



Cour III
C-4345/2012

Arrêt du 3 juillet 2013

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Elena Avenati-Carpani, Daniel Stufetti, juges,
Valérie Humbert, greffière.

Parties

F_____ SA,
représentée par Maître Mauro Poggia,
recourante,

contre

Département fédéral de l'intérieur DFI, Inselgasse 1,
3003 Berne,
autorité inférieure

Office fédéral de la culture OFC, Hallwylstrasse 15,
3003 Berne,
première instance.

Objet

Encouragement du cinéma (décision du 19 juin 2012).

Faits :**A.**

F_____SA est une société anonyme inscrite au registre de commerce du canton de Genève depuis le (...) 2004 avec pour but la production, le commerce et l'exploitation de films, le développement et le commerce de leurs projets; l'acquisition, la participation, la réalisation, l'exploitation et vente de biens immobiliers exclusivement à l'étranger; la prise de participations, à l'exclusion de toute participation dans des sociétés possédant des immeubles en Suisse.

B.

B.a Le 7 avril 2011, F_____SA a déposé auprès de l'Office fédéral de la culture (OFC) une demande de contribution à la réalisation d'un film de fiction intitulé (xxx) pour 600'000 francs.

B.b Le 19 mai 2011, l'OFC a informé F_____SA que sa demande ne serait pas transmise aux experts du collège "Fiction", motif pris que le dossier de production ne répondait pas aux exigences de professionnalisme exigées pour une coproduction multilatérale. L'OFC donnait à F_____SA la possibilité de demander la notification d'une décision motivée dans les 30 jours.

B.c Après plusieurs échanges de courriers et une rencontre le 30 juin 2011 avec le responsable de l'encouragement sélectif à l'OFC, F_____SA, par l'entremise de son avocat, a sollicité de l'OFC le 20 septembre 2011 une décision motivée afin de pouvoir former recours et faire constater le préjudice qu'elle aurait subi.

B.d Par décision du 3 octobre 2011 adressée à F_____SA à défaut d'une procuration produite par l'avocat, l'OFC a refusé d'entrer en matière sur la demande d'aide à la réalisation du film (xxx) du 7 avril 2011. En substance, l'OFC motivait son refus par le fait qu'il ressortait du plan de financement que l'apport de deux pays (sur quatre) était inférieur au minimum de 10% requis par l'accord régissant ce type de coproduction internationale multipartite, soit la Convention européenne du 2 octobre 1992 sur la coproduction cinématographique (la Convention européenne; RS 0.443.2), et que la structure de coproduction était déséquilibrée et ne correspondait pas aux exigences de l'art. 8 de la Convention européenne ni à celui de l'art. 8 de l'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur du 2 décembre 2002 sur l'encouragement du cinéma (OECin; RS 443.113). L'OFC relevait aussi d'autres lacunes de la requête.

C.

C.a Par acte du 1^{er} novembre 2011, F_____SA, représentée par son avocat, a recouru auprès du Département fédéral de l'intérieur (DFI) contre la décision de non-entrée en matière de l'OFC, concluant sous suite de dépens à son annulation et au renvoi de la cause à l'OFC afin qu'il statue sur sa demande. Elle expliquait préalablement n'avoir pas déposé une nouvelle demande parce que le tournage devait impérativement débiter en été 2011. A l'appui de ses conclusions, F_____SA soutenait que le principe de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire, consacrés aux art. 8 al. 1 et 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), dictaient que l'administration fixât un nouveau délai pour compléter une requête lacunaire, à moins que celle-ci soit manifestement infondée. Elle estimait qu'il était contraire aux règles de la bonne foi que l'OFC ait conservé une demande soi-disant incomplète pendant six semaines avant de réagir par une non-entrée en matière quelques jours avant que le collège d'experts se réunisse. Pour le surplus, F_____SA répondait à chacun des défauts et lacunes de sa demande pointés par l'OFC.

C.b Dans sa réponse du 9 février 2012, l'OFC a conclu au rejet du recours. Il exposait que ce n'est qu'en cas d'insuffisance mineure que le dossier peut être retourné en vu d'être complété (art. 20 al. 1 OECin). En cas d'insuffisance majeure ou de non-respect des conditions énumérés à l'al. 2, il peut rejeter la demande sans entrer en matière (art. 20 al. 4 OECin). En l'espèce, les différentes insuffisances conjuguées à l'absence de justificatifs attestant le professionnalisme de la requérante (art. 3 al. 1 OECin) justifiaient la non-entrée en matière. L'OFC reprenait également point par point les lacunes et défauts de la demande, dont il admettait que certaines étaient mineures et auraient pu être corrigées, mais que dans l'ensemble la demande n'était pas recevable.

C.c Par réplique du 14 mars 2012, tout en reprenant les points litigieux de sa demande initiale, F_____SA a critiqué la gestion du dossier par l'OFC ainsi que sa politique d'octroi de subvention. S'agissant du reproche au sujet de son professionnalisme, elle remarque qu'il est infondé puisque le film a malgré tout été produit avec un rôle réduit pour la Suisse et se trouve actuellement au stade du montage. Elle persiste pour le reste dans l'entier de ses conclusions.

C.d Dans sa duplique du 13 avril 2012, l'OFC a indiqué modifier ses conclusions du 9 février 2012 dans le sens qu'il propose, sous suite de

frais, de ne pas entrer en matière sur le recours, éventuellement de le rejeter. Selon lui, du moment que le film a malgré tout été produit comme il ressort de la réplique de la recourante, sans autorisation de tournage anticipé, et que l'octroi après coup d'une aide financière n'est pas possible, l'intérêt au recours a disparu et il ne peut être entré en matière.

C.e Sans y être invitée, F_____SA a déposé sa triplique le 22 mai 2012 par laquelle elle reconnaît que le film a été produit mais qu'elle a toujours un intérêt à ce que la question qui peut se représenter en tout temps soit tranchée. Sa position a été envoyée à l'OFC le 29 mai 2012.

C.f Par décision sur recours du 19 juin 2012, le DFI a rejeté le recours de F_____SA. S'agissant des motifs de non-entrée en matière avancés par l'OFC, le DFI remarque en substance que ceux-ci ne violent pas le droit fédéral et ne traduisent pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. La décision querellée ne peut être qualifiée d'arbitraire et ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits.

D.

D.a Par acte du 20 août 2012, F_____SA, dûment représentée, interjette recours par devant le Tribunal administratif fédéral à l'encontre de la décision du DFI dont elle conclut, sous suite de dépens, à l'annulation et principalement au constat que l'OFC avait l'obligation d'entrer en matière sur la demande de contribution du 7 avril 2011, subsidiairement au renvoi de la cause au DFI pour fixer la suite de la procédure. A l'appui de ses conclusions, la recourante prétend notamment que le DFI s'est mépris sur la portée du principe de la bonne foi et que l'inaction de l'OFC jusqu'au 19 mai 2011 lui a laissé croire que son dossier était complet. Elle se plaint d'une inégalité de traitement qu'elle admet ne pouvoir prouver. S'agissant des participations financières turques et françaises qui n'atteignent chacune que 9,95 % du total, au lieu des 10% requis par la convention européenne, la recourante soutient que la différence s'explique par le taux de change et que les contrats signés avec les sociétés françaises et turques indiquent bien une participation de 10%. Elle conteste l'appréciation que fait l'autorité inférieure du calcul du nombre de postes artistiques et techniques suisses qui seraient selon elle proportionnels à la participation financière suisse de 65% ainsi que l'art. 8 al. 1 OECin l'exige. La recourante critique également le point de vue de l'autorité – à son avis dépourvu de base légale claire – selon lequel, dans l'établissement du budget, seules les dépenses des coproducteurs suisses pour les collaborateurs suisses doivent être prises en compte.

D.b Par ordonnance du 29 août 2012, le Tribunal administratif fédéral invite la recourante à s'acquitter d'une avance de 1'500 francs sur les frais de procédure présumés, ce qui fut fait dans le délai imparti.

D.c Dans sa réponse au recours du 26 octobre 2012, l'autorité inférieure dit maintenir intégralement les considérants de sa décision et conclut en conséquence au rejet du recours. Par ordonnance du 31 octobre 2012, le Tribunal administratif fédéral porte à la connaissance de la recourante la réponse du DFI.

Droit

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. L'acte attaqué étant une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let c PA, le DFI – qui a correctement exposé les règles justifiant sa compétence nonobstant l'abrogation au 1^{er} janvier 2012 de l'art. 32 al. 2 de la loi du 14 décembre 2001 fédérale sur la culture et la production cinématographiques (LCin, RS 443.1) – étant une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF et aucune des exceptions de l'art. 32 LTAF n'étant pertinente en l'espèce, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître de la présente cause.

1.2

1.2.1 Selon l'art. 48 PA, quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privée de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, a qualité pour recourir.

Cette condition n'est remplie que pour autant que la recourante possède encore au moment où le jugement est rendu un intérêt actuel et pratique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. Cet intérêt doit exister tant au moment du dépôt qu'à celui où l'arrêt est rendu. Tel n'est pas le cas lorsque le préjudice découlant de la décision attaquée ne peut plus être supprimé même en cas d'admission du recours (cf. ATF 137 I 296 consid. 4.2, ATF 137 II 40 consid. 2, ATF 136 II 101 consid. 3; PIERRE

MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2011, p. 748, VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Praxiskommentar VwVG], Zurich/Bâle/Genève 2009, n°15 ad art. 48, ISABELLE HÄNER in : Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Kommentar VwVG], Zurich/Saint-Gall 2008, n° 21 ad art. 48). En d'autres termes, l'intérêt digne de protection consiste, sous cet aspect, en l'utilité pratique que le succès du recours constituerait pour le recourant (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 351). Cet intérêt pratique ne saurait résider dans la résolution purement théorique de la question litigieuse (ATF 123 II 285 consid. 4)

1.2.2 La jurisprudence admet qu'il se justifie, malgré le défaut d'intérêt actuel, d'examiner le recours au fond lorsque, cumulativement, la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues; que sa nature ne permet pas de la soumettre aux autorités de recours successives avant qu'elle ne perde son actualité et qu'en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (cf. ATF 136 II 101 consid. 1.1, ATF 135 I 79 consid. 1.1, ATF 131 II 670 consid. 1.2).

1.3 Le recours a été déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 50 et 52 PA). L'avance de frais a été acquittée dans le délai imparti.

2.

2.1 En vertu de l'art. 25 al. 2 PA, une demande en constatation est recevable si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection. Selon la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision de constatation, au sens des art. 5 al. 1 let. b et 25 PA, que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (ATF 137 II 199, consid. 6.4, ATF 130 V 388 consid. 2.3, ATF 129 V 289 consid. 2.1, ATF 126 II 300 consid. 2c; cf. également ATAF 2010/12 consid. 2.3 et les réf. cit.). Il s'ensuit que l'intérêt digne de protection requis fait défaut, en règle générale, lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore; en ce sens, le droit

d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (ATF 129 V 289 consid. 2.1, ATF 125 V 21 consid. 1b; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1360/2009 du 11 mai 2010 consid. 3.1; cf. également THIERRY TANKEREL, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, n. marg 818ss).

2.2 Les conclusions de la recourante devant le Tribunal administratif fédéral consistent, après annulation de la décision du DFI, principalement, à constater que l'OFC avait l'obligation d'entrer en matière et, subsidiairement, à renvoyer la cause au DFI pour fixer la suite de la procédure. Du fait que le tournage du film s'est entre-temps achevé, la recourante ne conclut plus à l'octroi d'une subvention. En la substance, les conclusions de la recourante constituent une demande de décision en constatation. A la lumière de la jurisprudence ci-dessus, ces conclusions seraient en principe irrecevables, car un intérêt digne de protection ne semble pas prouvé. Du reste, l'autorité inférieure a rendu une décision formatrice et non une décision en constatation au sens des art. 5 al. 2 let. b et 25 PA, ce qui exclut de toute façon le droit d'obtenir une décision en constatation. Toutefois, même s'il fallait interpréter ces conclusions comme des griefs qui pourraient justifier l'annulation de la décision litigieuse (donc pas seulement comme une demande en constatation), le recours devrait être rejeté pour les motifs développés dans les considérants suivants.

3.

3.1 Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, op. cit., ch. 2.2.6.5, p. 300). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal administratif fédéral définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12 PA). En particulier, le Tribunal administratif fédéral examine d'office les conditions formelles de validité et de régularité de la procédure, soit également le point de savoir si c'est à juste titre que l'autorité inférieure est entrée en matière sur une requête. Lorsque l'autorité de première instance a ignoré qu'une condition mise à l'examen du fond du litige faisait défaut et a statué sur le fond, c'est un motif pour le tribunal, saisi de l'affaire, d'annuler d'office la décision en question (cf. ATF 127 V 29 consid. 4, ATF 122 V 320, consid. 1, ATF 120 V 29 consid. 1 et les arrêts cités).

3.2 Le droit applicable au fond est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 137 V 105 consid. 5.3.1, ATF 136 V 24 consid. 4.3). Selon la jurisprudence, le

juge n'a en principe pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 129 V 1 consid. 1.2). La décision de non entrée en matière de l'OFC a été rendue le 3 octobre 2011. Les dispositions de la loi fédérale du 11 décembre 2009 sur l'encouragement à la culture (LEC, RS 442.1), qui ont entraîné des modifications de la LCin et de l'OECin pour le 1^{er} janvier 2012, ne sont donc pas applicables au cas d'espèce, étant entendu que cette révision n'a de toute façon pas modifié les éléments déterminants pour l'issue du présent litige.

4.

4.1 L'art. 8 LCin habilite le DFI à définir les conditions à satisfaire et la procédure à suivre pour obtenir une aide financière. Sur cette base, le DFI a édicté des critères pour l'encouragement de films au chapitre 2 de l'OECin. L'art 11 OECin (dans sa version en vigueur en 2011) règle l'encouragement de la réalisation de films. Les al. 3 à 5 de cette disposition expliquent à quelles conditions une réalisation anticipée peut être requise (actuellement art. 15 OECin). La première et deuxième phrase de l'art. 11 la. 3 OECin posent le principe suivant: "Le tournage d'un film pour lequel une demande d'aide financière a été déposée ne doit pas débuter avant que la décision relative à cette demande n'ait été prise. Le non-respect de cette prescription entraîne la suppression de la contribution d'encouragement", alors que la dernière phrase de cet alinéa statue sur l'exception à cette règle: "Si le cas le justifie, l'office peut autoriser des exceptions lorsqu'une demande à cet effet a été soumise par écrit avant le début du tournage du film." L'art. 11 al. 4 OECin autorise une exception à l'exception: " Une autorisation anticipée au sens de l'al. 3 n'est pas nécessaire pour les films documentaires quand des travaux de tournage sont indispensables: (a) afin de capter des événements uniques et exceptionnels, et qui sont une partie importante du projet; (b) afin de recueillir les témoignages de protagonistes essentiels, qu'il ne serait plus possible d'obtenir ultérieurement". L'art 11 al. 5 OECin fixe la procédure à suivre pour l'al. 4.

4.2 Ce principe, qui limite l'exécution anticipée d'un ouvrage pour lequel un soutien est demandé, se retrouve à art. 26 de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (LSu, RS 616.1), aux termes duquel le requérant ne peut mettre en chantier des travaux de construction ou préparer des acquisitions d'une certaine importance que si l'aide ou l'indemnité lui a été définitivement allouée par voie de décision ou en vertu d'un contrat, que si elle lui a été accordée provisoirement ou

encore que si l'autorité compétente l'y a autorisé. L'autorité compétente peut autoriser la mise en chantier ou la préparation d'une acquisition s'il n'est pas possible d'attendre le résultat de l'examen du dossier sans de graves inconvénients. Cette autorisation ne donne aucun droit à l'aide ou à l'indemnité. Aucune prestation n'est accordée pour les travaux qui ont été mis en chantier et les acquisitions préparées sans autorisation. L'autorité compétente, toutefois, peut allouer une prestation au requérant en matière d'indemnité si les circonstances le justifient."

La LSu s'applique à toutes les aides financières et indemnités prévues par le droit fédéral. Toutefois, son chapitre 3 (qui intègre l'art. 26) est applicable sauf dispositions contraires d'autres lois ou arrêtés fédéraux de portée générale (cf. art. 2 LSu).

4.3

4.3.1 Il résulte de ces dispositions que sauf autorisation expresse de tournage anticipé, pour les films de fiction, il n'est pas possible de recevoir une aide rétroactive (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2531/2010 du 15 mars 2010 consid. 6.2.1). Or en l'espèce, le film dont la recourante demande une subvention est une œuvre de fiction pour laquelle l'exception prévue à l'art. 11 al. 4 OECin n'entre pas en considération. Aucune demande de tournage anticipé au sens de l'art. 11 al. 3 OECin, bien que nécessaire, n'a été déposée. En outre, la recourante a affirmé à plusieurs reprises que la production a pu être bouclée nonobstant la décision de non-entrée en matière de l'OFC et qu'elle a entrepris et conclu le tournage. En conséquence, aucune subvention ne peut plus être allouée, que les insuffisances de la requête initiale à l'origine de la non-entrée en matière de l'OFC soient mineures ou majeures (cf. art. 20 OECin). Ainsi, la recourante a perdu tout intérêt pratique à recourir, puisque l'admission du recours ne serait pas de nature à réparer le préjudice qu'elle aurait subi et que l'intérêt qui subsiste est purement théorique. Vu que le tournage a débuté déjà avant la date de la décision du 19 juin 2012, le DFI n'aurait pas dû entrer en matière sur le recours contre la décision de l'OFC mais le déclarer irrecevable (pour deux exemples, voir les arrêts du Tribunal administratif fédéral C-2531/2010 déjà cité et C-4560/2008 du 17 décembre 2009).

4.3.2 Dans sa triplique du 22 mai 2012 produite dans la procédure de recours devant l'autorité inférieure, la recourante affirme que le fait que le film ait pu être produit ne la prive pas de l'intérêt digne de protection. Selon elle, une situation identique peut se reproduire indéfiniment et les pro-

jets refusés seraient soit abandonnés, soit malgré tout réalisés et l'OFC échapperait à tout contrôle. Il s'agit là de supputations générales sans fondement, la recourante n'avançant aucun élément concret qui justifie ses allégations. L'hypothèse formulée par la recourante ne suffit pas encore à prouver un intérêt au prononcé d'une décision sur une aide financière qu'elle n'est de toute façon plus en mesure d'obtenir.

4.3.3 De surcroît, il sied de préciser que passé le stade de l'examen formel, rien ne dit que le projet de la recourante aurait reçu l'approbation de la commission d'experts. Le préjudice subi est donc à ce stade très virtuel. Or, il revient au producteur d'établir un calendrier réaliste pour la réalisation du film, intégrant la possibilité de devoir présenter une nouvelle fois la demande (art. 28 al. 3 OECin), ce d'autant plus que l'aide sélective n'est pas un droit (voir ci-dessous consid. 6). Finalement, si la recourante estime que l'OFC exécute de manière insatisfaisante les tâches que la législation sur le cinéma lui attribue, il lui revient d'agir par la voie de l'art. 71 PA, pour laquelle la Cour de céans n'a aucune compétence (cf. arrêt C-2531/2008 déjà cité consid. 8).

4.4 Au vu de ce qui précède, il convient de rejeter, dans la mesure où il est recevable (cf. consid. 2.2 ci-dessus), le recours du 20 août 2012 et de réformer le chiffre 1 du dispositif de la décision attaquée du 19 juin 2012 dans le sens qu'il n'est pas, faute d'intérêt actuel et pratique, entré en matière sur le recours de F_____ SA.

5.

5.1 Le recours étant rejeté, la recourante devra s'acquitter de l'émolument judiciaire relatif à la procédure fédérale et fixé, compte tenu de l'ampleur et de la difficulté de la cause à 1'500 francs (art. 63 al. 1 et al. 5 PA en relation avec l'art. 16 al. 1 let. a LTAF ainsi que les art. 1 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Cet émolument est compensé par l'avance de frais déjà versée de 1'500 francs.

5.2 Au vu de l'issue de la procédure, il n'est pas alloué de dépens (art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*)

6.

Selon l'art. 83 let. k de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), le recours est irrecevable en matière de subventions auxquelles la législation ne donne pas un droit. L'aide financière pour la réali-

sation d'un film selon l'art. a11 OECin ne constitue pas un droit. Le présent jugement tombe donc sous l'exception de l'art. 83 let. k LTF. Partant, il est définitif faute de pouvoir être entrepris devant le Tribunal fédéral.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Dans la mesure où il est recevable, le recours est rejeté et le chiffre 1 du dispositif de la décision sur recours du Département fédéral de l'intérieur du 19 juin 2012 est réformé dans le sens que le recours par devant lui de F_____ SA est irrecevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 1'500 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de 1'500 francs.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ; acte judiciaire)
- à l'autorité de première instance

Le président du collège :

La greffière :

Francesco Parrino

Valérie Humbert

Expédition :