

ROYAUME DE BELGIQUE.

— — — — —

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

— — — — —

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, neuvième chambre, saisi par la Présidente du Conseil de la Communauté française, le 20 janvier 1993, d'une demande d'avis sur une proposition de décret "portant création de la Société de Radio-Télévision Belge de langue française (Doc. 143 (1989-1990) - n° 1)", a donné le 21 février 1994 l'avis suivant :

1. L'article 8, alinéa 4, de la proposition de décret dispose :

"Pour garantir l'accomplissement du cahier général des charges prévu à l'article 3, le Conseil de la Communauté française fixe annuellement par décret le montant d'une subvention aux productions afférentes aux missions de service public. Un programme justificatif est joint au décret".

En son alinéa 5, le même article prévoit que :

"Sans préjudice de l'alinéa précédent, l'Exécutif de la Communauté française peut participer au financement de créations audiovisuelles de la Société".

Dans l'un et l'autre cas, on se trouve en présence d'aides au sens de l'article 92 du Traité instituant la Communauté européenne (1). La proposition de décret doit, par conséquent, être, conformément à l'article 93, § 3, dudit traité, notifiée à la Commission, en temps utile, pour lui permettre de présenter ses observations (2).

(1) La question peut également être posée si la participation de la Communauté française au capital de la Société de radio-télévision belge de langue française, sous la forme de l'apport de l'actif et du passif de l'établissement public dénommé R.T.B.F., constitue également une aide au sens de cet article. Compte tenu de la situation financière difficile de la R.T.B.F., la question est plutôt théorique. Il en va tout autrement des aides prévues aux alinéas 4 et 5 de l'article 8 de la proposition.

(2) Sur le moment auquel doit se faire la notification, voir J. Megret et autres "Le droit de la Communauté économique européenne, vol. 4 "Concurrence", Ed. de l'U.L.B. 1972, p. 396, n° 6.

La circonstance que la société anonyme que la proposition entend créer serait chargée du service public de la radio-télévision de la Communauté française, pas plus que celle que les aides précitées seraient destinées à garantir l'accomplissement du cahier des charges qui définirait les missions de ce service public et arrêterait le programme des émissions et les modalités de leur exécution (article 3 de la proposition), ne sont de nature à dispenser le Royaume de Belgique de son obligation d'information préalable de la Commission. En effet, l'article 90, § 1er, du Traité C.E.E. fait défense aux Etats membres d'édicter ou de maintenir, en ce qui concerne leurs entreprises publiques, toute mesure contraire aux règles dudit Traité, notamment à celles prévues aux articles 92 et 93 relatives aux aides étatiques. Certes, s'agissant, comme en l'espèce, d'une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt général, l'exception prévue à l'article 90, § 2, du même Traité pourrait, le cas échéant, être invoquée par le Royaume de Belgique, mais l'obligation d'information préalable ne s'impose pas moins à lui; ce n'est, en effet, que si la Commission déclare ne pouvoir autoriser les aides envisagées dans le régime général des aides prévu aux articles 92 et 93 du Traité que le régime exceptionnel de l'article 90, § 2, peut être envisagé (1).

Il appartient au Conseil de la Communauté française de faire notifier à la Commission, en temps utile et en tout cas avant son adoption, le texte de la proposition, afin de lui permettre de faire valoir ses observations.

(1) Op. cit., p. 88, n° 6.

2. Aux termes des trois premiers alinéas de l'article 15 en projet :

"Le conseil d'administration se compose de 15 membres élus par l'assemblée générale des actionnaires.

L'assemblée générale des actionnaires élira 8 administrateurs sur proposition du conseil de la Communauté française sur base de la répartition proportionnelle des groupes politiques reconnus au sein de cette assemblée et 7 administrateurs sur proposition des actionnaires de catégorie B.

L'assemblée générale procède au renouvellement des administrateurs de catégorie A dans les deux mois qui suivent le renouvellement par des élections du Conseil de la Communauté française".

Cette disposition appelle les observations suivantes :

a) Ni le texte de l'alinéa 2, ni les développements qui lui sont consacrés ne permettent de savoir si la proposition du Conseil de la Communauté française pour ce qui est des administrateurs de la catégorie A et celle des actionnaires pour la catégorie B consisteront en une liste simple, double ou éventuellement triple de candidats. Dans la première hypothèse, le conseil d'administration n'aurait d'autre pouvoir que celui de demander une nouvelle proposition, si l'un des candidats ne lui semblait pas apte à recueillir ses suffrages, ce qui conduirait à une impasse en cas de refus. Le texte devrait donc être revu, faute de quoi le véritable choix serait, non le fait de l'assemblée générale, mais celui du Conseil de la Communauté, d'une part, et des actionnaires, d'autre part.

.../...

b) Aux termes de l'article 19, alinéa 1er, de la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques :

"Art. 19. Les instituts de la radio et de la télévision doivent dans la composition de leurs organes d'administration et de gestion, respecter la représentation proportionnelle des groupes politiques au sein de chacun des Conseils culturels".

L'article 15, alinéa 2, de la proposition de décret fait une application scrupuleuse de cette disposition, puisqu'il impose au Conseil de la Communauté française de présenter ses candidats "sur base de la répartition proportionnelle des groupes politiques reconnus au sein de cette assemblée". Il n'y aurait donc aucune autre observation à faire à son sujet que celle faite sub 1 ci-dessus si l'arrêt n° 65/93 prononcé le 15 juillet 1993 par la Cour d'arbitrage à propos de l'article 20 de la même loi du 16 juillet 1973 n'était de nature à susciter un doute quant à la conformité de l'article 19 de cette loi à l'article 6 ou à l'article 6bis de la Constitution. La Cour a, en effet, sur une question préjudicielle du Conseil d'Etat, section d'administration, dit pour droit que l'article 20 violait l'article 6 de la Constitution.

Ledit article 20 dispose comme suit :

"Art. 20. En ce qui concerne les membres du personnel exerçant des fonctions culturelles dans les établissements et organismes culturels, le recrutement, la désignation, la nomination et la promotion tant du personnel statutaire et temporaire que du personnel recruté sous contrat doit se faire selon le principe de l'égalité des droits sans discrimination idéologique ou

.../...

philosophique et selon les règles de leur statut respectif, en tenant compte de la nécessité d'une répartition équilibrée des fonctions, attributions et affectations entre les différentes tendances représentatives, d'une présence minimale pour chacune des tendances et en évitant tout monopole ou toute prédominance injustifiée de l'une de ces tendances".

Peut-on appliquer à l'article 19 un raisonnement semblable ou simplement analogue à celui qui a conduit la Cour à censurer l'article 20, raisonnement que le Conseil d'Etat, section de législation, n'entend pas remettre en cause bien qu'il n'ait pas fait l'unanimité dans la doctrine (1) (2).

L'inspiration des deux articles est évidemment la même; c'est celle de la loi dans son ensemble, telle qu'elle est exprimée dans son intitulé : garantir la protection des tendances idéologiques et philosophiques. Au lendemain de la création des Communautés, dont les compétences étaient culturelles et allaient s'exercer en parfaite autonomie, des précautions devaient être prises afin qu'au sein de chacune de ces Communautés les tendances idéologiques et philosophiques minoritaires ne soient pas étouffées.

(1) Voir notamment Hugues Dumont et Xavier Delgrange : "La loi du pacte culturel et la directive de l'équilibre idéologique et philosophique dans les nominations" in J.T. 1994, pp. 2 et suiv.

(2) L'arrêt ayant été publié au Moniteur belge du 18 septembre 1993, le délai de six mois fixé par l'article 4, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage pour introduire un recours en annulation de l'article vient à expiration le 17 mars 1994.

Cette préoccupation conduisit à la conclusion d'un "pacte culturel" que la loi a traduit en des règles normatives. Celles-ci s'y trouvent groupées en différents chapitres.

C'est ainsi que l'article 19 appartient au chapitre VIII intitulé : "Des garanties relatives à l'utilisation des moyens d'expression", chapitre qui s'ouvre par un article 18 libellé comme suit :

"Art. 18. Chaque tendance idéologique et philosophique représentée dans un Conseil culturel doit avoir accès aux moyens d'expression relevant des pouvoirs publics de la Communauté concernée".

Quant à l'article 20, il forme, à lui seul, le chapitre IX intitulé : "Des garanties relatives au personnel".

Bien que des intitulés de chapitres n'aient pas de valeur normative, on peut constater, d'emblée, que si l'article 20 a pour objet annoncé par l'intitulé du chapitre IX d'offrir certaines garanties au personnel, l'article 19 tend à organiser un système de prévention du risque de monopole d'une tendance idéologique ou philosophique sur les moyens d'expression relevant des pouvoirs publics concernés, ce qui ressort, non seulement de l'intitulé du chapitre VIII, mais aussi de l'ensemble formé par les articles 18 et 19. L'article 20 tend à protéger dans leur carrière les membres du personnel exerçant des fonctions culturelles dans les établissements et organismes culturels. L'article 19 vise, par des structures institutionnelles appropriées, à garantir à toutes les tendances représentées

.../...

dans un Conseil culturel (actuellement : de Communauté) qu'elles disposeront de moyens d'expression dans la mesure où ceux-ci relèvent de la Communauté dont il s'agit. Le bénéficiaire de la protection est, dans le premier cas, une personne - l'agent - et, dans le second, une tendance idéologique ou philosophique. On peut déjà en déduire que si l'article 20 posait un problème de constitutionnalité c'était, comme l'ont déclaré le Conseil d'Etat, section d'administration, dans la question préjudicielle posée par l'arrêt n° 40.718 et la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 65/93, par rapport à l'article 6 (devenu l'article 10 nouveau de la Constitution : principe d'égalité), tandis que, si l'article 19 en posait un, ce ne pourrait être que par rapport à l'article 6bis (devenu l'article 11 nouveau de la Constitution : principe de non-discrimination). Ces deux considérations suffiraient à exclure que soit tenu pour les deux articles un raisonnement semblable.

Il reste à déterminer si un raisonnement analogue à celui que la Cour a fait pour contrôler la conformité de l'article 20 de la loi à l'article 6 (devenu l'article 10) de la Constitution peut être suivi pour contrôler celle de l'article 19 de la loi à l'article 6bis (devenu l'article 11) de la Constitution.

La motivation décisive de l'arrêt se trouve énoncée en B5 dans les termes suivants :

"Il est impossible de réaliser pleinement l'objectif que la disposition critiquée exprime après les mots "en tenant compte" sans déroger au principe d'égalité qu'elle commence par réaffirmer. Ledit objectif est, en effet, de répartir les fonctions entre "les différentes tendances représentatives" en garantissant à

.../...

chacune de ces tendances une "présence minimale" et en veillant à ce qu'aucune ne prédomine de façon "injustifiée", ce qui semble exclure ou limiter la surreprésentation sauf dans les cas où elle serait nécessaire pour assurer aux tendances les plus minoritaires une présence minimale. En ajoutant, après avoir rappelé le principe d'égalité, qu'il y a lieu de veiller à une certaine répartition, la loi n'indique pas que cette dernière exigence passe après celle de respecter le principe fondamental. Le Pacte dont elle s'inspire dit même expressément le contraire en précisant, après le rappel du principe, qu'il faut "cependant" tenir compte de l'autre exigence.

Un tel système emporte inévitablement que des agents puissent se voir défavorisés, en dépit de leurs mérites, en raison de leurs convictions idéologiques ou philosophiques. Il comporte, en outre, le risque de défavoriser ceux qui usent du droit qu'a tout citoyen de ne pas prendre publiquement parti. Il défavorise encore ceux qui sont en accord avec une tendance sur certaines questions, avec une autre sur d'autres points. L'inégalité de traitement qui en résulte étant fonction des convictions de chacun, elle met en cause des principes relatifs à la vie privée ainsi qu'à la liberté d'exprimer ou de ne pas exprimer les opinions personnelles.

S'il est légitime de veiller à des équilibres, le législateur manque au principe de proportionnalité en recourant, pour atteindre cet objectif, à un système qui impose à l'autorité de déroger au principe d'égalité en considération des convictions personnelles. Il en est ainsi d'autant plus que le système impose, sur le plan des principes, un sacrifice certain pour un avantage qui reste conjectural. Ce n'est pas encourager chaque agent à exercer ses fonctions avec impartialité que de rendre officielle la tendance qu'il est incité à déclarer et d'attacher à celle-ci des conséquences sur le plan de la carrière. Enfin, la loi n'indique même pas de limite à la mesure dans laquelle il peut être dérogé à l'égalité en faveur des normes de répartition qu'elle lui oppose".

.../...

Sans simplifier à l'excès une motivation prudente et nuancée, on peut en retenir que, pour la Cour, d'une part, "il est légitime de veiller à des équilibres" mais, d'autre part, cette légitimité ne suffit pas à justifier le recours à des moyens qui, hors de proportion avec le but visé, portent atteinte au principe d'égalité. Or, ce principe est violé lorsque, dans leur carrière, les agents sont victimes d'une inégalité de traitement qui, étant fonction des convictions de chacun, met en cause des principes relatifs à la vie privée ainsi qu'à la liberté d'exprimer ou de ne pas exprimer ses opinions personnelles.

Ce qu'il importe de noter pour les besoins du présent avis, c'est que la Cour, sensible au dilemme devant lequel le souci de veiller à des équilibres entre tendances place les agents, récuse ce dilemme et le souci d'équilibre lui-même, qui ne lui paraît pas justifier une atteinte à la vie privée et à la liberté d'opinion.

Passant de l'article 20 à l'article 19 de la loi du 16 juillet 1973, on peut constater un certain parallélisme entre la situation des agents dans le cas du premier et celle des personnes ayant vocation à faire partie des organes d'administration et de gestion des instituts dans le cas du second. Dans un cas comme dans l'autre, il s'en trouvera d'écartés au nom du souci, en soi légitime, d'équilibre entre tendances idéologiques et philosophiques. Toute la question revient à savoir si, selon la formule maintes fois rappelée dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, formule qui convient aussi bien à la discrimi-

.../...

nation qu'à la violation du principe d'égalité (1), il y a ou non un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Le but visé par les articles 18 et 19 de la loi est très clairement, comme on l'a exposé plus haut, de garantir à toutes les tendances idéologiques et philosophiques représentées dans un Conseil culturel (actuellement de Communauté) un accès aux moyens d'expression relevant des pouvoirs publics de la Communauté concernée. L'un des moyens utilisés pour atteindre ce but consiste à imposer aux instituts de la radio et de la télévision de composer leurs organes d'administration et de gestion de telle façon que soit respectée la représentation proportionnelle des groupes politiques. C'est ce moyen que met en oeuvre l'article 15, alinéa 2, de la proposition de décret examinée lorsqu'il prévoit que huit administrateurs seront élus par l'assemblée générale "sur proposition du Conseil de la Communauté française sur base de la répartition proportionnelle des groupes politiques reconnus au sein de cette assemblée". L'article 19 de la loi, correctement mis en oeuvre de cette manière, suscite deux réflexions.

En premier lieu, l'article 19, à la différence de l'article 20 de la loi, n'implique pas nécessairement, d'un point de vue strictement juridique, une obligation pour les candidats à une des fonctions en jeu de faire profession d'une tendance idéologique ou philosophique. C'est à chaque groupe politique du Conseil qu'il appartient d'apprécier les

(1) Voir notamment les arrêts 4/92 et 16/92, respectivement publiés au Moniteur belge les 11 mars et 9 avril 1992.

critères en fonction desquels il peut considérer sa tendance comme suffisamment et peut-être flatteusement représentée par telle personne déterminée, en raison, par exemple, de la valeur scientifique ou de la notoriété de celle-ci. En d'autres termes, malgré une pratique généralement répandue, rien ne prouve de façon absolue que la règle portée par l'article 19 conduit inéluctablement à l'élimination d'un candidat qui n'a pas fait acte d'allégeance à un parti.

En second lieu, les termes du rapport de proportionnalité sont, pour l'application de l'article 19, fort différents de ce qu'ils sont pour l'application de l'article 20. Cette dernière disposition tend à préserver la carrière des agents exerçant des fonctions culturelles en imposant à l'autorité, non sans une ambiguïté que la Cour d'arbitrage a relevée, de faire en sorte qu'une application trop rigoureuse de leur statut ne compromette pas un minimum de pluralisme dans l'administration à laquelle ils appartiennent et finalement ne pénalise pas ceux qui se réclament d'une tendance minoritaire. Ce moyen impliquait, de toute évidence, la revendication d'une "étiquette" par les agents et c'est précisément en cela que la Cour l'a jugé hors de proportion raisonnable avec le but poursuivi. L'article 19, quant à lui, vise, on l'a vu, à garantir l'accès de chaque tendance idéologique et philosophique représentée dans un Conseil culturel aux moyens d'expression relevant des pouvoirs publics de la Communauté concernée. Le procédé mis en oeuvre pour y parvenir porte sur la composition des organes d'administration et de gestion. Certes, dans la majorité des cas, ce procédé impliquera lui aussi que les candidats affichent une "étiquette" idéologique ou philosophique. Mais on aperçoit immédiatement la différence entre

.../...

la situation d'un agent dont la légitime espérance de mener une carrière conforme à son statut peut être contrecarrée par la revendication au moins aussi légitime de son droit fondamental à la vie privée et à la liberté d'exprimer ou de ne pas exprimer ses opinions personnelles et celle d'une personne dont l'ambition, assurément respectable, de devenir administrateur d'un organisme de radiodiffusion ou de télévision ne peut se réaliser que par une démarche volontaire tendant à se voir reconnaître un nouveau statut, celui d'administrateur. Qu'une telle démarche ne lui laisse que peu d'espoir d'aboutir s'il n'obtient pas le soutien d'un groupe politique ne paraît pas une conséquence hors de proportion raisonnable avec le but de pluralisme structurel poursuivi par les articles 18 et 19 de la loi.

En conclusion, ni l'article 19 de la loi, ni l'article 15, alinéa 1er, de la proposition de décret de M. Ducarme et consorts ne contreviennent à l'article 11 (anciennement 6bis) de la Constitution.

3. En son article 2, la proposition de décret dispose :

"La société est créée sous forme de société anonyme et, sans préjudice du présent décret, est régie par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

La société reçoit la dénomination de "Société de Radio-Télévision belge de langue française", ci-après dénommée : la Société".

.../...

Un certain nombre de dispositions de la proposition de décret dérogent effectivement aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

Suivant l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, modifiée par celle du 8 août 1988, l'autorité fédérale est seule compétente en matière de droit commercial et de droit des sociétés.

Certes, suivant l'article 9 de ladite loi spéciale :

"Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises ou prendre des participations en capital".

Les auteurs de la proposition de décret auraient pu créer une entreprise publique de radio-télévision sur la base de cette disposition en déterminant librement la structure, le fonctionnement et le contrôle de ce nouvel organisme d'intérêt public, voire en se référant à certaines dispositions des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et, en particulier, aux dispositions relatives, dans ces lois, à la forme de la société anonyme.

Mais, dès lors que l'intention des auteurs de la proposition est de recourir à la forme de la société anonyme, moyennant certaines dérogations aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ils ne sont plus libres d'y déroger à leur gré. Il faut, dans ce cas, qu'ils se conforment aux lois sur les sociétés commerciales, sous réserve des dérogations que justifierait l'article 10 de la

.../...

loi spéciale, lorsque ces dérogations sont nécessaires à l'exercice par les autorités communautaires de leurs compétences (pouvoirs implicites).

Il s'ensuit que le législateur communautaire devra, pour chacune des dérogations apportées aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales, vérifier si les conditions mises par le législateur spécial à l'exercice des pouvoirs implicites sont, chaque fois, remplies.

Par ailleurs et indépendamment de l'observation qui vient d'être faite, il s'agit de prévenir toute ambiguïté quant à l'étendue des dérogations aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

Il doit, en effet, être clair qu'il n'y a d'autres dérogations que celles prévues par la proposition de décret. Or, l'article 2 est, à cet égard, ambigu en tant qu'il pourrait donner à penser qu'il y aurait deux sortes de dérogations, celles prévues par le décret proposé et celles prévues par les statuts, alors que l'intention, ainsi qu'il résulte de l'article 1er, alinéa 2, est de considérer que ce décret tient lieu de statut.

La rédaction de l'article 2 peut facilement être corrigée en ce sens.

4. La mise en vigueur du décret proposé pourrait conduire à une situation telle que, d'une part, l'actuel établissement public R.T.B.F. ne serait plus fondé sur aucun décret, alors que, d'autre part, la "Société de Radio-

.../...

Télévision belge de langue française" n'aurait pas encore été créée par le Gouvernement de la Communauté en application du décret proposé. Mieux vaudrait, pour conjurer tout risque de provoquer une situation de ce genre, affirmer dans l'article 1er que l'actuel établissement public est, sans solution de continuité de sa personnalité juridique, transformé en une société anonyme de droit public. Un exemple d'une telle rédaction peut être trouvé dans l'article 1er de la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et harmonisation du contrôle et des conditions de fonctionnement des établissements de crédit.

S'exprimer de cette façon serait aussi utile pour affirmer clairement que les obligations de l'établissement public actuel vis-à-vis de son personnel passent à la société projetée. Cette précision est d'autant plus importante que la proposition de décret ne contient aucune disposition relative au personnel de la Société et ne règle pas le sort du personnel statutaire et contractuel de la R.T.B.F.

5. La disposition de l'article 12 proposé n'est pas claire; elle comporte, en effet, des contradictions.

Ainsi, l'alinéa 1er dispose que "sont libres les transferts d'actions ...", tandis que le dernier alinéa prévoit que "Tout transfert d'actions doit être préalablement approuvé par le Conseil de la Communauté française".

.../...

Par ailleurs, comment concilier l'alinéa 1er ("Sont libres les transferts d'actions au profit d'un ou plusieurs actionnaires de la même catégorie ...") et l'alinéa 3 ("Seuls les actionnaires de la catégorie B peuvent céder leurs actions") ?

La chambre était composée de

Messieurs : C.-L. CLOSSET, président de chambre,
R. ANDERSEN, conseillers d'Etat,
J. MESSINNE,
P. GOTHOT, assesseurs de la
J. van COMPERNOLLE, section de législation,
Madame : M. PROOST, greffier.

Le rapport a été présenté par Mme G. BEECKMAN de CRAYLOO, auditeur adjoint. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. R. HENSENNE, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

M. PROOST.

C.-L. CLOSSET.