



Avis n° 03-A-08 du 26 mai 2003
relatif à une demande d'avis complémentaire
du ministre de la culture et de la communication et de la ministre déléguée à l'industrie
concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 16 mai 2003 sous le numéro 03/0034 A, par laquelle le ministre de la culture et de la communication et la ministre déléguée à l'industrie ont saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 22 mai 2003 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Observations liminaires

1. Le ministre de la culture et de la communication et la ministre déléguée à l'industrie ont saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'un projet de loi relatif aux communications électroniques. Saisi d'une version antérieure de ce projet le 1^{er} avril 2003, le Conseil a rendu un avis n° 03-A-07 du 21 mai 2003. Dans le cadre du présent avis, le Conseil se propose d'examiner les dispositions complémentaires qui, aux termes du projet de loi, viseraient à confier au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) de nouveaux pouvoirs de "*régulation économique*". Les dispositions relatives au développement des télévisions locales et au déploiement de la télévision numérique terrestre n'appellent pas, quant à elles, de commentaire particulier de la part du Conseil.
2. Le Conseil entend souligner, ainsi qu'il l'a déjà fait, à plusieurs occasions, notamment dans son avis n° 99-A-07 du 6 avril 1999 relatif à la modification de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dans sa réponse à la consultation publique organisée le 31 juillet 2002 par les ministres saisissants et dans son avis n° 03-A-07 sus-mentionné, ***l'intérêt de clarifier l'articulation entre régulation audiovisuelle et droit de la concurrence sur le modèle des règles qui régissent les relations entre régulation des télécommunications et droit de la concurrence.***
3. La régulation des télécommunications a, en effet, bénéficié, vis-à-vis de l'objectif de concurrence, d'une vision particulièrement claire et efficace de la part du législateur. Partant d'une situation dans laquelle l'opérateur historique exerçait la plupart des activités du secteur en position de monopole, le ministre chargé des télécommunications et l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) se sont vu confier, par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, la mission de favoriser l'ouverture du secteur à la concurrence par le biais d'un dispositif de régulation ex ante inspiré des principes

du droit de la concurrence et dans le cadre duquel le Conseil est consulté de façon systématique (art. L. 36-7 (7°) et L. 33-1 (II) du code des postes et télécommunications). Mais la loi a également prévu (art. L. 36-10 du même code) des mécanismes de saisine et de consultation réciproques de portée plus générale, qui ont permis qu'une collaboration harmonieuse s'instaure entre l'ART et le Conseil de la concurrence. En particulier, afin que le pouvoir de règlement des différends en matière d'accès et d'interconnexion attribué à l'ART s'applique sans préjudice des dispositions du livre IV du code de commerce, son président *"saisit le Conseil de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des télécommunications"*.

4. Les multiples modifications apportées à la loi n° 86-1067 n'ont pu, en revanche, totalement lever les ambiguïtés apparues dès 1986 en matière de régulation audiovisuelle, en ce qui concerne la nécessaire distinction à établir entre objectif de pluralisme et objectif de concurrence.
5. Pourtant, dans sa décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 (loi relative à la liberté de communication), le Conseil constitutionnel a considéré *"que le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle (...) qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions, ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché"*. En particulier, *"si les dispositions de l'article 17 de la loi, de même que celles de l'article 41 permettent de lutter contre l'abus de position dominante dans le domaine de la communication, cette circonstance ne saurait, à elle seule, assurer le respect de l'objectif constitutionnel de pluralisme"*.
6. En effet, comme le rappelait le Conseil dans sa réponse à la consultation publique sus-mentionnée, dans la mesure où il est souhaitable, du point de vue de la concurrence, de garantir une pluralité suffisante de l'offre de contenus par des agents indépendants sur un plan économique, l'objectif de concurrence peut rejoindre, dans le secteur de l'audiovisuel, l'objectif de pluralisme. De manière constante, le Conseil a ainsi reconnu le droit d'un distributeur de services de communication audiovisuelle à choisir les éditeurs qu'il souhaite commercialiser auprès de sa clientèle, comme tout distributeur de produits ou de services vis-à-vis de ses fournisseurs. Mais, lorsque ce distributeur dispose d'une position dominante, le droit de la concurrence est susceptible de limiter cette liberté de choix en vertu des principes de transparence, d'objectivité et de non-discrimination qu'il convient alors de respecter. Lorsqu'un éditeur se trouve en situation de dépendance économique vis-à-vis d'un distributeur, des menaces de rupture injustifiée des relations commerciales peuvent également être considérées comme abusives par analogie avec des pratiques de *"déréférencement généralisé"*. Pour autant, la portée du droit de la concurrence est définie par ses missions de répression des pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des opérations de concentration ; elle est donc limitée à des enjeux essentiellement économiques.
7. Dans le même esprit, le CSA soulignait, dans son rapport effectué à la demande de la commission des Finances du Sénat et publié en août 1997 (la télévision à péage en France, les risques de position dominante, page 90) : *"il est frappant de constater que la Cour de Justice des Communautés européennes, lorsqu'elle applique un droit économique, parle de "consommateur" et non de "téléspectateur". Toute la différence entre le respect du pluralisme et le libre jeu de la concurrence se résout dans cette différence sémantique. A un droit de nature économique (...) le droit de l'audiovisuel emporte des particularités liées soit à une*

problématique culturelle, soit à la sauvegarde du pluralisme (...) Ainsi, un opérateur pourra contrevenir au droit de la concurrence tout en offrant une offre pluraliste de programmes au téléspectateur. A l'inverse, une parfaite concurrence entre opérateurs ne garantira pas nécessairement une offre pluraliste de programmes."

8. Autrement dit, les règles de concurrence visent à encadrer la compétition économique tandis que la régulation audiovisuelle vise à encadrer une compétition que l'on pourrait qualifier d'éditoriale ou de culturelle. Ces deux perspectives, de concurrence et de pluralisme, loin d'être antagonistes, doivent être mises en œuvre de façon complémentaire. Certes, dans le secteur des télécommunications, le législateur a doté le régulateur d'un pouvoir d'intervention économique par le biais d'un dispositif de régulation ex ante. Mais ce dispositif est destiné à accompagner la transition du secteur vers la pleine concurrence. Or, contrairement au secteur des télécommunications, le secteur de l'audiovisuel ne s'est pas ouvert à la concurrence aux dépens d'un opérateur historique. ***C'est pourquoi les problèmes de concurrence susceptibles d'apparaître dans ce secteur ne nécessitent pas l'instauration d'une régulation économique spécifique. En revanche, dans la mesure où le libre jeu du marché, même encadré par le droit de la concurrence, peut s'avérer insuffisant à la réalisation des objectifs d'intérêt général propres à la régulation audiovisuelle, le dispositif sectoriel pourra être renforcé.*** En particulier, le CSA, plutôt que de veiller "à favoriser la libre concurrence" (article 43 du projet de loi), pourrait disposer d'un pouvoir de règlement des litiges visant à garantir le respect du pluralisme, comme le Conseil l'avait proposé dans sa réponse à la consultation publique sus-mentionnée. Relevant d'un objectif propre, ce pouvoir s'appliquerait sans préjudice des dispositions du livre IV du code de commerce, comme c'est désormais le cas, depuis l'adoption de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000, du dispositif sectoriel en matière de concentration vis-à-vis du titre III de ce livre. Sur le modèle des relations entre le Conseil de la concurrence et l'ART, il conviendrait, en outre, de compléter les mécanismes de consultation et de saisine réciproques entre le Conseil et le CSA afin que chaque autorité puisse bénéficier de l'expertise de l'autre dans le respect de ses compétences propres.

Sur les dispositions introduites par le projet de loi

9. Dans son exposé des motifs, le projet de loi propose d'étendre les pouvoirs du CSA "en matière de régulation économique dans le secteur de l'audiovisuel. Il vise à confier au Conseil des pouvoirs de règlement des litiges entre éditeurs et distributeurs de services en cas d'atteinte à la concurrence ou aux principes fondateurs de la loi du 30 septembre 1986". Loin de distinguer clairement la régulation économique de la régulation sectorielle, cette formulation conduit le projet de loi à proposer d'instituer des règles de concurrence propres au secteur de l'audiovisuel. Il convient de rappeler qu'une telle approche, initialement retenue par la loi du 30 septembre 1986, fut écartée par la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 créant le CSA, prenant ainsi acte de l'institution, par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, d'une autorité de compétence générale en matière de concurrence. ***Depuis lors, il a été pleinement démontré, dans le secteur des télécommunications, mais aussi de l'énergie, que régulation sectorielle et régulation économique de droit commun pouvaient harmonieusement coexister à condition, d'une part, que la première soit mise en œuvre sans préjudice de la seconde et, d'autre part, que soient institués des mécanismes de coopération entre autorités sectorielles et autorité de la concurrence.*** Plus encore, cette double condition s'avère indispensable, comme le rappelait le Conseil dans son avis n° 03-A-07 sus-mentionné, à garantir l'efficacité et la sécurité juridique du dispositif. Il convient donc de mettre fin à la confusion trop longtemps entretenue, dans le secteur de l'audiovisuel, entre compétition économique et compétition éditoriale, entre objectif de concurrence et objectif de pluralisme, entre régulation économique et régulation audiovisuelle.

10. En premier lieu, aux termes du projet de loi (art. 50), le III de l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 permet au CSA de connaître de tout litige "*relatif aux refus opposés à la distribution d'un service de télévision, aux désaccords sur la conclusion ou l'exécution d'un contrat de distribution, aux conditions de commercialisation du service ou aux obligations résultants des dispositions de l'article 95*", ou encore de tout litige "*portant sur les conditions techniques et financières relatives à la mise à disposition du public de services de télévision par voie hertzienne terrestre en mode numérique*". Ces dispositions, particulièrement larges quant à leur champ et imprécises quant aux objectifs poursuivis, devront être spécifiées en ce qui concerne les obligations dont les décisions du CSA, prises pour leur application, visent à assurer le respect.
11. Dès lors qu'il s'agit d'un pouvoir de règlement des litiges, il conviendrait que les obligations visées ne puissent aller au-delà des règles sectorielles régissant les relations entre les différents intervenants susceptibles de saisir le CSA (éditeurs, distributeurs et personnes mentionnées à l'article 95), de même que le pouvoir de règlement des différends, prévu à l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications en matière d'accès et d'interconnexion, renvoie aux obligations spécifiées à l'article L. 34-8 du même code. Le Conseil souhaite attirer l'attention du Gouvernement sur le fait que toute autre approche pourrait conduire le CSA à se substituer au juge de droit commun.
12. En l'occurrence ces obligations sont, d'une part, celles qui figurent aux articles 30-3 et 95 de la loi n° 86-1067 et, d'autre part, celles que le projet de loi propose d'introduire au deuxième alinéa du I de l'article 17-1 : les relations contractuelles entre éditeurs et distributeurs de services doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires et ne peuvent porter atteinte aux missions de service public des sociétés nationales de programme et de la chaîne Arte. En revanche, les autres obligations évoquées au I de cet article, concernant les principes généraux de la loi (premier alinéa) et les conditions des offres des distributeurs de services (deuxième alinéa), qui ne visent pas directement les relations entre les différents acteurs susceptibles de saisir le CSA, ne paraissent pas pouvoir être invoquées dans le cadre de cette procédure, contrairement à ce que propose le septième alinéa du III.
13. Enfin, le Conseil s'interroge sur les raisons pour lesquelles le projet de loi prévoit que seule l'ART sera consultée par le CSA "*lorsque les faits à l'origine du litige sont susceptibles de restreindre l'offre de services de communications électroniques*" alors que de tels faits paraissent également, sinon davantage, relever du droit de la concurrence. Il paraît à cet égard préférable, si tel est bien l'objectif de cette disposition, d'instaurer une "*clause de réciprocité*" en vertu de laquelle le CSA serait tenu de consulter l'ART lorsque ses décisions "*ont un impact significatif*" sur le secteur des communications électroniques, par analogie avec la formulation retenue par le projet de loi (art. 23) pour l'article L. 36-6 du code des postes et télécommunications. A défaut, il conviendrait que le CSA soit également tenu de consulter le Conseil de la concurrence lorsque les faits à l'origine du litige sont susceptibles d'avoir un effet sur la concurrence.
14. En deuxième lieu, au terme du projet de loi (art. 43), l'article 4 de la loi n° 86-1067 confie au CSA le soin de veiller "*à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services*". S'il paraît souhaitable que le CSA prenne en compte l'objectif de concurrence dans la mise en œuvre de la régulation, la formulation retenue, consistant à faire figurer dans une même phrase une référence à l'objectif de concurrence et une mission de contrôle pouvant donner lieu à des décisions à caractère coercitif, apparaît tout à fait problématique, pour les raisons indiquées aux paragraphes 8 et 9, dans la mesure où elle suggère que le CSA pourra statuer sur une éventuelle atteinte à la concurrence dans l'exercice de son pouvoir de règlement des litiges, ce que confirme

d'ailleurs explicitement l'exposé des motifs. Il conviendrait, à ce titre, de supprimer dans cette phrase la référence à l'objectif de concurrence au profit de l'objectif qui semble, en réalité, seulement recherché, à savoir, favoriser le pluralisme des courants d'expression socioculturels. De manière générale, l'exposé des motifs devrait proscrire le terme de "régulation économique" et la référence au "cas d'atteinte à la libre concurrence" pour affirmer, au contraire, le caractère sectoriel de la régulation audiovisuelle, par référence notamment à l'objectif de pluralisme.

15. Pour autant, le CSA, de par sa connaissance des acteurs et sa grande expérience dans le secteur de l'audiovisuel, doit, en troisième lieu, rester associé à la poursuite de l'objectif de concurrence. A ce titre, il convient que le CSA, comme l'ART, puisse saisir le Conseil pour avis sur toute question de concurrence. Pour les raisons indiquées par le Conseil au paragraphe 17 de son avis n° 03-A-07 du 21 mai 2003, cet alignement de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 sur les dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications devra, en outre, s'accompagner d'un renforcement de la cohérence des procédures devant le Conseil de la concurrence par la suppression des possibilités spécifiques de saisine d'urgence par le CSA ou l'ART au profit de la procédure prévue à l'article L. 464-1 du code de commerce.
16. Enfin, il apparaît souhaitable, s'agissant de concepts qui sont au cœur de l'application du droit de la concurrence, que soit insérée, au huitième alinéa de l'article 29 de la loi n° 86-1067, une disposition par laquelle le CSA serait tenu de consulter pour avis le Conseil lorsqu'il entend prendre en compte "*la nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence*", dans le cadre de l'octroi des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Soriano, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Nasse, vice-président.

La rapporteure générale adjointe,

Valérie Michel-Amsellem

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen