



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 74.387/4
du 9 octobre 2023

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française
‘modifiant le décret du 4 février 2021 relatif aux services de
médias audiovisuels et aux services de partage de vidéos’

Le 24 août 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Enfance, de la Santé, de la Culture, des Médias et des Droits de Femmes de la Communauté française à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 4 février 2021 relatif aux services de médias audiovisuels et aux services de partage de vidéos'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 9 octobre 2023. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Luc CAMBIER et Géraldine ROSOUX, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Julien GAUL, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 octobre 2023.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATION PRÉALABLE

Au vu de la très grande abondance des dossiers actuellement soumis à l'avis de la section de législation et de la teneur de l'avant-projet, il n'a pas été possible de procéder à un examen exhaustif de celui-ci, même limité aux trois points indiqués dans l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'¹.

En outre, dès lors que la section de législation ne dispose pas d'une connaissance particulière des aspects techniques relevant de la matière des services de médias audiovisuels que règle l'avant-projet ni de la possibilité juridique d'organiser un débat contradictoire au sujet des données concrètes devant être prises en considération pour justifier les différentes mesures figurant dans l'avant-projet, et en particulier leur caractère proportionné, la section de législation ne peut que prendre acte des explications qui figurent dans le dossier.

Il va de soi que, dans les conditions qui viennent d'être indiquées, il ne peut rien être déduit de ce que, dans le présent avis, aucune observation n'a été formulée sur certaines dispositions ou certaines questions².

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Pour cette raison, les dispositions de l'avant-projet qui sont identiques au droit en vigueur ou qui en sont largement inspirées ne feront, en principe, l'objet d'aucune observation.

² Voir, pour une observation préalable similaire, l'avis 67.724/2/V donné le 9 septembre 2020 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 4 février 2021 'relatif aux services de médias audiovisuels et aux services de partage de vidéos', *Doc. Parl.*, Parl. Comm. fr., 2020-2021, 187/1, pp. 254-310.

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. L'avant-projet met en place des régimes d'aides ³.

Or, tout financement public remplissant les critères énoncés à l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE ») constitue une aide d'État et doit être notifié à la Commission en vertu de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE.

Toutefois, en vertu de l'article 109 du TFUE, le Conseil peut déterminer les catégories d'aides qui sont dispensées de cette obligation de notification. Conformément à l'article 108, paragraphe 4, du TFUE, la Commission peut adopter des règlements concernant ces catégories d'aides d'État.

Il en va ainsi du règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 'relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général', du règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 'relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis' et du règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 'déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité' (aussi appelé « règlement général d'exemption par catégorie » ou « RGEC ») ⁴.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de vérifier, une fois l'avant-projet précisé et complété ⁵, si les régimes d'aides ainsi organisés constituent des aides d'État, et le cas échéant, si les aides concernées remplissent effectivement les conditions prévues par ces régimes d'exemption et, dans la négative, de veiller à l'accomplissement de la formalité de notification requise.

³ Voir les articles 61 à 64 de l'avant-projet qui concernent les aides à l'écriture, au développement et à la production d'œuvres audiovisuelles d'initiatives belges francophones qui se présentent sous la forme de séries de fiction, de documentaire et d'animation.

⁴ Voir en particulier l'article 54 de ce règlement qui traite des régimes d'aides en faveur des œuvres audiovisuelles.

⁵ Voir l'observation particulière sous l'article 63 de l'avant-projet.

2. L'article 9 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone 'relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision', dispose comme suit :

« Un Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision est institué. Ce comité est composé :

- 1° du (des) Ministre(s) désigné(s) par le Gouvernement fédéral ;
- 2° du (des) Ministre(s) désigné(s) par la Communauté flamande ;
- 3° du (des) Ministre(s) désigné(s) par la Communauté française ;
- 4° du (des) Ministre(s) désigné(s) par la Communauté germanophone.

Le Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision a pour mission d'organiser de manière concertée, dans le respect des compétences de chacun et selon les modalités et procédures fixées en Comité de Concertation, la consultation mutuelle relative aux initiatives respectives concernant la rédaction d'un projet de législation sur la radiodiffusion et les télécommunications ».

Cette disposition est rédigée de manière extrêmement large : ainsi, comme la section de législation l'a déjà observé, si l'intitulé de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 renvoie à la notion de « réseaux de communications électroniques », cet intitulé qui, par hypothèse, est dépourvu de portée normative, n'a pas pour effet de limiter la portée de l'article 9 de l'accord de coopération.

Or, s'agissant des communautés, cet article 9 vise tout projet de législation sur la radiodiffusion et la télévision, sans se limiter aux projets de législation relatifs aux réseaux ⁶.

Dès lors que l'avant-projet porte sur cette matière, l'article 9 implique qu'il soit soumis à la formalité prévue par cette disposition.

L'auteur de l'avant-projet veillera à l'accomplissement de cette formalité ⁷. Si l'accomplissement de cette formalité devait encore donner lieu à des modifications autres que de forme et ne résultant pas des suites réservées au présent avis, ces modifications devraient être soumises à nouveau à l'avis de la section de législation, conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

⁶ Sur l'étendue de la portée de l'article 9 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006, voir l'avis 57.673/4 donné le 6 juillet 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 18 décembre 2015 'portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques', *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 54-1355/001, pp. 24 à 27.

⁷ Voir pour une observation similaire l'avis 67.724/2/V.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'article 13, paragraphe 2, de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 'visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »)' énonce :

« Lorsque les États membres exigent que les fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence contribuent financièrement à la production d'œuvres européennes, notamment par l'investissement direct dans des contenus et par la contribution à des fonds nationaux, ils peuvent également exiger que les fournisseurs de services de médias qui ciblent des publics sur leur territoire mais sont établis dans d'autres États membres soient également soumis à ces contributions financières, qui doivent être proportionnées et non discriminatoires ».

La notion d'« œuvres européennes » est définie par l'article 1, paragraphe 1, point n), paragraphes 2, 3 et 4, de la directive 2010/13/UE comme suit :

« n) 'œuvres européennes' :

i) les œuvres originales d'États membres ;

ii) les œuvres originales d'États tiers européens parties à la convention européenne sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe et répondant aux conditions visées au paragraphe 3 ;

iii) les œuvres coproduites dans le cadre d'accords concernant le secteur audiovisuel conclus entre l'Union et des pays tiers et répondant aux conditions définies dans chacun de ces accords.

2. L'application des dispositions du paragraphe 1, point n), ii) et iii), est subordonnée à la condition que les œuvres originales d'États membres ne fassent pas l'objet de mesures discriminatoires dans le pays tiers concerné.

3. Les œuvres visées au paragraphe 1, point n), i) et ii), sont des œuvres qui sont réalisées essentiellement avec le concours d'auteurs et de travailleurs résidant dans un ou plusieurs des États visés dans ces dispositions et qui répondent à l'une des trois conditions suivantes :

i) elles sont réalisées par un ou des producteurs établis dans un ou plusieurs de ces États ;

ii) la production de ces œuvres est supervisée et effectivement contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis dans un ou plusieurs de ces États ;

iii) la contribution des coproducteurs de ces États est majoritaire dans le coût total de la coproduction, et celle-ci n'est pas contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis en dehors de ces États.

4. Les œuvres qui ne sont pas des œuvres européennes au sens du paragraphe 1, point n), mais qui sont produites dans le cadre d'accords bilatéraux de coproduction conclus entre des États membres et des pays tiers, sont réputées être des œuvres européennes si les coproducteurs de l'Union participent majoritairement au coût total de production et que la production n'est pas contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis en dehors du territoire des États membres ».

Il convient encore de relever que le considérant n° 36 de la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 'modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché', précise :

« Afin d'assurer des niveaux d'investissement adéquats en faveur des œuvres européennes, les États membres devraient être en mesure d'imposer des obligations financières aux fournisseurs de services de médias établis sur leur territoire. Ces obligations peuvent prendre la forme de contributions directes à la production et à l'acquisition de droits sur les œuvres européennes. Les États membres pourraient également mettre en place des impositions à verser à un fonds, sur la base des recettes générées par les services de médias audiovisuels qui sont fournis sur leur territoire et ciblent ce dernier. La présente directive précise que, compte tenu du lien direct entre les obligations financières et les différentes politiques culturelles des États membres, un État membre est également autorisé à imposer de telles obligations financières aux fournisseurs de services de médias établis dans un autre État membre qui ciblent son territoire. Dans ce cas, les obligations financières ne devraient porter que sur les recettes générées par l'audience dans l'État membre ciblé. Les fournisseurs de services de médias qui sont tenus de contribuer à des régimes de financement du cinéma dans un État membre ciblé devraient pouvoir bénéficier de manière non discriminatoire, même en l'absence d'établissement dans cet État membre, de l'aide disponible pour les fournisseurs de services de médias dans le cadre des régimes de financement du cinéma concernés »⁸.

2. Certaines dispositions de l'avant-projet posent question au regard de la directive 2010/13/UE et des libertés fondamentales de circulation garanties par le droit européen, en particulier⁹ :

– l'article 1.3-1, alinéa 1^{er}, 6°, 8° et 34°, en projet (article 1^{er}, 3°, 5° et 10°, de l'avant-projet).

⁸ Voir également le point 49 de la communication de la Commission du 15 novembre 2013 'sur les aides d'État en faveur des œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles : « Conformément aux principes ci-dessus, les régimes d'aide ne peuvent, par exemple, réserver l'aide aux seuls ressortissants du pays concerné; exiger des bénéficiaires qu'ils possèdent le statut d'entreprise nationale établie en vertu du droit commercial national (les entreprises établies dans un État membre et opérant dans un autre par l'intermédiaire d'une succursale ou d'une agence permanente doivent pouvoir bénéficier de l'aide [...]) » et l'article 54, paragraphe 10, du règlement (UE) n° 651/2014 : « Les aides [en faveur des œuvres audiovisuelles] ne sont pas réservées exclusivement aux ressortissants nationaux et les bénéficiaires ne sont pas tenus de posséder le statut d'entreprise établie conformément au droit commercial national ».

⁹ Les observations concernant le régime de contribution à la production audiovisuelle par les éditeurs de services valent, *mutatis mutandis*, pour les distributeurs de services (article 60 de l'avant-projet).

Cette disposition entend définir les notions de « commande de programme », de « coproduction d'œuvre audiovisuelle » et de « pré-achat d'œuvre audiovisuelle » qui encadrent les investissements directs des éditeurs de services dans la production audiovisuelle conformément au mécanisme de contribution figurant à l'article 59 de l'avant-projet¹⁰, lequel transpose la possibilité offerte aux États membres figurant à l'article 13, paragraphe 2, de la directive 2010/13/UE.

Ces définitions contiennent l'exigence selon laquelle l'œuvre ou le programme doit être produit ou coproduit par un « producteur indépendant établi dans un État membre de l'Union européenne et qui en assure la production déléguée », ce qui paraît constituer une restriction à la notion d'« œuvres européennes » et donc à la possibilité de valoriser l'ensemble de ces œuvres dans le cadre de l'obligation de contribution à la production audiovisuelle.

En effet, selon l'article 1, paragraphe 1, point n), ii) et iii), de la directive 2010/13/UE, la notion d'« œuvres européennes » vise également des œuvres originaires d'États qui ne font pas partie de l'Union européenne, comme les « œuvres originaires d'États tiers européens parties à la convention européenne sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe » ou les « œuvres coproduites dans le cadre d'accords concernant le secteur audiovisuel conclus entre l'Union et des pays tiers » ;

– l'article 1.3-1, alinéa 1^{er}, 6°, alinéa 2, en projet (article 1^{er}, 3°, de l'avant-projet).

Cette disposition, qui définit la notion de « commande de programme », autorise, par dérogation, la possibilité de valoriser, dans le cadre de l'obligation de contribution à la production audiovisuelle, les investissements effectués dans certains programmes pour autant que l'objet principal de ces programmes « consiste à mettre en valeur soit des artistes dont le domicile, le siège d'exploitation ou le siège social est situé en région de langue française ou en région bilingue de Bruxelles-Capitale, soit le patrimoine culturel de ces régions » ;

– l'article 6.1.1-1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 59 de l'avant-projet).

Cette disposition prévoit que la contribution à la production audiovisuelle se fait soit sous la forme d'investissements directs, « soit sous la forme d'un versement au Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel ».

¹⁰ Conformément à l'article 1.3-1, alinéa 1^{er}, 14°, du décret du 4 février 2021, sont notamment soumis à ce mécanisme de contribution à la production audiovisuelle, les éditeurs de services qui relèvent de la compétence d'un État membre partie à la Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière et qui ciblent « le public de la région de langue française ou le public francophone de la région bilingue de Bruxelles-Capitale en vue de tirer de ce marché des revenus de communications commerciales ou des revenus provenant des utilisateurs ».

Dans son courrier du 27 juin 2023, la Commission européenne a émis une réserve à l'égard des contributions effectuées sous la forme d'un versement au Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel, à laquelle le dossier soumis à la section de législation ne répond pas.

Si, dans le courrier précité, la Commission estime que l'obligation d'investir au moins 35 % de la contribution dans les « œuvres audiovisuelles d'initiative belge francophone » est conforme à l'arrêt C-222/07, rendu le 5 mars 2009, par la Cour de Justice de l'Union européenne ¹¹, elle précise néanmoins que « [...] ce règlement ne s'applique qu'à l'option d'un investissement direct. Il n'apparaît pas clairement quel type d'œuvres est soutenu par le Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel à l'aide des paiements effectués par les éditeurs qui choisissent l'option d'un tel paiement, en particulier dans quelle mesure le Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel soutiendrait les 'œuvres audiovisuelles d'initiative belge francophone' » ;

– l'article 6.2.1-2, 3°, en projet (article 62 de l'avant-projet) en tant que cette disposition prévoit, à titre de recevabilité de la demande d'aide, qu'un éditeur de services télévisuels extérieur doit être « en partenariat avec un éditeur relevant de la compétence de la Communauté française », ce qui revient indirectement à exiger une présence de cet éditeur en Communauté française alors que, comme le précise notamment le considérant n° 36 de la directive (UE) 2018/1808, « [l]es fournisseurs de services de médias qui sont tenus de contribuer à des régimes de financement du cinéma dans un État membre ciblé devraient pouvoir bénéficier de manière non discriminatoire, même en l'absence d'établissement dans cet État membre, de l'aide disponible pour les fournisseurs de services de médias dans le cadre des régimes de financement du cinéma concernés ».

3. L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure d'apporter les justifications qui permettent de s'assurer de la conformité des dispositions précitées au droit européen, en particulier en ce qui concerne leur caractère proportionné ¹².

¹¹ C.J., Arrêt *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) c. Administración General del Estado*, 5 mars 2009, C-222/07.

¹² Voir à cet égard le considérant 25 de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne C-222/07, où il est précisé ce qui suit, au sujet de l'obligation d'affecter à des œuvres dont la langue originale est l'une des langues officielles de l'État membre concerné 60 % des 5 % des recettes d'exploitation affectées au financement anticipé de films cinématographiques et de télévision européens : « Cependant, une telle restriction à des libertés fondamentales garanties par le traité peut être justifiée dès lors qu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (arrêt du 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium* e.a., C-250/06, Rec. p. I-11135, point 39 et jurisprudence citée) ».

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 1^{er}

L'article 1.3-1, alinéa 1^{er}, 11^o/1, en projet entend définir la notion de « développement » qui est utilisée, dans l'avant-projet, dans le contexte des contributions à la production audiovisuelle (articles 59 et 60 de l'avant-projet) et dans celui des aides aux développements d'œuvres audiovisuelles d'initiatives belges francophones qui se présentent sous la forme de séries de fiction, de documentaire et d'animation (articles 61 à 64 de l'avant-projet).

Le commentaire de l'article 59 de l'avant-projet précise que « les dépenses de développement incluent les dépenses liées aux tournages des pilotes ».

Interrogés sur la question de savoir pour quelle raison cette précision ne figure pas dans la définition de « développement » à l'article 1.3-1, alinéa 1^{er}, 11^o/1, en projet, les délégués de la Ministre ont expliqué :

« Il est effectivement précisé dans le CDA de l'art 59 que les dépenses liées aux tournages des pilotes sont incluses dans les dépenses de développement.

L'opportunité d'inscrire cela dans le dispositif sera discuté en gouvernement.

La pratique des producteurs de contenus tente à démontrer que certains pilotes de séries d'animation (dont l'utilité première est de présenter aux éditeurs de SMA la ligne éditoriale de la série en développement) sont par ailleurs exploités en tant qu'œuvre individuelle par le producteur (surtout lorsque le pilote développé ne convainc pas l'éditeur). Un pilote peut donc être assimilé à une phase de développement, mais pas systématiquement, dès lors qu'il est parfois exploité comme œuvre finale ».

La précision selon laquelle les dépenses de développement peuvent comprendre les dépenses liées aux tournages des pilotes sera, par souci de sécurité juridique, consacrée dans le dispositif, le cas échéant en y précisant les conditions y afférentes.

L'article 1.3-1, alinéa 1^{er}, 11^o/1, en projet sera complété en conséquence.

Article 12

1. Au 1^o, il sera précisé que l'alinéa 2 en projet est inséré à l'article 3.1.3-12, § 1^{er}, du décret du 4 février 2021.
2. Aux 4^o et 5^o, le mot « devenu » sera omis.

3. Au 7°, il convient de rappeler qu'il n'y a pas lieu en principe pour le décret d'attribuer directement des missions aux services du Gouvernement, ces missions devant être confiées au Gouvernement lui-même, à charge pour lui de les déléguer au service qu'il estime compétent. Mieux vaut dès lors omettre la référence aux « services » dans cette disposition.

Cette observation vaut pour la suite de l'avant-projet ¹³.

Articles 15 et 17

Il y a lieu de compléter les dispositions en projet par la mention de l'index de base.

Article 18

L'article 18 entend compléter l'article 3.2.4-1 du décret du 4 février 2021 par un paragraphe 4 rédigé comme suit :

« Les crédits réservés au budget de la Communauté française pour les subventions de fonctionnement des médias de proximité sont indexés annuellement en fonction de l'indice des prix à la consommation du mois de janvier ».

Cette disposition, qui prévoit une indexation automatique des crédits réservés annuellement au budget de la Communauté française, sera omise étant donné qu'il ne revient pas à un décret portant des dispositions de droit matériel d'empiéter sur la prérogative qui revient chaque année au législateur budgétaire d'allouer les crédits lors du vote du budget général des dépenses.

Article 30

1. À l'article 3.5.0-7, alinéa 2, 3°, en projet, il y a lieu de renvoyer à l'article 3.5.0-2, « § 4 » et non au « § 2 » de cette disposition.

Cette observation vaut *mutatis mutandis* pour les articles 3.5.0-11, alinéa 2, 3° (article 35 de l'avant-projet), 3.5.0-12, § 3, alinéa 2, 3° (article 36 de l'avant-projet), 3.5.0-17, alinéa 2, 2° (article 43 de l'avant-projet) et 3.5.0-19, § 5, alinéa 2, 3°, en projet (article 45 de l'avant-projet).

¹³ Voir par exemple l'article 3.5.0-2, § 2, alinéa 1^{er}, en projet (article 24 de l'avant-projet) ou l'article 3.5.0-21, alinéa 3, en projet (article 48 de l'avant-projet).

2. L'article 3.5.0-7, alinéas 1^{er} et 2, 5°, en projet énonce ce qui suit :

« Le Gouvernement publie un appel d'offre au *Moniteur Belge* et sur le site internet du CSA.

L'appel d'offre comprend les éléments suivants :

[...]

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 3.1.3-4 ».

Il est rappelé que le pouvoir de celui qui dispose d'une compétence de proposition d'un acte devant être pris ensuite, sur la base de cette proposition, par l'organe habilité à adopter la réglementation, peut avoir été conçu par l'auteur de la norme prévoyant cette compétence de proposition en ce sens que non seulement l'autorité compétente pour adopter l'acte ne peut agir sans être saisie de la proposition mais qu'en outre, elle ne peut s'en écarter quant à son contenu, sauf à solliciter une nouvelle proposition.

Pareille confusion des rôles respectifs du Gouvernement et du Collège d'autorisation et de contrôle peut soulever des difficultés au regard des principes relatifs à l'attribution d'un pouvoir réglementaire – en l'occurrence, coréglementaire – à un organisme d'intérêt public ¹⁴.

Aux fins d'éviter toute difficulté sur ce point, il convient soit de limiter les prérogatives du Collège d'autorisation et de contrôle à l'exercice d'une compétence d'avis préalablement à l'adoption de la réglementation revenant au Gouvernement tout en prévoyant que ce Collège peut également remettre cet avis d'initiative, soit de prévoir que le Gouvernement édicte la réglementation « sur proposition du Collège ou d'initiative, sur avis du Collège ». Ce dernier procédé permettrait au Collège d'initier l'adoption des réglementations envisagées, comme le prévoit l'avant-projet, tout en conservant au Gouvernement son pouvoir d'initiative et de modification ¹⁵.

L'article 3.5.0-7, alinéa 2, 5°, en projet sera revu à la lumière de cette observation, laquelle vaut *mutatis mutandis* pour les articles 3.5.0-11, alinéa 2, 5° (article 35 de l'avant-projet), 3.5.0-17, alinéa 2, 4° (article 43 de l'avant-projet) et 3.5.0-19, § 5, alinéa 2, 5°, en projet (article 45 de l'avant-projet).

¹⁴ Voir sur ce point l'observation particulière n° 2 sous l'article 59 de l'avant-projet.

¹⁵ Voir pour une observation similaire l'avis 69.166/4 donné le 10 juin 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 21 décembre 2021 'portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques', *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 2256/001 pp. 331 et 332.

Article 45

À l'article 3.5.0-19, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, les mots « alinéa 2, 5° » seront, comme en ont convenu les délégués de la Ministre, omis dès lors que l'intention est de renvoyer à l'article 6.1.1-1, § 3, en projet dans son ensemble.

Article 54

L'article 13, paragraphes 1 et 6, de la directive 2010/13/UE énonce :

« 1. Les États membres veillent à ce que les fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence qui fournissent des services de médias audiovisuels à la demande proposent une part d'au moins 30 % d'œuvres européennes dans leurs catalogues et mettent ces œuvres en valeur.

[...]

6. L'obligation imposée en vertu du paragraphe 1 et l'exigence énoncée au paragraphe 2 relative aux fournisseurs de services de médias ciblant des publics dans d'autres États membres ne s'appliquent pas aux fournisseurs de services de médias qui ont un chiffre d'affaires peu élevé ou une faible audience. Les États membres peuvent aussi renoncer à ces obligations ou exigences lorsqu'elles seraient impossibles à respecter ou injustifiées en raison de la nature ou du thème des services de médias audiovisuels ».

Il résulte de cette disposition que les États membres doivent prévoir une exception pour les « fournisseurs de services de médias qui ont un chiffre d'affaires peu élevé ou une faible audience ».

La disposition en projet ne prévoit d'exempter que les éditeurs de services qui ont un chiffre d'affaires peu élevé de l'obligation de mise en valeur des œuvres européennes figurant à l'article 4.2.2-1, § 1^{er}, du décret du 4 février 2021.

Il convient dès lors de compléter l'article 4.2.2-1, § 4, en projet en y insérant une exception analogue pour les éditeurs de services qui ont une « faible audience ».

Article 59

1. L'article 6.1.1-1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet énonce :

« Tout éditeur de services télévisuels linéaires et non linéaires contribue à la production audiovisuelle. Cette contribution se fait soit sous la forme d'investissements en coproduction ou en pré-achat d'œuvres audiovisuelles et en commande de programmes, soit sous la forme d'un versement au Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel ».

La formulation de cette disposition est ambiguë en ce qu'elle peut laisser entendre que, dans le cas où l'éditeur de services choisit d'investir directement dans la production audiovisuelle, il serait obligé d'investir dans les « commandes de programme » en combinaison avec des investissements en « coproduction ou en pré-achat d'œuvres audiovisuelles ».

Interrogés sur ce point, les délégués de la Ministre ont expliqué :

« La contribution sous forme d'investissements peut s'effectuer en coproduction et/ou en préachat d'œuvres audiovisuelles OU en commandes de programmes (pour un max de 30 % de l'obligation totale – voir § 3 du même article) ».

La formulation de l'article 6.1.1-1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet sera revue à la lumière de ces explications.

La même observation vaut pour l'article 6.1.2-1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 60 de l'avant-projet).

2. L'article 6.1.1-1, § 1^{er}, alinéa 2, 5^o, en projet énonce :

« Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, la contribution instituée par le présent article ne s'applique pas :

[...]

5^o aux services télévisuels linéaires dont la part d'audience par service déterminé est inférieure à 2 % de l'audience totale réalisée par des services similaires sur le marché de la Communauté française durant l'année écoulée ; le Collège d'autorisation et de contrôle calcule et évalue la part d'audience par service ».

Cette disposition peut être lue comme confiant au Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel le pouvoir réglementaire d'établir la méthodologie permettant de calculer et d'évaluer la part d'audience.

Dans son avis 69.166/4, la section de législation a formulé l'observation suivante au sujet de l'octroi de pouvoirs réglementaires à des autorités administratives indépendantes :

« 2.1. [...] Au regard des principes ainsi rappelés, aucun pouvoir réglementaire ne peut en principe être conféré à l'IBPT, autorité administrative indépendante, si ce n'est sur des aspects limités et techniques, tels qu'il est permis de considérer que l'IBPT – qui doit appliquer la réglementation concernée – est également le mieux placé pour l'élaborer. Encore faut-il qu'une autorité politiquement responsable puisse endosser la responsabilité des règlements concernés, soit parce que cette autorité – en l'occurrence, le Roi – interviendra sur proposition de l'IBPT, soit parce que cette même autorité devra approuver les mesures réglementaires. Cette dernière condition pourrait, le cas échéant, ne pas devoir être remplie pour l'adoption de mesures éminemment techniques et n'intervenant que dans des cas où le pouvoir réglementaire ne suppose pas l'exercice d'un véritable pouvoir d'appréciation impliquant des choix en opportunité, parce que, par exemple, le droit européen détermine déjà l'intégralité, ou presque, de la réglementation concernée.

[...]

2.2.4. Il se déduit donc de l'arrêt n° 71/2016 de la Cour constitutionnelle que lorsque le droit européen attribue une compétence exclusive à un régulateur indépendant, il ne peut être porté atteinte à cette compétence, d'une manière ou d'une autre, même lorsqu'il s'agit d'une compétence à portée réglementaire, à savoir, s'agissant de la CWaPE, la fixation d'une méthode de calcul des tarifs.

S'agissant de l'avant-projet de loi à l'examen, il peut en être déduit que le législateur peut et même doit conférer à l'IBPT un pouvoir de nature réglementaire dans les hypothèses où le droit européen attribue un tel pouvoir, et ce, à titre exclusif, aux 'autorités de régulation nationales'.

Par contre, il ne peut être déduit de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que de tels pouvoirs pourraient être concédés à l'IBPT dans les hypothèses où le droit européen prévoit l'intervention des 'États membres' ou des 'autorités compétentes de celui-ci' puisqu'ainsi, aucune compétence exclusive n'est attribuée aux 'autorités de régulation'. À priori, il en va aussi de même lorsque le droit européen laisse le choix aux États membres d'attribuer une mission déterminée à l'autorité de régulation ou aux autorités compétentes.

Dans ces hypothèses, les principes rappelés au point 2.1 ci avant trouvent donc à s'appliquer.

2.3.1. De ce qui précède, il suit que, outre le fait que les dispositions énoncées au point 1 doivent faire apparaître sans ambiguïté la portée – individuelle ou réglementaire – du pouvoir conféré à l'IBPT, il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure d'établir que chacune des habilitations ainsi conférées à l'IBPT :

1° soit a pour objet de transposer une disposition de droit européen qui attribue exclusivement aux autorités nationales de régulation une compétence ayant une portée identique (première catégorie) ;

2° soit, à défaut d'une telle disposition de droit européen, porte sur des aspects limités et techniques, tels que l'on puisse considérer que l'IBPT, qui doit appliquer la réglementation concernée, est également le mieux placé pour l'élaborer (seconde catégorie).

En ce qui concerne la seconde catégorie, il conviendra en outre que les habilitations visées soient revues et complétées afin de permettre qu'une autorité politiquement responsable – le Roi, ou, pour les aspects accessoires ou de détails, le Ministre – puisse endosser la responsabilité des règlements concernés, soit par une procédure impliquant que l'IBPT propose la réglementation à adopter, soit par une procédure dans laquelle le Roi devra donner son approbation au règlement établi par l'IBPT. Le cas échéant, il pourra ne pas être satisfait à cette condition dans les cas où le pouvoir réglementaire ne suppose pas l'exercice d'un véritable pouvoir d'appréciation impliquant des choix en opportunité, parce que, par exemple, le droit européen détermine déjà l'intégralité, ou presque, de la réglementation concernée ».

Interrogés sur la portée des pouvoirs ainsi conférés au Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, les délégués de la Ministre ont précisé ce qui suit :

« Afin de ne pas octroyer de pouvoir réglementaire au CSA, il pourrait être envisagé d'insérer dans l'article que le gouvernement approuve la méthodologie du CSA. Notons que la matière est très évolutive dans la mesure où il n'existe pas encore de système reconnu pour le calcul du taux d'audience des services non linéaires ».

Afin d'éviter toute difficulté au regard de ce qui précède, il convient, comme en ont convenu les délégués de la Ministre, de prévoir que la méthodologie sera approuvée par le Gouvernement ou, le cas échéant, par le Ministre.

L'article 6.1.1-1, § 1^{er}, alinéa 2, 5°, en projet sera revu en ce sens, la même observation valant également pour le 6° de cette disposition.

3. L'article 6.1.1-1, § 2, alinéa 4, en projet entend définir ce qu'il faut entendre par « chiffres d'affaires ».

Le commentaire de l'article précise ce qui suit :

« Le chiffre d'affaires est défini comme l'ensemble du produit généré par la mise à disposition du service télévisuel. Il s'agit du chiffre d'affaires net, c'est-à-dire les montants facturés hors TVA et hors commissions et sur-commissions de régies publicitaires. Cette définition recouvre notamment :

[...]

b. toute rémunération de l'éditeur par un tiers en échange de la mise à disposition de son ou ses services ou de tout ou partie de ses programmes. Cette rémunération peut notamment provenir des utilisateurs sous la forme d'abonnement ou de paiement à l'acte, mais aussi de distributeurs qui intègre le ou les services (voire les programmes) dans leur offre. Dans le cas d'une rémunération par un distributeur, il importe de préciser qu'il s'agit de prendre en considération uniquement la rémunération faite en contrepartie de l'obtention du ou des services. En ce sens, lorsque des flux financiers existent entre un éditeur et un distributeur en raison du lien particulier qui existe entre une société mère et une société filiale, la rémunération pour l'obtention du ou des services ne correspond pas de facto à la totalité des montants payés par la société mère (le distributeur) à la société filiale (l'éditeur). Dans ce cas, il convient que la rémunération soit déterminée de manière objective par référence au prix qui serait convenu entre des sociétés non liées et juridiquement indépendante pour des transactions identiques ou similaires selon le principe de pleine concurrence ».

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est effectivement de prévoir un mécanisme de réévaluation des montants facturés pour les prestations effectuées entre une société mère (distributeur) et une société filiale (éditeur), il lui appartient de le consacrer et de le détailler explicitement dans le dispositif – ce qui n'est pas le cas en l'espèce – et d'être en mesure de pouvoir en justifier le caractère nécessaire et proportionné au regard de l'objectif poursuivi.

En revanche, si l'auteur de l'avant-projet n'entend pas consacrer pareil mécanisme dans le dispositif, il y a lieu de revoir, par souci de sécurité juridique, le commentaire de l'article en conséquence.

La disposition examinée ou, le cas échéant, le commentaire de l'article sera revu en conséquence.

Article 60

Ainsi qu'en ont convenu les délégués de la Ministre, les mots « contribue à la production d'œuvres audiovisuelles ou de commande de programmes » figurant à l'article 6.1.2-1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet seront remplacés, par souci de cohérence avec la formulation de l'article 6.1.1-1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, par les mots « contribue à la production audiovisuelle ».

Article 63

L'article 6.2.1-1 en projet (article 61 de l'avant-projet) énonce :

« Le Gouvernement peut octroyer des aides à l'écriture, au développement et à la production d'œuvres audiovisuelles d'initiatives belges francophones qui se présentent sous la forme de séries de fiction, de documentaire et d'animation ».

L'article 6.2.1-3 en projet (article 63 de l'avant-projet) énonce :

« Le Gouvernement détermine les procédures d'octroi, d'agrément et de liquidation des aides, les montants minimums et maximums pouvant être octroyés aux séries, dans le respect des principes suivants :

[...]

2° Les montants minimum et maximum octroyés aux séries sont déterminés selon le type d'aide et selon qu'il s'agisse d'une série de fiction, documentaire et d'animation ».

L'article 1.3-1, alinéa 1^{er}, 23°, en projet (article 1^{er}, 8°, de l'avant-projet) définit l'« œuvre audiovisuelle d'initiative belge francophone » comme l'« œuvre audiovisuelle qui répond aux critères culturels, artistiques et techniques déterminé[s] par le Gouvernement en application du décret du 10 novembre 2011 relatif au soutien au cinéma et à la création audiovisuelle ».

L'avant-projet à l'examen règle une matière culturelle et s'inscrit dès lors dans le champ d'application de l'article 23 de la Constitution.

Selon l'article 23, alinéa 2, de la Constitution, il appartient au législateur compétent de garantir, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits culturels, lesquels comprennent notamment le droit à l'épanouissement culturel, et de déterminer les conditions d'exercice de ces droits.

L'obligation de déterminer l'objet des mesures sur lesquelles la délégation porte dans une matière réservée au législateur par l'article 23 de la Constitution implique qu'il appartient à celui-ci d'encadrer les délégations qu'il accorde au pouvoir exécutif en réglant lui-même à suffisance les éléments suivants : la portée, les conditions d'octroi et le champ d'application personnel des droits visés à l'article 23 de la Constitution.

Il en résulte qu'il appartient à l'auteur de l'avant-projet, et non au Gouvernement, de déterminer les montants à allouer ou le mode de calcul de ceux-ci, le cas échéant exprimés en pourcentage ou en déterminant des minimums et maximums. Il lui appartient en outre de s'assurer que les conditions d'obtention des aides figurent dans une norme de rang législatif.

L'article 6.2.1-3 en projet sera revu et complété à la lumière de cette observation.

Article 64

Il résulte de l'article 6.2.1-4, § 2, en projet que la Commission Séries doit être consultée par le Gouvernement sur l'opportunité d'octroyer une subvention ainsi que le montant de celle-ci.

Selon la jurisprudence constante de la section de législation, des organes consultatifs peuvent être créés par le Gouvernement sur la base de son pouvoir général d'exécution et de son pouvoir en matière d'organisation de ses services pour autant qu'il s'agisse d'organes consultatifs purement internes à l'administration ayant pour tâche d'informer le Gouvernement ou de formuler des avis ou des propositions de manière facultative.

Si toutefois, comme c'est le cas en l'espèce, la consultation de tels organes est obligatoire, s'il s'agit d'un avis contraignant ou si des tiers étrangers à l'administration font partie de cet organe ou participent à l'élaboration des avis ou si des obligations sont imposées à des tiers, comme celle, pour les organisations représentatives, de présenter des candidats comme membres de l'organe consultatif, la création, les missions et la composition de cet organe, les indemnités ou rémunérations qui sont éventuellement octroyées aux membres ainsi que les règles essentielles de son fonctionnement doivent être réglées par le législateur ¹⁶.

Il appartient dès lors à l'auteur de l'avant-projet, et non au Gouvernement, de fixer la composition de la Commission Séries ainsi que les règles essentielles de son fonctionnement.

¹⁶ Voir en ce sens l'avis 72.491/2 donné le 5 décembre 2022 sur un avant-projet de loi « portant création du Comité d'étude sur les investissements publics ».

L'article 6.2.1-4 en projet sera revu et complété en conséquence, en ayant notamment égard aux exigences relatives à la composition des organes de consultation qui figurent dans la loi du 16 juillet 1973 'garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques' ¹⁷.

Article 84

L'article 84 de l'avant-projet énonce :

« Tout projet lauréat du Fonds des séries belges avant la date d'entrée en vigueur de l'arrêté du Gouvernement pris en exécution de l'article 6.2.1-3 du décret du 4 février 2021 relatif aux services de médias audiovisuels et aux services de partage de vidéos tel que modifié par le présent décret, continuera de bénéficier des conditions et modalités de financement initialement prévues. La RTBF conserve la maîtrise du projet lauréat, sous réserve qu'elle maintienne sa part d'investissement dans ce dernier.

Postérieurement à l'entrée en vigueur de l'arrêté précité, tout nouveau projet postulant à une phase d'écriture, de développement ou de production, sera régi selon les conditions et modalités fixées dans le cadre de cet arrêté ».

Il résulte de cette disposition que des projets pourraient encore être lauréats du Fonds des séries belges « avant la date d'entrée en vigueur de l'arrêté du Gouvernement pris en exécution de l'article 6.2.1-3 [en projet] du décret du 4 février 2021 ».

Ce dispositif est critiquable s'il doit être interprété en ce sens que le Fonds des séries belges peut continuer à octroyer des aides alors même que le dispositif décréteil qui fonde son existence et son organisation, à savoir l'article 6.2.1-1 du décret du 4 février 2021, sera abrogé et remplacé, sans mesure transitoire quelconque, par le mécanisme d'octroi de subventions figurant aux articles 61 à 64 de l'avant-projet.

En effet, l'article 61 de l'avant-projet, qui entend remplacer l'article 6.2.1-1 du décret du 4 février 2021, entre en vigueur, conformément à l'article 88 de l'avant-projet, le 1^{er} janvier 2024. Il en résulte que, à partir de cette date, il n'existera plus de fondement décréteil pour octroyer des subventions via le Fonds des séries belges.

¹⁷ L'article 6 de cette loi énonce : « Les autorités publiques doivent associer à l'élaboration et à la mise en œuvre de leur politique culturelle toutes les organisations représentatives reconnues et toutes les tendances idéologiques et philosophiques. À cette fin, elles auront recours à des organes et structures appropriés, existants ou à créer, en vue de la consultation ou de la concertation ». L'article 7 précise ce qui suit : « Ces organes de consultation sont composés de manière à assurer la représentation des tendances idéologiques et philosophiques aussi bien que des groupements utilisateurs, et à éviter la prédominance injustifiée d'une des tendances ou d'un ensemble de groupements d'utilisateurs se réclamant d'une même tendance. Les avis transmis à l'autorité publique peuvent comporter des notes de minorité ».

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est effectivement de prévoir que le Fonds des séries belges puisse continuer à octroyer des subventions jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté du Gouvernement pris en exécution de l'article 6.2.1-3 en projet du décret du 4 février 2021, il est alors nécessaire que les articles 61 à 64 de l'avant-projet entrent en vigueur au même moment que l'arrêté précité, ce qui revient à habilitier le Gouvernement à déterminer l'entrée en vigueur des articles 61 à 64 de l'avant-projet. Dans ce cas de figure, une date limite d'entrée en vigueur de ces dispositions décrétales sera néanmoins fixée afin de davantage respecter la répartition des compétences entre le législateur et l'exécutif.

L'article 84 sera revu en conséquence.

Article 86

Comme en ont convenu les délégués de la Ministre, une analyse d'impact analogue à celle mentionnée à l'article 85, alinéa 3, de l'avant-projet sera également prévue pour les distributeurs de services.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Bernard BLERO