

N^{os} 397305, 397309
Société MK2 QUAI DE SEINE
et autres

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 29 novembre 2017
Lecture du 15 décembre 2017

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Mécontent d'avoir vu le label « art et essai » retiré à deux des salles de son réseau, le dirigeant de MK2 a déclaré en 2015 la guerre au dispositif d'aides servies par le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), qu'il a publiquement qualifié dans la presse d'opaque et obsolète. Ces deux dossiers, que vous joindrez, sont le volet contentieux de cette guerre ouverte : les sociétés MK2 vous y demandent rien de moins que l'abrogation des dispositions de dix articles du règlement général des aides financières du CNC (n° 397305) et de six articles du code du cinéma et de l'image animée (n° 397309). Chacune des deux requêtes reprend les accusations d'opacité d'une part, d'obsolescence d'autre part, puisque dans chacune, un premier groupe de moyens est consacré à la méconnaissance du principe d'impartialité qui caractériserait le mécanisme de sélection des salles aidées, et un second est dirigé contre les critères d'attribution jugés inadaptés.

1. Nous proposons de vous mettre en jambes avec les moyens, plutôt plus simples, dirigés contre les articles du code, avant de vous attaquer aux moyens dirigés contre le règlement général, à la fois plus touffus et plus fondés.

Les articles du code dont l'abrogation est demandée (art. D. 210-5¹, D. 212-90² et D. 212-94 à D. 212-97³) sont ceux qui décrivent, respectivement, la procédure d'établissement de la liste des œuvres cinématographiques d'art et d'essai, la procédure de classement des établissements d'art et d'essai et les instances consultatives consultées – des professionnels du cinéma et du secteur culturel pour les films et la commission du cinéma d'art et d'essai consultée dans les deux cas. En ligne de mire de cette contestation se trouve l'attribution d'une aide dit sélective (par opposition aux aides dites automatiques), attribuée aux cinémas classés établissements d'art et d'essai en fonction d'une batterie de critères dont, bien entendu, la proportion dans sa programmation de films d'art et d'essai. Les deux classements contestés conditionnent donc l'attribution et le montant de l'aide.

¹ « La liste des œuvres cinématographiques d'art et d'essai est établie par décision du président du Centre national du cinéma et de l'image animée après consultation de professionnels du cinéma et de personnalités du secteur culturel. »

² « Le classement des établissements de spectacles cinématographiques en tant qu'établissements d'art et d'essai est effectué chaque année, sur demande des exploitants, par le président du Centre national du cinéma et de l'image animée, après avis de la commission du cinéma d'art et d'essai prévue à l'article D. 212-94 (...). »

³ Composition de la commission du cinéma d'art et d'essai.

1.1. Le premier groupe de moyens est tiré de l'impartialité structurelle qui caractériserait les instances consultatives, et qui contaminerait l'ensemble du dispositif compte tenu de l'avis qu'elles sont amenées à donner sur les deux classements précédemment évoqués. La composition de la commission est posée par les articles D. 212-94 à D. 212-97 litigieux et qui, pour l'essentiel, disposent que la commission est composée de trois membres de droit représentant l'Etat (représentants des ministres chargés de la culture, de l'économie et de la jeunesse), huit membres représentant les professionnels du cinéma, un expert de la région concernée, un membre représentant la critique et une personnalité qualifiée. Ils précisent qu'à l'exception des experts des régions nommés pour un an, les autres le sont par le président du CNC, et s'agissant des représentants du cinéma après avis des organisations professionnelles représentatives, pour un mandat de trois ans renouvelable. Bref, ils fixent la composition de la commission, l'autorité de nomination des membres et la durée de leur mandat. Ces trois composantes sont taxées de méconnaître l'impartialité.

La première branche de l'argumentation vise la composition. MK2 fait valoir que parmi les professionnels du cinéma et les personnalités qualifiées, comme parmi les professionnels peuvent figurer des concurrents directs ou indirects des établissements dont la candidature à l'aide est examinée, ou des professionnels liés aux films susceptibles de rendre éligible à l'aide. Malgré les récriminations du CNC en défense, il est difficile de ne pas admettre que ce risque existe, compte tenu de l'exiguïté du vivier dans lequel sont recrutés les professionnels.

Il faut toutefois rapporter le moyen à vos exigences en matière d'impartialité applicable aux organes administratifs. Si l'exigence d'impartialité s'y applique (v., pour les commissions consultatives, CE, 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, n° 61958, p.) en qualité de principe général du droit, elle n'y a pas la même intensité qu'en matière juridictionnelle (ou assimilée). Vous avez eu l'occasion de le théoriser récemment en Section, en refusant de transposer aux commissions administratives à caractère consultatif l'obligation, qui s'impose aux membres des juridictions et assimilées, de quitter la salle pour le cas où il estime, en raison d'un conflit d'intérêt, devoir s'abstenir de siéger (CE, 22 juillet 2015, *Société Zambon France SA*, n° 361962, p.). Ainsi que le rappelaient les conclusions de Rémi Decout-Paulini, vous ne contrôlez en matière de commission consultatives non dotées de fonctions répressives que « la seule impartialité personnelle et refusez d'entrer dans le débat sur l'incidence, en tant que telle, des fonctions exercées – ce que l'on pourrait qualifier d'impartialité fonctionnelle ». Et de prendre pour exemple les décisions par lesquelles vous avez jugé que la présence au sein d'une commission consultative destinée à donner un avis, sur des nominations d'inspecteurs généraux de l'Éducation nationale de deux membres sous l'autorité desquels avait antérieurement travaillé un candidat, « ne peut être regardée, par elle-même, comme entachant d'irrégularité la délibération de cette commission » (CE, 15 novembre 2000, *M. C...*, n° 206572), ou encore que le principe d'impartialité administrative ne fait obstacle ni à ce que des membres représentant une profession délibèrent sur les dossiers touchant les intérêts généraux de cette profession (CE, 3 août 2011, *Syndicat national des installateurs en radiocommunications*, n° 337740, T. p.), ni à ce que des fonctionnaires placés sous l'autorité du ministre de l'intérieur siègent au sein de la commission du titre de séjour (CE, 8 avril 2013, *M. R...*, n° 364558, T. p.). La seule configuration dans laquelle vous disqualifiez la composition d'une commission consultative sur le fondement d'un élément objectif est le cas des relations familiales entre un membre et une partie prenante : mais ce n'est donc qu'au cas par cas, et en raison de la nature très particulière de ce lien.

Votre jurisprudence, qui tend à préserver pour les commissions consultatives la possibilité de faire appel à des experts même dans les milieux resserrés, sans les disqualifier préventivement pour des motifs fonctionnels, doit donc vous conduire à répondre à MK2 que l'appartenance au milieu du cinéma des professionnels consultés sur l'attribution des aides n'est pas par elle-même de nature à méconnaître le principe d'impartialité.

La deuxième branche du moyen vise le caractère renouvelable des mandats, combiné à la possibilité de siéger successivement au sein de la commission en qualité de représentants du cinéma et/ou de personnalité qualifiée. Selon MK2, alors que le caractère déjà microcosmique du vivier justifierait des changements d'air réguliers, il y aurait là de quoi favoriser les rentes et accentuer la consanguinité. Compte tenu toutefois de ce que nous vous avons dit de la consistance du principe d'impartialité appliqué aux commissions consultatives, il ne nous semble pas possible de faire à des dispositions générales et abstraites un procès sur le terrain d'atteintes à l'impartialité hypothétiques et indirectes. Là encore, ce n'est que si le cas particulier du parcours d'un membre faisait apparaître un conflit d'intérêts patent que le juge pourrait intervenir.

Même chose pour **la troisième branche, tirée de ce qu'aucune disposition n'empêche le président du CNC de choisir les professionnels consultés sur le classement des œuvres parmi les membres de la commission consultative.** D'abord, nous doutons que l'impartialité fasse nécessairement obstacle à ce qu'une même personne se prononce à titre consultatif sur les deux classements ; ensuite parce que quand bien même, il serait plus naturel alors de censurer les décisions individuelles plutôt que le texte réglementaire en tant qu'il ne prévoit par d'incompatibilité entre les deux fonctions.

Nous tenons toutefois à préciser que, dans notre esprit, cette réponse faite au stade du décret ne plie pas le match pour MK2, auquel il appartiendrait au cas par cas, s'il lui apparaissait qu'était consulté sur une décision qui le concerne un membre présentant un défaut d'impartialité personnelle (subjective), de s'en prévaloir à l'appui d'un recours contre la décision en cause. Il pourrait alors faire valoir la méconnaissance non seulement du PGD, mais encore des articles 112-6 à 112-13 du règlement général des aides financières, qui font peser sur les personnalités en cause des règles de déontologie leur imposant au nom de l'impartialité à se déporter sur les délibérations « lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en est l'objet ». Le rappeler expressément dans votre décision pourrait envoyer au CNC un signal, tant les démonstrations que font les requérantes sur la probabilité de conflits au cas par cas semble plausible à la lecture du dossier (pour des précédents de censures topiques, v. CE, 12 février 2007, *Société les laboratoires Jolly-Jatel et a.*, n°s 290164 290217 290219 290331 290653, T. p. 646 sur un autre point ; CE, 11 février 2011, *Société Aquatrium*, n°s 319828 326062, p., dans un cas où le conflit repose sur des situations de concurrence).

1.2. Le second groupe de moyens, qui apparaît en réalité en filigrane de l'argumentation sur l'impartialité mais nous semble devoir faire l'objet d'un traitement distinct, est de fond et concerne deux critères d'attribution posés à l'article D. 212-90 du code du cinéma et de l'image animée pour l'attribution de l'aide aux établissements classés art et essai. C'est en lien avec l'impartialité car MK2 soutient que les critères sont si flous qu'une commission partielle peut sans difficulté les manipuler. Mais il est également soutenu qu'ils sont sans rapport avec l'objet de l'aide et c'est sur ce point que nous croyons devoir faire une réponse distincte. Il s'agit des critères, dont la commission consultative doit tenir compte, de l'existence de « politiques de fidélisation des publics » (4°) et des « conditions d'accueil et de confort » (5°) dans les salles.

Nous ne croyons pas que ces critères posent de difficulté.

Il faut d'abord savoir qu'ils ne jouent dans l'attribution de l'aide qu'un rôle secondaire. En effet, c'est au stade de l'avis consultatif donné au président du CNC par la commission, et qui est principalement fonction de la proportion de films d'art et d'essai dans la programmation, que l'article réglementaire prescrit de « tenir compte » de ces deux critères parmi un total de cinq (avec les conditions locales, les actions de promotion et les efforts de l'exploitant dans la diffusion). ??

En tout état de case, nous les croyons en rapport avec l'objectif poursuivi, à savoir l'incitation à la diffusion des œuvres d'art et d'essai. Les politiques de fidélisation des publics ont pour objet d'inciter ce dernier à la fréquentation de l'établissement dont la programmation justifie le label et donc l'aide, ce qui a bien pour effet d'augmenter statistiquement les chances d'exposition du public aux œuvres ciblées, même si l'outil n'est pas d'un parfait systématisme dans la mesure où ces œuvres n'ont pas à représenter 100% du programme. Quant au critère du confort des salles, qui rompt certes avec l'image d'Epinal du cinéma d'art et d'essai déglingué, il correspond lui aussi à une forme de valorisation de la programmation, l'idée étant d'éviter ne pas cantonner les œuvres en cause à des établissements miteux qui rebutteraient le grand public et réserveraient *de facto* la programmation aux *aficionados* les plus acharnés.

Nous proposons donc d'écarter ce moyen de fond et, dès lors, de ne pas prescrire l'abrogation des dispositions de la partie réglementaire du code attaquées.

2. Passons aux conclusions dirigées contre le refus (implicite) d'abroger des dispositions du règlement général du CNC. Comme vous le savez, l'article L. 111-2 du code, précisé par l'article D. 311-1, lui donne pour mission de soutenir « la création, la production, la distribution, la diffusion et la promotion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles et des œuvres multimédia, ainsi que la diversité des formes d'expression et de diffusion cinématographique, audiovisuelle et multimédia (...) » par l'attribution d'aides financières, dont les conditions générales d'attribution sont fixées par le conseil d'administration de l'établissement. Vous avez implicitement jugé par votre décision CE, 28 novembre 2016, *Syndicat des agences de presse audiovisuelles (SATEV)*, n° 392019, inédite) que vous étiez compétents pour connaître en premier et dernier ressort du contentieux *Alitalia* de ce règlement qui relève de la compétence réglementaire du CNC. Par ailleurs, l'intervention en cours d'instance d'une nouvelle délibération n° 2017/CA/02 du 6 avril 2017 modifiant les articles du règlement litigieux ne vous dispensera pas de vous prononcer sur le contentieux du refus de les abroger, ni ne vous imposera translation des moyens sur les dispositions modifiées, les modifications en cause n'étant applicables qu'aux demandes d'aide déposées à compter du 1^{er} septembre 2018.

2.1. Contre certaines dispositions du règlement général, c'est à **nouveau le principe d'impartialité** qui est mobilisé.

Vous n'en tirerez rien s'agissant des dispositions des articles 231-28 et 231-29 : celles-ci se bornent à reprendre les articles D.212-94 et D. 212-95 du code relatifs à la composition de la commission. Le moyen n'est donc pas vraiment opérant et en tous cas pas fondé.

Reste une contestation spécifique, dirigée contre l'article 231-30 du règlement, relatif à la composition des groupes de travail interrégionaux qui eux-mêmes formulent des recommandations que la commission est invitée à prendre en compte pour rendre ses avis. Le problème viendrait de ce que sur les 16 à 18 membres que comprennent ces comités figuraient jusqu'à cinq membres désignés par le Syndicat des cinémas d'art, de répertoire et d'essai (SCARE) (au titre du 1°) et l'Association française des cinémas d'art et d'essai (AFCAE). Or ces membres pourraient également figurer parmi les professionnels consultés sur l'établissement de la liste des films d'art et d'essai. Le résultat serait, si nous comprenons bien, qu'ils seraient amenés à inscrire sur la liste des films dont ils ont un intérêt personnel à la diffusion pour inciter les établissements à les programmer afin d'avoir une chance de décrocher une recommandation favorable. Nous n'avons pas d'hésitation pour dire que compte tenu de la faible part que prennent ces personnes dans les décisions, combinée au caractère très hypothétique du conflit d'intérêts invoqué, il n'y a aucune méconnaissance structurelle des exigences d'impartialité décrites tout à l'heure. Ce diagnostic vaut *a fortiori* pour le même moyen dirigé cette fois-ci contre l'article 232-31 du règlement, qui prévoit la présence des présidents du SCARE et de l'AFCAE au sein du comité de pilotage de la commission d'art et d'essai. L'article 231-11 du règlement permet à ce comité de proposer des ajustements annuels de modalités de calcul de l'aide à l'art et essai. Autant dire qu'il faudrait prendre son élan pour affirmer qu'un tel rôle consultatif emporte, en raison d'intérêts personnels hypothétique, un risque d'impartialité personnelle tel qu'il faudrait le censurer au niveau du règlement.

2.2. Restent alors les moyens de fond, dirigés contre les articles 231-22, 232-24 et 232-33 du règlement.

2.2.1. Le premier critique l'utilisation d'un critère à la fois pour l'attribution de deux aides sélectives - les aides à la programmation difficile (231-22) et les aides à la création et à la modernisation dans les zones insuffisamment équipées (232-33) – et pour l'application de la majoration du plafond d'avances qui peut être consenti pour les aides automatiques. Nous partageons les doutes des requérants sur sa légalité et vous proposerons donc, même si ce n'est pas totalement évident, une annulation partielle.

Le critère litigieux est celui de la taille du réseau. Il est ainsi prévu que « Pour être admis au bénéfice des aides à la programmation difficile, les exploitants d'établissements de spectacles cinématographiques » doivent « 4° Ne pas être propriétaires ou assurer l'exploitation de plus de cinquante salles de spectacles cinématographiques dans les conditions prévues à l'article 232-9⁴ », et que « Les aides à la création et à la modernisation ne sont pas attribuées aux personnes qui sont propriétaires, ou assurent l'exploitation, dans les conditions prévues à l'article 232-9, de plus de cinquante salles de spectacles cinématographiques. » De la même façon, pour les aides automatiques, « Les plafonds [d'avances] peuvent être majorés dans le cas de travaux substantiels de restructuration ou de rénovation d'établissements ainsi que dans le cas de création, à condition que le bénéficiaire ne soit pas propriétaire, directement ou dans les conditions prévues à l'article 232-9, de plus de cinquante salles de spectacles cinématographiques ». En pratique, ces dispositions ne saisissent, pour les aides sélectives, que le réseau MK2 qui, avec 65 salles, est le seul réseau important à s'être suffisamment engagé dans une programmation le rendant potentiellement éligible.

⁴ Critère de communauté d'intérêts économiques rendant possible un regroupement en circuit.

L'argumentation, développée sous l'angle de la méconnaissance du principe d'égalité, des articles 14 de la convention ESDHLF et 1^{er} de son premier protocole additionnel, et de l'erreur manifeste d'appréciation, revient à soutenir que cette exclusion ne correspond ni à une différence de situation, ni à un motif d'intérêt général, en tous cas pas en rapport avec l'objet de la norme.

L'objet de la norme, s'agissant des aides sélectives, n'est pas discutable : il s'agit, à titre de politique incitative, d'aider les exploitants d'établissements « qui maintiennent face à la concurrence une programmation difficile » et qui créent ou modernisent des cinémas dans les zones insuffisamment équipées » - il s'agit donc de récompenser le choix de programmations et localisations ingrates. A cet égard, il est difficile d'affirmer que les exploitants qui choisissent de consacrer une ou plusieurs salles à la programmation difficile ou qui renforcent leurs équipements dans les zones défavorisées se trouvent dans une situation différente, au regard de l'objectif, de celle des autres exploitants au seul motif que leur réseau est plus important.

Le CNC, dont les explications en défense sont confuses, se raccroche exclusivement à la bonne santé financière présumée des exploitants de gros réseaux. Il y aurait là à la fois une différence de situation, tenant à ce que ces exploitants n'ont pas besoin d'aides pour vivre, et un motif d'intérêt général, consistant à ne pas vider l'enveloppe pour eux.

S'agissant du motif d'intérêt général, l'argumentation est un peu courte : si l'objectif est de ne pas vider l'enveloppe en aidant tout un réseau remplissant les critères, alors un plafond d'aide par réseau ou une dégressivité de l'aide en fonction du nombre de salles aurait été autrement plus adapté qu'une exclusion pure et simple du dispositif passé le nombre de salles couperet. S'agissant de la différence de situation entre exploitants de réseaux ayant les reins solides et petits exploitants, la position du CNC est plus compréhensible, mais peine à convaincre. Outre qu'elle part d'une conjecture (un gros réseau a forcément les moyens de ses ambitions), elle revient, s'agissant de ces derniers, à faire reposer sur leur bonne volonté la réalisation des objectifs pour lesquels l'aide a été instituée à titre de politique publique. En outre, en partant de l'idée que dans un gros réseau, les fantaisies altruistes consenties sur une salle pourront être compensées par la rentabilité des autres salles, le CNC sape l'idée même qu'un réseau d'importance puisse décider de se consacrer massivement à des choix de programmation et d'implantation ingrats, à rebours de l'objectif même de l'aide. En réalité, les écritures du CNC tendent surtout à accréditer la thèse de MK2 selon laquelle la politique d'aides sélectives est désormais largement tournée vers la subvention à tout force des petits exploitants dont la survie est dépendante de l'octroi d'aides. Mais si tel est l'objectif, alors il conviendrait de revoir le règlement pour officialiser la création d'une aide aux petits exploitants plutôt que de concentrer sur eux l'ensemble des aides à vocation transversale.

Faute de différence de situation ou de motif d'intérêt général convaincant justifiant la différence de traitement radicale qui consiste à refuser totalement les aides à des exploitants concourant pourtant aux objectifs qu'elles poursuivent, nous proposons d'annuler le critère tel qu'il figure au 4^o de l'article 231-22 et à l'article 232-33. Vous poursuivrez ainsi le toilettage du règlement amorcé par votre décision *SATEV* qui censure elle aussi un critère opaque pour méconnaissance du principe d'égalité.

Nous serons plus clémentes s'agissant du même critère tel qu'il figure à l'article 232-24. A cet article, il s'agit d'exclure les exploitants de cinquante salles de la majoration des plafonds d'avances sur aides automatiques, octroyées pour des raisons de trésorerie. Pris sous

cet angle, il y a bien pour les gros réseaux une différence de situation en rapport avec l'objet de la norme, la mutualisation des salles en circuit prévue à l'article 232-9 permettant précisément de lisser la trésorerie. En outre, la différence de traitement est autrement moins violente que pour les aides sélectives : l'aide automatique reste perçue, ce sont les modalités de versement qui ne peuvent faire l'objet d'aménagements aussi favorables que pour les petits exploitants. Nous vous proposons donc, pour cet article, d'écarter le groupe de moyens.

2.2.2. Pour finir, les requérantes en reviennent aux aides à l'art et essai et critiquent l'article 231-9. Celui-ci prévoit que le montant d'aide obtenu par les exploitants dont les établissements sont classés, auxquels s'appliquent des barèmes complexes en fonction de la proportion de films, de l'implantation et du nombre de salles, est modulé à la baisse par un coefficient minorateur (il existe par ailleurs un coefficient majorateur). Or ce coefficient tient notamment compte de « 5° La qualité des informations fournies sur la situation économique et financière des établissements » et de « 9° L'existence de conditions financières pour la diffusion des bandes-annonces indiquées dans la demande » - c'est-à-dire la perception de ressources liée à la diffusion de telle bandes.

Disons tout de suite que nous ne sommes pas dupes du rapport assez tenu qu'entretiennent ces critères, contrairement aux sept autres, avec l'objet de l'aide. A cet égard, ils participent au grand flou de la procédure d'attribution des aides, un peu gênant s'agissant de subventions publiques. Si nous nous laissons finalement convaincre qu'ils ne posent pas de problème d'égalité, c'est, d'abord, parce qu'il s'agit de critères transversaux n'induisant pas d'effet de seuil injustifié comme c'était le cas du couperet des cinquante salles. Ensuite, s'agissant des informations fournies sur la situation économique et financière, même s'il n'est pas certain qu'elles ne servent qu'à y apprécier la part de l'art et essai, il reste qu'elles peuvent y contribuer, sans compter qu'il s'agit d'un critère à la main des exploitants qui n'ont aucun motif de ne pas fournir ces informations. S'agissant des bandes-annonces, les dernières explications du CNC laissent entendre que le critère permettrait de pénaliser les cinémas qui diffusent des bandes-annonces généralistes plutôt que de consacrer le temps de diffusion correspondant à la promotion des films d'art et d'essai. Enfin, la différence de traitement qui résulte de l'application de ces critères, parmi d'autres, dans le coefficient minorateur est relativement ténue. Pour les mêmes motifs, nous pensons difficile de dire qu'il y a dans le choix des critères une erreur manifeste d'appréciation. C'est pourquoi nous vous proposons, avec une petite hésitation tout de même, de ne pas censurer, mais alors moyennant au moins une explication de texte quant à l'objet du critère sur les bandes annonces, qui vaudra réserve d'interprétation au moment de juger de son maniement.

PCMNC – Annulation du 4° de l'article 231-22 et à l'article 232-33, rejet du surplus des conclusions d'annulation. Pour ce qui est des frais irrépétibles, vous pourrez renvoyer les parties dos à dos en les condamnant chacune à verser 1 500 euros à l'autre – à MK2 sous le n° 397305, au CNC sous le numéro 397309.