

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 36.178/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre des Arts, des Lettres et de l'Audiovisuel de la Communauté française, le 1^{er} décembre 2003, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "désignant les événements d'intérêt majeur et fixant les modalités de leur accès par le public de la Communauté française à l'aide d'un service de radiodiffusion télévisuelle à accès libre", a donné le 22 décembre 2003 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Formalités préalables

1. L'article 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion impose au Gouvernement de solliciter préalablement l'avis du CSA lorsqu'il entend arrêter une liste des événements qu'il juge d'intérêt majeur pour le public de la Communauté française.

Par ailleurs, l'article 4, § 2, alinéa 2, du décret précité impose au Gouvernement de soumettre à l'avis préalable du CSA les modalités qu'il envisage d'arrêter, selon lesquelles les événements d'intérêt majeur doivent être accessibles.

L'arrêté en projet se donne pour objet d'arrêter cette liste et d'arrêter les modalités précitées.

Certes, un premier projet d'arrêté a été soumis au CSA en 2000.

Toutefois, ce texte a ensuite été adressé pour avis à la section de législation du Conseil d'État. Celle-ci, dans son avis 31.251/4 du 10 avril 2001 ⁽¹⁾ a considéré que le texte qui lui était soumis n'était pas définitif et, par conséquent, pas en état d'être examiné.

En suite de cet avis, le projet a fait l'objet de modifications diverses, notamment en ce qui concerne la liste des événements d'intérêt majeur. Par ailleurs, le fondement légal que se donne l'arrêté en projet est différent de celui sur lequel entendait reposer le projet soumis au CSA en 2000, puisqu'il s'agit désormais de l'article 4 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion et non plus de l'article 29 du décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel.

En outre, l'appréciation des critères permettant de considérer qu'un événement est ou non d'intérêt majeur est susceptible d'avoir évolué depuis la date à laquelle l'avis du CSA a été donné, avec cette conséquence que cet avis n'est peut être plus actuel ⁽²⁾.

Par conséquent, l'ensemble du projet aurait dû être à nouveau soumis au CSA.

La formalité requise n'est pas accomplie.

⁽¹⁾ Sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "désignant les événements et catégories d'événements d'intérêt majeur et fixant les modalités de leur accès par le public de la Communauté française à l'aide d'une télévision à accès libre".

⁽²⁾ Bien que l'avis des organismes et instances dont il est question dans la "justification de la liste des événements d'intérêt majeur" ne soit pas obligatoire, il y a lieu de remarquer que certains de ces avis se fondent sur des données économiques dont les plus récentes remontent à l'année 2002 et les plus anciennes à l'année 2000 alors que de telles données économiques sont par nature loin d'être constantes.

2. Le préambule mentionne l'avis de la Commission des Communautés européennes sans en préciser la date.

3. Selon l'article 3*bis* de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, inséré par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, les États membres sont tenus de notifier à la Commission les mesures prises ou envisagées en application du paragraphe premier du même article.

L'objet de l'arrêté en projet est, précisément, de prendre pareilles mesures.

Il ressort de la lettre adressée le 28 novembre 2003 par le Ministre au délégué pour les questions audiovisuelles auprès de l'Union européenne, communiquée par le délégué du gouvernement, que seule la liste des événements d'intérêt majeur, commune à la Communauté française et à la Communauté flamande, aurait été communiquée à ce délégué en vue de sa notification à la Commission.

Le délégué du gouvernement a toutefois exposé que le projet d'arrêté soumis au Conseil d'État ainsi que le document de justification de chacun des événements énumérés à l'annexe de ce projet ont été transmis par courriers électroniques postérieurs à la lettre précitée du 28 novembre.

L'attention de l'auteur du projet doit néanmoins être attirée sur ce qu'il conviendrait d'attendre l'avis de la Commission des Communautés européennes, ou l'expiration du délai prévu à l'article 3*bis* § 2, de la directive 89/552/CEE précitée, avant d'adopter le texte en projet.

Fondement légal

Articles 1^{er} et 2

Les articles 1^{er} et 2 du texte en projet se bornent à reproduire l'article 4, § 2, alinéa 1^{er}, et § 3, du décret du 27 février 2003 précité.

Il n'appartient pas au Gouvernement de reproduire, dans un arrêté réglementaire, des règles qui figurent déjà dans des dispositions de nature législative. D'une part, pareil procédé ne présente aucune utilité. D'autre part, il est de nature à induire en erreur sur l'intensité de force obligatoire des règles concernées, en laissant croire qu'il est au pouvoir du Gouvernement de les modifier alors que ce pouvoir appartient au seul législateur.

Les articles 1^{er} et 2 seront donc omis.

Article 1^{er} (nouveau)

Le texte en projet entend transposer l'article 3*bis* de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, inséré par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997.

L'article 2, § 1^{er}, de la directive 97/36/CE précitée prévoit que lorsque les États membres adoptent des dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à elle, ces dispositions contiennent une référence à ladite directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication.

.../...

Le Conseil d'État a souvent rappelé ⁽³⁾ qu'afin de répondre à cette exigence, il est préférable de consacrer à cette référence un article du dispositif législatif ou réglementaire concerné.

Par conséquent, dans le dispositif en projet, il y a lieu d'insérer un article 1^{er} nouveau ainsi rédigé :

"Le présent arrêté transpose l'article 3*bis* de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle."

Articles 5 et 6

L'article 5 de l'arrêté en projet permet à un éditeur de services de radiodiffusion télévisuelle qui entend exercer un droit d'exclusivité qu'il a acquis sur un événement d'intérêt majeur mentionné à l'annexe du projet, de ne pas diffuser ce dernier à l'aide d'un programme d'un service de radiodiffusion télévisuelle à accès libre, comme le lui impose l'article 4 du projet.

L'éditeur de services concerné pourra faire usage de cette possibilité de dérogation et diffuser l'événement par le biais d'un service à accès non libre, si les trois conditions fixées par l'article 5, § 1^{er}, sont réunies.

Ainsi, il devra proposer cet événement aux autres éditeurs de services en vue de sa diffusion à l'aide d'un programme d'un service de radiodiffusion à accès libre, cette proposition devant être formulée dans un délai raisonnable et à des conditions, notamment financières, tenant compte du marché. L'éditeur titulaire du droit d'exclusivité ne pourra ensuite diffuser le programme par le biais d'un service de radiodiffusion télévisuelle à accès non libre, que si les éditeurs de service à accès libres auxquels la cession du droit a été proposée n'ont pas entendu acquérir ce droit dans un délai raisonnable.

⁽³⁾ Voy. notamment, à ce propos, la circulaire de légistique formelle, dans sa version de novembre 2001, p. 41, point 8.3.

L'article 5, § 2, de l'arrêté en projet entend compléter ce dispositif en mettant en place une procédure destinée à régler le litige qui opposerait l'éditeur de service à accès non libre et l'éditeur de services à accès libre qui seraient en désaccord sur les conditions de la cession proposée conformément au paragraphe 1^{er}.

Pour sa part, l'article 6 du dispositif en projet entend autoriser l'éditeur de services acquéreur d'un droit d'exclusivité en application de l'article 5, portant sur la retransmission en direct et en intégralité d'un événement d'intérêt majeur, à différer la diffusion de l'événement par le biais d'un programme d'un service à accès libre, dans certaines hypothèses. Il prévoit en outre que lorsque l'éditeur de services acquéreur du droit d'exclusivité fait usage de cette possibilité, l'éditeur cédant peut diffuser l'événement "selon son gré".

Eu égard au système qu'elles mettent en place, ces dispositions appellent les observations suivantes.

1. L'article 5 du projet revient à autoriser la diffusion d'un événement d'intérêt majeur à l'aide d'un programme d'un service à accès non libre, par l'éditeur de services qui détient un droit d'exclusivité sur la diffusion de cet événement.

Le texte en projet a dès lors pour effet de permettre l'exercice d'un droit d'exclusivité de manière telle qu'une partie importante du public de la Communauté française sera privé de l'accès à cet événement par le biais d'un service de radiodiffusion télévisuelle à accès libre.

Dans cette mesure, il doit être mis en rapport avec l'article 4 du décret du 27 février 2003 précité, dont le paragraphe 1^{er} dispose comme suit :

"Après avoir pris l'avis du CSA, le Gouvernement peut arrêter une liste des événements qu'il juge d'intérêt majeur pour le public de la Communauté française. Ces événements ne peuvent faire l'objet d'un exercice de droits d'exclusivité par un éditeur de services de radiodiffusion télévisuelle ou par la RTBF, de manière telle qu'une partie importante du public de cette Communauté soit privée d'accès à ces événements par le biais d'un service de radiodiffusion télévisuelle à accès libre.

Le Gouvernement détermine si les événements doivent être transmis en direct ou en différé, en totalité ou par extraits."

Cette disposition, rédigée en des termes clairs et non susceptibles d'interprétation, a pour objet de garantir l'accès du public aux événements d'intérêt majeur, sans que l'exercice d'un droit d'exclusivité puisse entraver cet accès. L'article 4, § 1^{er}, du décret du 27 février 2003 précité ne prévoit aucune exception ni possibilité de dérogation à l'interdiction qu'il instaure.

Il a pour conséquence, spécialement en ce qui concerne les événements d'intérêt majeur dont le Gouvernement a décidé qu'ils doivent être diffusés en direct ⁽⁴⁾, que le titulaire d'un droit d'exclusivité sur leur diffusion, a le choix entre deux possibilités :

- soit il diffuse lui-même l'événement concerné par le biais d'un programme d'un service à accès libre;
- soit il cède son droit d'exclusivité en temps utile à un éditeur de service à accès libre.

Mais en aucun cas, il ne peut être autorisé à diffuser l'événement par le biais d'un programme d'un service à accès non libre, ce, même s'il a tenté sans succès de le céder à un éditeur de services à accès libre. Or, les articles 5 et 6 du projet ont précisément pour objet de mettre en place un système qui permet à l'éditeur de services titulaire d'un droit d'exclusivité de procéder de la sorte.

⁽⁴⁾ Il en va ainsi de tous les événements énumérés à l'annexe de l'arrêté en projet.

Ils méconnaissent donc l'article 4 du décret du 27 février 2003 précité.

À ce propos, c'est en vain que les dispositions en projet se donneraient pour fondement légal l'article 4, § 2, alinéa 2, du décret du 27 février 2003 précité, qui habilite le Gouvernement "après avoir pris l'avis du CSA", à arrêter "les modalités selon lesquelles les événements visés ci-dessus doivent être accessibles".

En effet, d'une part, eu égard à la répartition des compétences entre le législateur et le titulaire du pouvoir exécutif, cette habilitation -qui ne porte au demeurant que sur les "modalités d'accès" et non sur des "restrictions à l'accès"- ne saurait être comprise comme permettant au Gouvernement de déroger à une interdiction prévue par une disposition de nature législative, à savoir l'article 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase du décret du 27 février 2003 précité..

D'autre part, si les travaux préparatoires du décret du 27 février 2003 précité ne précisent pas en quoi consistent les modalités que son article 4, § 2, habilite le Gouvernement à arrêter, il ressort de ces mêmes travaux que, pour l'essentiel ⁽⁵⁾, ledit article 4 "reprend les dispositions de l'article 29 du décret (17 juillet 1987) sur l'audiovisuel en ce qu'il transpose l'article 3bis de la directive européenne dite Télévision sans frontières" ⁽⁶⁾.

À ce propos, il convient de relever que ledit article 29 habilitait le Gouvernement à arrêter la liste des événements ou catégories d'événements d'intérêt majeur pour le public de la Communauté française, de déterminer si ces événements devaient être transmis en direct ou en différé, en totalité ou en partie, et, après avoir pris l'avis du CSA, d'arrêter "les modalités selon lesquelles les événements visés (...) doivent être accessibles";

⁽⁵⁾ L'article 4 du décret du 27 février 2003 précité diffère de l'article 29 du décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, tel que modifié par le décret du 4 janvier 1999 essentiellement en ce qu'il ne limite plus la durée de validité de la liste des événements d'intérêt majeur à un an et énumère les critères permettant de définir l'événement d'intérêt majeur.

⁽⁶⁾ Doc. C.C.F., session 2003-2003, n° 357-1 (2002-2003), pp. 13-14.

Concernant ces modalités, les travaux préparatoires du décret du 4 janvier 1999, modifiant le décret du 17 juillet 1987, notamment son article 29, mentionnent ce qui suit :

"(...) le Gouvernement indiquera pour chacun des événements cités si l'accès au public doit être garanti en direct, en différé, totalement ou partiellement. Dans ce dernier cas, il fixera les modalités de cet accès en durée ou en partie d'événement" ⁽⁷⁾.

Les modalités visées anciennement par l'article 29 du décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, et actuellement par l'article 4, § 2, du décret du 27 février 2003 précité, concernent donc la durée de l'accès ou la délimitation de la ou des parties de l'événement concernées par cet accès, et non une quelconque dérogation à l'interdiction générale prévue anciennement par l'article 29 du décret du 17 juillet 1987, et actuellement par l'article 4, § 1^{er}, du décret du 27 février 2003 précité.

Le système de dérogation organisé par le texte en projet ne peut donc puiser de fondement légal dans l'article 4, § 2, alinéa 2, du décret du 27 février 2003 précité.

2. En tant qu'elles entendent régir les relations contractuelles entre les éditeurs de services de radiodiffusion, les uns, en qualité de cédants potentiels ou effectifs de droits d'exclusivité, les autres, en tant que cessionnaires potentiels ou effectifs de tels droits ⁽⁸⁾, ainsi que dans la mesure où elles mettent en place une procédure de règlement des litiges, les dispositions examinées sont également sujettes à critiques.

Ainsi, sans qu'il soit même nécessaire d'examiner si la Communauté française est effectivement compétente pour intervenir dans ces matières, il suffit de constater que le décret du 27 février 2003 précité n'habilite nullement le Gouvernement à ce faire.

⁽⁷⁾ Doc. C.C.F., session 1997-1998, n° 268-1 (1997- 1998), p. 10.

⁽⁸⁾ Il en va ainsi non seulement de l'article 5 du projet, spécialement son paragraphe 2, mais aussi de l'article 6 du projet, qui entend régler les effets - ou l'absence d'effets - de la cession de droit d'exclusivité intervenu en vertu de l'article 5.

À ces égards aussi, les dispositions à l'examen sont donc dépourvues de fondement légal.

3. Des deux observations qui précèdent, il suit que les articles 5 et 6, § 2, en projet, doivent être omis.

L'article 6, § 1^{er}, pourra, quant à lui, être maintenu, à la condition toutefois que son application ne soit plus liée au mécanisme d'acquisition prévu par l'article 5. En effet, dans la mesure où il définit les cas dans lesquels le titulaire d'un droit de transmission en direct et en intégralité, peut différer la diffusion de l'événement d'intérêt majeur par le biais d'un programme d'un service de radiodiffusion télévisuelle à accès libre, le texte en projet peut trouver un fondement légal dans l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, du décret du 27 février 2003, qui habilite le Gouvernement à décider si l'événement d'intérêt majeur doit être diffusé en direct ou en différé.

Le dispositif en projet sera revu en conséquence.

4. S'agissant de l'article 6, revu conformément aux observations qui précèdent, la section de législation fait observer qu'il n'existe pas d'heure belge mais une heure légale ⁽⁹⁾.

Article 7

L'article 7 dispose que

"Le présent arrêté ne crée aucune obligation de diffusion dans le chef de la RTBF et des éditeurs de services de radiodiffusion télévisuelle de la Communauté française".

⁽⁹⁾ Voy. not. l'arrêté royal du 19 décembre 2001 établissant une heure d'été à partir de l'année 2002, précédé d'un rapport au Roi et de l'avis 32.178/2, donné le 5 décembre 2001 sur le projet d'arrêté en question (M.B. 28.12.2000 - p. 45.050).

Or, comme exposé ci-avant à l'observation relative aux articles 5 et 6 du projet, l'article 4 du décret du 27 février 2003 précité a pour conséquence, spécialement en ce qui concerne les événements d'intérêt majeur dont le Gouvernement a décidé qu'ils doivent être diffusés en direct ⁽¹⁰⁾, le titulaire d'un droit d'exclusivité sur leur diffusion, a le choix entre deux possibilités :

- soit il diffuse lui-même l'événement concerné par le biais d'un programme d'un service à accès libre;
- soit il cède son droit d'exclusivité en temps utile à un éditeur de service à accès libre.

Il s'ensuit que si le titulaire de ce droit d'exclusivité n'a pas cédé celui-ci, il sera tenu de diffuser l'événement d'intérêt majeur, par le biais d'un programme d'un service à accès libre. A défaut, le public sera privé de la diffusion de cet événement, ce à quoi fait obstacle l'article 4, § 1^{er}, du décret du 27 février 2003 précité.

L'article 7 sera, par conséquent, omis.

Annexe

L'annexe en projet comporte la liste des événements jugés d'intérêt majeur pour le public de la Communauté française.

Cette liste appelle les deux observations suivantes.

1. Il appartient à l'auteur du projet d'être en mesure de justifier cette sélection quasiment exclusive d'événements de nature sportive, au regard des critères fixés par l'article 4, § 2, du décret du 27 février 2003 précité.

⁽¹⁰⁾ Il en va ainsi de tous les événements énumérés à l'annexe de l'arrêté en projet.

Ces critères sont :

- "1° l'événement a un écho particulier auprès du public de la Communauté française en général et non auprès du public qui suit habituellement un tel événement;
- 2° l'événement a une importance culturelle globalement reconnue par le public de la Communauté française et constitue un catalyseur de son identité culturelle;
- 3° une personnalité ou une équipe nationale participe à l'événement concerné dans le cadre d'une compétition ou d'une manifestation internationale majeure;
- 4° l'événement fait traditionnellement l'objet d'une retransmission dans un programme d'un service de radiodiffusion télévisuelle à accès libre en Communauté française et mobilise un large public."

Parmi ces quatre critères, un seul est en relation directe avec le caractère sportif de l'événement.

Or, la liste des événements d'intérêt majeur qui constitue l'annexe à l'arrêté en projet ne comporte, à l'exception du "Concours musical Reine Elisabeth", que des événements sportifs. Cette catégorie d'événements est donc favorisée par rapport à d'autres événements, tels ceux de type culturel ⁽¹¹⁾

2. L'article 4, § 2, du décret du 27 février 2003 précité prévoit que, pour pouvoir être considéré comme étant d'intérêt majeur pour le public de la Communauté française en général, l'événement concerné doit réunir au moins deux des critères cités à la même disposition.

Il appartient dès lors à l'auteur du projet d'être en mesure de justifier que chacun des événements énumérés à l'annexe de l'arrêté en projet répond à deux de ces critères.

À cet égard, le dossier transmis au Conseil d'État comporte un document intitulé "justification de la liste des événements d'intérêt majeur", qui se donne pour objet de justifier chaque événement retenu au regard d'au moins deux des critères précités.

⁽¹¹⁾ A ce propos, et à titre d'exemple, l'on relèvera que les Francofolies de Spa, qui figurait dans la liste originale du projet soumis à la section de législation du Conseil d'État en 2001, ne figure plus dans la liste annexée au texte à l'examen.

Il convient toutefois de relever que ce document ne permet pas, dans tous les cas, d'établir que l'événement considéré répond aux conditions de l'article 4, § 2, du décret.

Ainsi, telle que la justification relative aux jeux olympiques d'hiver est rédigée, elle est entachée d'une certaine ambiguïté : il est en effet difficile de déterminer si, selon l'auteur du projet, cet événement rencontre les deux critères rencontrés par les jeux olympiques d'été auquel s'ajoute un troisième critère, ou bien s'il ne rencontre que le seul critère mentionné à la deuxième phrase de la justification.

Par ailleurs, la mention du critère selon lequel l'événement a un écho particulier auprès du public de la Communauté française en général et non auprès du public qui suit habituellement un tel événement, est parfois formulée comme une pétition de principe, sans être étayée par des éléments spécifiques à l'événement considéré⁽¹²⁾. Une simple affirmation s'avère insuffisante au regard de l'article 4, § 2, du décret du 27 février 2003 précité.

3. En conclusion, le Gouvernement doit être en mesure de justifier les différents événements sportifs figurant dans l'annexe en projet.

En outre, le Gouvernement doit également être en mesure de justifier la différence de traitement opérée entre les événements à caractères sportifs et d'autres événements.

⁽¹²⁾ Il en va notamment ainsi de la justification donnée pour les jeux olympiques.

La chambre était composée de

Madame	M.-L. WILLOT-THOMAS,	président de chambre,
Messieurs	P. LIÉNARDY, J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme A. VAGMAN, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

M.-L. WILLOT-THOMAS