.

Elle ne répond par écrit à aucun des moyens en particulier, mais fait notamment valoir dans ses considérations générales ce qui suit :

" Il convient de souligner à cet égard que l'arrêté du 21 décembre 2018 a sensiblement modifié la façon de procéder de la partie adverse par rapport à ce qui avait été fait pour le plan FM 2008. Alors que, il y a onze ans, aucune pondération entre critères n'était établie par les arrêtés du gouvernement, les règles fixées par l'arrêté du 21 décembre 2018 pour le plan FM DAB+ 2019 ont non seulement précisé les critères en indiquant à la partie adverse (mais donc aussi aux administrés) les éléments de fait qui seraient pris en considération, mais aussi en imposant à la partie adverse de convertir ses appréciations sous forme de points.

Dans cette optique, il était logique et inévitable que la motivation des décisions prenne cette fois la forme de chiffres plutôt que de mots, la partie adverse étant contrainte par l'arrêté de procéder ainsi de façon mathématique. Les points constituent bien, en l'espèce, les motifs des décisions : réclamer, comme le fait aujourd'hui la requérante, de trouver dans le texte des décisions ou de la motivation qui l'assortit les raisons qui ont conduit la partie adverse à attribuer telle somme de point pour tel critère reviendrait donc à imposer à la partie adverse d'inscrire dans la décision les motifs des motifs".

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

À l'audience, à propos du premier moyen, elle reconnaît que, comme pour tout acte administratif, la motivation formelle de l'acte attaqué peut être améliorée, mais elle souligne que le recours à une cotation par points est prévu par les dispositions encadrant la matière, lesquelles n'ont pas imposé de motivation plus étendue. Elle souligne qu'aucun moyen nouveau n'est soulevé au vu du dossier administratif, ce dont elle déduit que les motifs annexés à l'acte attaqué traduisent bien le contenu de ce dossier.

C. La requête en intervention

L'intervenante ne s'exprime pas quant aux moyens à ce stade de la procédure.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 55, § 1er, du décret SMA, dispose comme suit :

" Le Collège d'autorisation et de contrôle statue sur les demandes et accorde les autorisations en assignant, pour le mode analogique, la radiofréquence ou le réseau de radiofréquences et en délivrant, pour le mode numérique, le droit d'usage de la radiofréquence ou du réseau de radiofréquences dans les quatre mois de la date de clôture de l'appel d'offre.

Il veille à cet effet à assurer une diversité du paysage radiophonique et un équilibre entre les différents formats de radios, à travers l'offre musicale, culturelle et d'information.

Il apprécie les demandes au regard des éléments suivants :

1° la manière dont les demandeurs s'engagent à répondre aux obligations visées à l'article 53, § 2;
2° la pertinence des plans financiers visés à l'article 54, §§ 2 et 3;
3° [l']originalité et la singularité de chaque demande;
4° l'importance de la production décentralisée en Communauté française;
5° l'expérience acquise dans le domaine radiophonique par les demandeurs;
6° les éventuelles modalités de commercialisation du service sonore".

Les articles 105 et 111 du même décret habilitent le Gouvernement à publier l'appel d'offres devant comprendre, notamment, "5° sur proposition du Collège d'autorisation et de contrôle, les critères et leur pondération éventuelle à utiliser par le Collège pour apprécier les candidatures conformément à l'article 55". L'arrêté du 21 décembre 2008 adopté en exécution de cette disposition détermine en son article 4 douze critères, en précisant le nombre de points pour lequel chacun d'eux interviendra dans l'évaluation, le total maximum représentant 250 points.

En l'espèce, la motivation formelle de l'acte attaqué indique les points qui ont été attribués aux différents candidats, mais n'en donne aucune explication.

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

La seule indication de points suffit à motiver formellement un acte administratif lorsqu'il s'agit de sanctionner une épreuve de connaissance, mais non lorsque les points attribués traduisent une appréciation de l'autorité administrative. L'obligation de motivation formelle des actes administratifs combinée aux principes d'égalité et de non-discrimination exigent que la décision de l'autorité qui statue sur plusieurs demandes concurrentes repose sur une justification précise et claire des éléments de comparaison et de leur appréciation, ce qui peut se traduire par un rapport d'analyse des demandes concurrentes qui, pour chaque élément constitutif des critères d'attribution, expose les points forts et les points faibles de chacune des demandes en soulignant leur différences ou leur similitudes.

En l'espèce, l'acte attaqué résulte de l'appréciation pondérée d'une série de critères. Pour satisfaire à l'obligation de motivation formelle, la partie adverse a l'obligation d'informer la requérante de la manière dont les cotations ont été établies ainsi que des raisons pour lesquelles elle a obtenu des cotations défavorables alors que ses concurrents ont été mieux évalués. Cette obligation s'impose d'autant plus que, comme il ressort du *vade mecum* précité, la partie adverse a usé d'une marge d'appréciation dans l'application des critères de sélection, ce qui fait l'objet des critiques développées dans le quatrième moyen.

L'acte attaqué est ainsi entaché d'un défaut de motivation formelle. Ce vice ne peut être considéré comme purement formel dès lors qu'il ne procède pas simplement du défaut de notification d'un document ou rapport figurant au dossier administratif. En effet, la partie adverse n'indique pas quelle pièce de son dossier énoncerait clairement les motifs que traduisent les cotations attribuées pour chaque critère aux différents candidats.

Le premier moyen est sérieux à tout le moins en ses première, deuxième et troisième branches.

Les conditions requises par l'article 17, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour que celui-ci puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, sont réunies.

VIII. Balance des intérêts

VIII.1. Thèses des parties

La partie intervenante sollicite le rejet de la demande de suspension en vertu de l'article 17, § 2, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Elle fait

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

valoir que, dans l'interprétation adoptée par la partie adverse, l'adoption des décisions du 11 juillet 2019 a *ipso facto* mis fin à toutes les prolongations des autorisations existantes et qu'un arrêt de suspension serait impuissant à les faire revivre. Elle en conclut que dans cette interprétation, un tel arrêt ne pourrait prévenir le risque de cessation des émissions de la requérante, mais qu'en revanche, il la priverait de sa propre autorisation sans faire revivre son ancienne autorisation. Elle fait valoir que dès lors, en cas de suspension de l'acte attaqué, elle-même ainsi que les autres éditeurs de services encourraient des dommages identiques à ceux qui sont décrits par la requérante pour justifier l'extrême urgence.

Elle en conclut que les mesures de suspension demandées sont manifestement disproportionnées par rapport au préjudice qu'elle-même subirait ainsi que les autres éditeurs qui se verraient privés de toute autorisation d'émettre.

La partie adverse ne s'exprime pas sur ce point.

La partie requérante indique, à l'audience, que la suspension de tous les actes attaqués remettrait les cinq candidats sur pied d'égalité.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 17, § 2, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, dispose comme suit :

" À la demande de la partie adverse ou de la partie intervenante, la section du contentieux administratif tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution ou des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, en ce compris l'intérêt public, et peut décider de ne pas accéder à la demande de suspension ou de mesures provisoires lorsque ses conséquences négatives pourraient l'emporter de manière manifestement disproportionnée sur ses avantages".

L'acte attaqué est indissociable de celui qui refuse à la requérante l'autorisation d'utiliser le réseau A5, puisque cet avantage ne peut être accordé qu'à un seul éditeur de services sonores. Le refus opposé à la requérante et le choix de l'intervenante sont fondés sur la même appréciation comparative des candidatures à cet avantage et entachés de la même illégalité. Dès lors, la suspension du refus opposé à la requérante serait dépourvue de tout effet utile si elle ne s'accompagnait pas de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué dans le présent recours et dans les recours connexes, la requérante perdant toute chance de se voir attribuer l'une des autorisations qu'elle sollicitait.

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

La suspension de l'exécution de l'acte attaqué aurait pour effet de priver d'effet l'autorisation accordée à l'intervenante et d'inciter la partie adverse - sans toutefois l'y obliger - à revoir les demandes d'autorisation relatives au réseau concerné.

Pareille mesure porterait certes atteinte aux intérêts de l'intervenante, qu'elle priverait du bénéfice de l'autorisation obtenue et la replacerait, comme les autres candidats, dans l'incertitude quant à l'issue de sa demande. Cet inconvénient est toutefois moindre que celui que l'exécution de l'acte attaqué comporte pour la requérante, qui n'est pas placée dans l'incertitude mais contrainte de cesser ses émissions à dater du 1er janvier 2020 au plus tard. Même en l'absence de suspension de l'acte attaqué, l'intervenante ne bénéficierait du reste que d'une sécurité juridique limitée puisque, l'un des moyens étant reconnu sérieux, elle resterait exposée au risque élevé d'une annulation rétroactive intervenant au terme de la procédure au fond. Quant au risque de "chaos", la partie intervenante ne le détaille pas et il relève de la responsabilité de la partie adverse - qui n'a pas demandé elle-même le recours au procédé de la balance des intérêts - de prendre les mesures utiles pour remédier à l'insécurité juridique inhérente à des arrêts au provisoire.

Dans ces conditions, il n'est pas établi que les conséquences négatives d'une suspension l'emporteraient de manière manifestement disproportionnée sur ses avantages. Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de la partie intervenante.

IX. Confidentialité des pièces

La partie requérante sollicite la confidentialité de la partie II de son dossier d'annexes. Il s'agit d'extraits de sa candidature pour l'octroi d'un réseau de fréquences. Elle invoque la protection du secret des affaires, prévue par l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

La partie adverse, quant à elle, verse notamment au dossier administratif les dossiers de candidature déposés par les sociétés COBELFRA, NRJ Belgique, FM Développement et LN 24, qui en constituent les pièces nos 48 à 51. Elle estime que ces dossiers doivent être considérés comme protégés par le secret des affaires et prie le Conseil de soustraire ces pièces à la consultation des parties.

Les pièces visées sont protégées par le secret des affaires. Il y a lieu de faire droit à l'ensemble des demandes de confidentialité.

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la S.C.R.L. FM DÉVELOPPEMENT est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du collège d'autorisation et de contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel du 11 juillet 2019 d'autoriser la S.C.R.L. FM Développement à éditer le service de radiodiffusion sonore Fun Radio Belgique par voie hertzienne terrestre analogique et numérique et, à cette fin, de lui assigner le réseau communautaire A5, composé du réseau de radiofréquences analogiques U1 et du droit d'usage du réseau de radiofréquences numériques C5 à compter du 11 juillet 2019 pour une durée de neuf ans, est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 48 à 51 du dossier administratif ainsi que les pièces A et B de la partie II du dossier d'annexes à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre des vacations, siégeant en référé, le quatorze août deux mille dix-neuf, par :

Diane DÉOM,	conseiller d'État, président f.f.,
Céline MOREL,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Céline MOREL	Diane DÉOM

‡BEITOAFBA-BDIFAAQ‡