



Avis n° 08-A-12 du 30 juin 2008
relatif à un projet d'amendement à l'article 27 du code de l'industrie
cinématographique portant sur les cartes de cinéma à accès illimité

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 29 mai 2008, enregistrée sous le numéro 08/0061A, par laquelle le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi le Conseil de la Concurrence d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du gouvernement et les représentants du ministère de la culture entendus lors de la séance du 25 juin 2008 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations suivantes :

1. La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi pour avis le Conseil de la concurrence d'un projet d'amendement législatif visant à modifier l'article 27 du code de l'industrie cinématographique. Cet article, relatif aux formules d'accès au cinéma donnant droit à un nombre non limité d'entrées gratuites en contrepartie d'un paiement forfaitaire mensuel, dénommées « cartes à accès illimité », est issu de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques. Il soumet les cartes de cinéma à accès illimité à un agrément préalable du directeur du Centre national de la cinématographie (CNC), instaure le principe de la rémunération des distributeurs des films par les exploitants de salle sur la base d'un prix de référence (c'est-à-dire un prix théorique retenu pour chaque entrée gratuite obtenue sur présentation de la carte) et accorde aux petits exploitants sous certaines conditions le droit de s'associer à une formule de carte émise par un grand réseau de salles de cinéma.
2. Le projet d'amendement comporte une mesure centrale qui concerne la fixation du prix de référence. Auparavant décidé unilatéralement par l'émetteur de cartes, ce prix ferait l'objet d'une négociation entre l'émetteur et les syndicats de distributeurs. En cas d'échec, une procédure de conciliation permettrait d'aboutir à la détermination d'un prix.
3. Le texte proposé est le suivant : *« les ayants droit de chaque œuvre cinématographique sont rémunérés sur la base d'un prix de référence par place et de taux de location sur lesquels s'engage l'émetteur de la formule (...). Cet engagement est pris par l'émetteur de la formule après négociation avec les syndicats de distributeurs qui doivent tenir compte de la représentation des producteurs et des ayants droit ».*
4. Les autres dispositions prévues par le projet d'amendement sont de moindre importance et consistent en des ajustements qui ne modifient pas substantiellement le dispositif actuel. Ils concernent les conditions autorisant l'accès de certains petits exploitants aux réseaux émetteurs de cartes : définition des zones de chalandise à prendre en compte et des seuils de parts de marché en cause sur ces zones. Le Conseil observe que ces dispositions reviennent à définir de quasi-positions dominantes entraînant des obligations particulières pour les émetteurs de cartes, selon des critères moins restrictifs que ceux résultant de sa pratique décisionnelle courante. Cependant, ces critères ne soulèvent pas de crainte concurrentielle significative et l'accès forcé des petits exploitants aux réseaux émetteurs pourraient être exempté au titre de l'application d'un texte particulier (alinéa 1^{er} de l'article L. 420-4 du code de commerce).
5. Avant de porter une appréciation directe sur la partie principale de l'amendement envisagé, le Conseil de la concurrence croit utile de revenir sur les raisons qui ont motivé la mise en place d'une régulation spécifique du système des cartes à accès illimité et d'indiquer les enseignements que l'on peut tirer de l'observation du fonctionnement de ce dispositif depuis sept ans. Il pourra ainsi replacer son appréciation sur le projet d'amendement dans un cadre plus large, de nature à renforcer la portée de l'avis rendu.

1. L'ÉVOLUTION DU DISPOSITIF DEPUIS SA MISE EN PLACE EN 2001

6. Les premières cartes à accès illimité ont été commercialisées, le 29 mars 2000, par la société UGC. Le lancement de ce produit nouveau a conduit plusieurs exploitants de réseaux de salles parisiennes à saisir, dès le mois de mai 2000, le Conseil de la concurrence en dénonçant un abus de position dominante et une pratique de prix abusivement bas de la société UGC, assortissant leurs plaintes de demandes de mesures conservatoires.

7. A la suite de la remise d'un rapport du médiateur du cinéma au CNC, en avril 2000, le ministre chargé de la culture a demandé à la société UGC de suspendre la commercialisation de cette nouvelle formule, ce qui a été fait dès le 9 mai 2000. La commercialisation a ensuite repris à l'été 2000 puis a été encadrée, après mai 2001, par le dispositif de régulation mis en place par la loi.
8. Pour comprendre l'ampleur des réactions suscitées à l'époque et mieux apprécier la portée des problèmes posés par ces formules de cartes à accès illimité, on pourra se reporter aux éléments présentés dans la décision n° [00-MC-13](#) du Conseil de la concurrence en date du 25 juillet 2000, relative à l'examen de la demande de mesures conservatoires, et aux analyses économiques développées dans sa décision de fond n° [04-D-10](#) du 1^{er} avril 2004.
9. On constate, en premier lieu, que le potentiel de diffusion de ces formules à accès illimité avait été initialement assez largement surestimé, ce qui a engendré des craintes injustifiées quant aux risques de déstabilisation durable du marché, aussi bien en ce qui concerne la rémunération de la filière amont des distributeurs et des ayants droit, qu'en ce qui concerne la captation des spectateurs sur le marché aval, au détriment des petits exploitants.
10. Les plaintes initiales étaient implicitement fondées sur l'hypothèse qu'aucun des mécanismes naturels d'autorégulation du marché ne serait efficace et que les cartes à accès illimité allaient largement se substituer aux autres formules, notamment celles offrant des tarifs réduits pour l'accès aux salles de cinéma. Mais l'expérience a montré que ces craintes étaient exagérées. La rationalité économique des acheteurs a joué son rôle et la demande a été limitée à celle émanant des cinéphiles les plus assidus : les détenteurs ou les acheteurs potentiels de ces abonnements se sont naturellement aperçus qu'ils n'étaient financièrement intéressants qu'en cas d'utilisation fréquente.
11. De manière symétrique, la rationalité économique des émetteurs a également joué et le prix de l'abonnement a été successivement augmenté en janvier 2001 puis en juillet 2001 pour tirer les enseignements du comportement des porteurs de cartes sur la première année de commercialisation. Ces augmentations ont joué dans le même sens, celui d'une limitation de la diffusion des formules à accès illimité.
12. L'ordre de grandeur de cette diffusion est désormais connu. La commercialisation des cartes en 2000 n'a été effective que sur une partie de l'année puisque, introduite en avril 2000, la diffusion de la carte "UGC Illimité" a été interrompue dès le mois de mai pour reprendre après l'été. Pour sa part, le « Pass » des sociétés Pathé et Gaumont n'a été lancé qu'en août 2000. Pour cette période de lancement, assimilable à un semestre plein, environ 4,5 millions d'entrées avaient été consommées par les porteurs de cartes, tous réseaux confondus. Ce démarrage correspondait, grossièrement évalué, à un niveau de 10 millions d'entrées en année pleine, ce qui pouvait représenter 5 % à 6 % des entrées au plan national.
13. En 2006, les cartes à accès illimité ont représenté 13 millions d'entrées, soit environ 8 % du nombre total d'entrées en France, cette part atteignant 10 % si l'on ne considère que les zones géographiques où sont implantées des salles acceptant les cartes, ce qui est notamment le cas de la région parisienne qui connaît une forte concentration des utilisateurs. Cette particularité explique que les abonnements à accès illimités demeurent l'objet d'un enjeu commercial significatif pour un certain nombre d'exploitants à Paris ou en proche banlieue.

14. Hormis ce phénomène de concentration géographique, il est donc frappant de constater, qu'en régime de croisière, six ans après leur lancement, les dispositifs de cartes à accès illimités connaissent un relatif plafonnement de leur diffusion et ne représentent qu'une part très minoritaire des entrées au plan national. Les craintes initiales relatives à un déséquilibre irréversible du marché étaient donc, pour l'essentiel, non fondées.
15. S'agissant en deuxième lieu de la protection des petits exploitants, on peut également constater que le dispositif de régulation mis en place par la loi de 2001 a convenablement joué son rôle puisque, au début 2008, le réseau UGC, qui compte 359 salles, accueillait 115 salles partenaires et 72 salles au titre des exploitants garantis, tandis que le réseau EuroPalace, qui compte 644 salles, accueillait 31 salles partenaires et 63 salles au titre des exploitants garantis. Ces chiffres montrent que l'ouverture consentie par les émetteurs de cartes aux exploitants indépendants a été réelle.
16. Enfin, s'agissant du prix de référence, la décision n° [04-D-10](#) précitée avait considéré que le « prix individuel » d'une entrée en salle achetée par l'intermédiaire d'un système à accès illimité est, pour un spectateur donné, égal au prix de son abonnement annuel divisé par le nombre des entrées gratuites qu'il consomme. Elle avait également indiqué que « *l'économie générale d'un système d'abonnement illimité repose sur la compensation qui peut s'opérer entre la consommation des spectateurs assidus et ceux qui le sont moins* » (point 57). Ainsi, du point de vue de l'émetteur, le « prix moyen notionnel » pertinent est égal à la moyenne des prix individuels précédents, autrement dit au montant égal à la recette globale des abonnements divisée par la consommation annuelle de tous les titulaires de cartes.
17. Les calculs effectués montraient que, pour la carte UGC en 2001, ce prix moyen était voisin de 4,95 € (32,50 FF), c'est-à-dire un montant très proche du prix de référence de 5,03 € (33 FF) qui avait fait l'objet d'un consensus avec le CNC à l'époque et restait toujours en vigueur en 2007.
18. Autrement dit, une fois les ajustements initiaux réalisés, le système a été assez rapidement calé sur des données économiques mesurables : la fréquentation réelle, le prix moyen constaté *ex post* et une rémunération des ayants droit calculée, à peu de chose près, sur ces données économiques objectives. Le Conseil rappelle que, lorsqu'une réglementation administrative vient se substituer au libre fonctionnement du marché, la prise en compte de références économiques objectives est un moyen utile de préserver les éléments concurrentiels qui peuvent subsister au sein de la régulation législative ou réglementaire.

2. LE PROBLÈME POSÉ PAR LA RÉVISION DU PRIX DE RÉFÉRENCE

19. L'article 27 du code de l'industrie cinématographique dans sa rédaction actuelle ne prévoit aucun dispositif particulier pour faire évoluer ce prix de référence. Il peut donc être librement fixé par l'émetteur qui a un intérêt financier à le moduler à la baisse puisque ce prix notionnel sert d'assiette pour calculer la part des recettes d'abonnements qu'il doit reverser à des tiers.
20. Il faut, à cet égard, rappeler que le prix de référence concerne deux situations commerciales différentes et joue donc un double rôle dans le dispositif de régulation.
21. Du point de vue des relations horizontales entre exploitants adhérents d'un même réseau de cartes à accès illimité, le prix de référence sert de base de calcul à l'émetteur lorsqu'il doit reverser à un exploitant indépendant la partie des recettes d'abonnements correspondant à la contre-valeur des places gratuites accordées par cet exploitant sur présentation de la carte.

22. Du point de vue des relations verticales entre les exploitants et la filière amont, distribution et production, le prix de référence sert d'assiette pour le calcul des sommes reversées aux ayants droit, dont la rémunération est proportionnelle à la recette du film.
23. Dans les deux cas, rien ne s'oppose, au plan des principes, à ce que le prix de référence soit identique, et égal au prix moyen notionnel défini au paragraphe 16 ci-dessus. Il ne devrait donc pas y avoir d'objection à ce que la valeur du prix de référence soit réévaluée périodiquement en fonction du succès commercial des cartes à accès illimités, mesuré par le nombre moyen des entrées gratuites auxquelles elles donnent lieu et du prix des abonnements.
24. Cette solution simple se heurte toutefois à trois difficultés techniques de mise en œuvre :
 - le prix moyen notionnel n'est jamais connu *ex ante* et ne peut être calculé, *ex post*, qu'une fois connu, en fin de période, le nombre moyen d'entrées gratuites effectuées ;
 - il existe plusieurs méthodes pour calculer ce prix moyen notionnel ;
 - ce calcul nécessite d'accéder à des informations couvertes par le secret commercial.
25. La première objection est facile à surmonter lorsqu'on est en régime stabilisé. Jusqu'à présent, en effet, l'effectif global et la fréquentation moyenne des porteurs de cartes ont peu varié d'une année sur l'autre. Si ce constat empirique continue d'être vérifié à l'avenir, le prix moyen notionnel de l'entrée pourra être anticipé en début de période avec une relative précision en fonction des données de la fréquentation passée et du prix de l'abonnement applicable en début de période.
26. La deuxième peut également être facilement levée pour les mêmes raisons. La multiplicité des méthodes de calcul de la moyenne tient au fait que les consommateurs souscrivent ou résilient leur abonnement tout au long de l'année et que l'intensité de la fréquentation est marquée par une certaine saisonnalité. De mois en mois, on ne fait donc pas la moyenne d'une consommation stable de la même population d'abonnés. Mais pour les mêmes raisons que celles exposées au paragraphe précédent, on peut néanmoins considérer qu'en régime stabilisé les différentes méthodes de calcul envisageables aboutissent à des résultats proches, dès lors que la moyenne du nombre des entrées est calculée ou estimée sur une année complète.
27. En réalité, seule la dernière difficulté constitue un obstacle significatif. Le succès et la rentabilité d'une formule d'abonnement illimité sont des éléments essentiels pour déterminer la stratégie commerciale de l'émetteur et on comprend que ce dernier ne souhaite pas que ces données soient rendues publiques. Cette position est d'autant plus légitime qu'il existe plusieurs systèmes de cartes à accès illimité en compétition pour séduire de nouveaux consommateurs mais aussi pour attirer de nouveaux exploitants dans le réseau des émetteurs de ces cartes. Un système de cartes d'abonnement au cinéma possède en effet des caractéristiques proches de celles des cartes bancaires : dans les deux cas, il s'agit de marchés « biface » où l'un des côtés du marché (consommateurs ou exploitants) attire l'autre du fait de sa taille et de sa diversité.
28. Or, tant que ces données économiques ne sont pas connues, il n'est pas possible de vérifier que le prix de référence est proche du prix moyen notionnel.
29. Il paraît dès lors raisonnable et surtout plus neutre pour le jeu de la concurrence que ces données confidentielles ne soient pas échangées entre les opérateurs économiques mais seulement transmises au régulateur, qui devrait être le CNC déjà chargé de délivrer les agréments pour la commercialisation des formules d'abonnement à accès illimité.
30. Pour chaque émetteur de cartes, cette transmission des données nécessaires au calcul du prix moyen notionnel devrait être obligatoire lorsque cet émetteur dépose une demande d'agrément ou une demande de modification du prix de référence.

3. LE RECOURS À UNE NÉGOCIATION INTERPROFESSIONNELLE POUR FIXER LE PRIX DE RÉFÉRENCE PRÉSENTE DES RISQUES DU POINT DE VUE DE LA CONCURRENCE

31. La négociation obligatoire prévue par l'amendement conduira à réunir chacun des deux émetteurs de cartes et l'ensemble des distributeurs, au minimum tous les deux ans (suivant la règle prévue par l'actuel décret), afin de se mettre d'accord sur un prix de référence.
32. La première conséquence probable du texte proposé sera d'aboutir à un prix de référence unique pour tous les réseaux émetteurs de cartes, comme cela est déjà le cas aujourd'hui, alors que rien n'oblige à un tel résultat, et que cet unicité constituerait une caractéristique anticoncurrentielle, sur un marché où les émetteurs de cartes sont en concurrence.
33. Certes, ce prix unique pourrait être considéré comme une conséquence directe de l'amendement et son caractère anticoncurrentiel éventuel serait susceptible d'être interprété comme résultant de la mise en œuvre d'un texte législatif au sens du 1^{er} alinéa de l'article L. 420-4 du code de commerce. Mais la rédaction actuelle de l'amendement ne prévoyant pas expressément un prix unique, il demeure un risque juridique de voir ce résultat considéré comme le fruit d'une entente entre les opérateurs économiques.
34. Par ailleurs, on ne peut exclure que les échanges d'informations commerciales et tarifaires, susceptibles d'intervenir à la faveur de la réunion de l'ensemble des opérateurs, puissent excéder les besoins nécessaires à la fixation du prix de référence pour les entrées carte. Ce contexte défavorable est en outre aggravé par la structure du marché en cause et par la nature des sujets que l'amendement prévoit de soumettre à la négociation. Le nombre limité d'entreprises parties aux futures négociations facilitera les échanges : les mêmes représentants des distributeurs participeront aux deux négociations devant se tenir avec chaque émetteur de cartes, et ces derniers seront en mesure de connaître le déroulement et les résultats de la négociation avec l'autre réseau par le biais des distributeurs faisant partie du groupe.
35. Parallèlement, le texte proposé notamment celui du deuxième paragraphe, confie à la négociation le soin de fixer le prix de référence par place et les taux de location, c'est-à-dire la fixation de la base pour calculer la rémunération des distributeurs et ayants droit, mais aussi le niveau de cette rémunération par le biais du taux de location. La place laissée au jeu de la concurrence pour fixer les prix pratiqués sera donc extrêmement réduite : une fois fixés les prix de référence, rien n'empêcherait que les taux de locations soient, comme dans le cas général, négociés de façon décentralisée entre exploitants et distributeurs et non dans le cadre de la négociation centralisée prévue par l'amendement.
36. Une correction minimale, sans remettre en cause le dispositif proposé par l'amendement, serait de prévoir la fixation par les négociations de fourchettes de prix plutôt que des valeurs précises. Le prix applicable aux relations entre un émetteur et un distributeur particulier relèverait ensuite d'un accord bilatéral dans le cadre de la fourchette ainsi définie.

4. LA REGULATION PAR UN ACTEUR PUBLIC EST UNE MEILLEURE SOLUTION

37. Le recours à un régulateur public plutôt qu'à une négociation interprofessionnelle est conforme à l'approche communautaire de ces questions définie par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE). Dans son arrêt *Arduino* du 19 février 2002, la Cour a indiqué que les pouvoirs publics n'enfreignent pas les règles de concurrence en faisant fixer des tarifs obligatoires par des commissions d'experts si ceux-ci ne sont pas les simples représentants des milieux professionnels dont ils sont issus, se prononcent sur la base de

critères d'intérêt général déterminés par les pouvoirs publics et si ces derniers conservent un pouvoir de contrôle et de réformation des décisions arrêtées.

38. Dans le cas contraire, le fait de déléguer des compétences de réglementation publique à des organismes professionnels chargés de la seule défense des intérêts de leurs membres revient à encourager la conclusion d'accords restrictifs de concurrence entre ces opérateurs économiques. La Cour avait ainsi critiqué le cas d'une législation italienne transférant à l'organisme national représentant les barreaux le pouvoir de fixer des montants minimum et maximum d'honoraires pour les avocats en considérant que cette législation n'apportait pas les garanties suffisantes pour que l'organisation professionnelle « *se comporte, dans l'élaboration du projet de tarif, comme un démembrement de la puissance publique oeuvrant à des fins d'intérêt général* » (CJCE, 19 février 2002, aff 35/99, Arduino, §39). Le dispositif avait néanmoins été admis car le pouvoir de décision finale était conservé par l'Etat.
39. Cette jurisprudence fournit un guide d'analyse utile au cas d'espèce puisque, faute de directives claires de poursuite d'un intérêt général, la négociation interprofessionnelle envisagée devrait être considérée comme une concertation restrictive de concurrence et ne pourrait être admise que si l'Etat conserve le pouvoir de décision final.
40. La solution envisagée par le projet d'amendement prévoit une négociation générale entre opérateurs intéressés, puis un mécanisme de conciliation en cas d'échec. Or, le risque d'échec de cette négociation est élevé. En effet, le seul réel objet de la négociation est la fixation du prix de référence. Or, d'une part, les intérêts des négociateurs sont adverses en ce sens que l'émetteur souhaitera un prix bas alors que les ayants droit comme les exploitants garantis rechercheront un prix élevé. D'autre part, des concessions mutuelles ne peuvent avoir lieu en l'absence de contreparties à échanger.
41. La négociation sera donc le reflet d'un simple rapport de force et risque de se limiter à des tentatives des ayants droit et des petits exploitants en vue d'obtenir des émetteurs qu'ils révèlent le prix économique sous-jacent de leur système d'abonnement, c'est-à-dire le prix moyen notionnel, ce qu'ils ne parviendront probablement pas à obtenir.
42. L'instauration d'une procédure de conciliation montre d'ailleurs que les rédacteurs de l'amendement ont anticipé un assez fort risque d'échec de cette négociation.

Conclusion

43. En définitive, le Conseil est d'avis que l'ancienneté du système des cartes d'accès illimité permet dorénavant de tenir pour acquis que ces cartes, en occupant 8 à 10 % du marché, ne sont pas susceptibles de bouleverser le système de rémunération des parties prenantes à la production, distribution et exploitation des films. Ce système peut intégrer la valeur des places vendues par abonnement et fonctionner selon ses règles de droit commun dès lors qu'est attribué un contenu économique à la valeur de référence de la « place gratuite » délivrée à un porteur de l'une de ces cartes. Le Conseil recommande de faire reposer la fixation du prix de référence sur des bases économiques objectives et de confier au CNC la vérification du lien entre les prix de référence proposés par les émetteurs et la valeur du prix moyen qui pourrait être calculé.
44. Le Conseil estime que cette valeur de référence peut être raisonnablement approchée par le prix moyen notionnel obtenu en divisant simplement la valeur de l'abonnement par le nombre

moyen d'entrées auquel il donne lieu durant sa période de validité. Le Conseil n'exclut pas que des calculs plus fins puissent être menés afin de tenir compte des frais fixes ou proportionnels occasionnés aux émetteurs par la gestion du système. Les frais proportionnels pourraient être soustraits de la valeur brute de l'abonnement ; les frais fixes pourraient donner lieu à une cotisation d'accès au réseau.

45. Le Conseil considère que le CNC est l'organisme public naturellement le mieux placé pour effectuer confidentiellement ces calculs, le respect des objectifs stratégiques des réseaux émetteurs de cartes et opérant en concurrence conduisant à ne pas mettre ces informations sur la place publique afin de ne pas porter atteinte à la concurrence. Le Conseil observe que le dispositif d'agrément, par le CNC, des cartes à accès illimité peut lui permettre de subordonner cet agrément à la fourniture des données suffisantes pour effectuer les calculs requis.
46. En conséquence, l'objectif d'améliorer le fonctionnement et de clarifier le dispositif d'agrément des cartes à accès illimité ne devrait pas prendre la forme d'une négociation générale, entre les opérateurs économiques, du prix de référence, procédure de concertation dont l'efficacité et la neutralité sur la concurrence font problème.
47. Le Conseil recommande de faire reposer la fixation du prix de référence sur des bases économiques objectives et de confier au CNC la vérification du lien entre les prix de référence proposés par les émetteurs et la valeur du prix moyen notionnel.
48. Le CNC ne devrait pas nécessairement rechercher une égalité parfaite et permanente entre le prix de référence et le prix moyen notionnel dès lors que ce dernier peut être calculé de multiples façons et peut varier au cours d'une période, mais garantir aux ayants droit et aux autres parties prenantes que le prix moyen notionnel est bien le pivot à partir duquel sont déterminés le prix de référence et les conditions de rémunération des exploitants garantis.
49. Enfin, le Conseil suggère que la concertation envisagée au sein de la profession pourrait avantageusement porter sur les règles appliquées par le CNC pour vérifier la validité du prix de référence plutôt que sur la fixation du prix lui-même

Délibéré sur le rapport de M. Debrock, par M. Nasse vice-président, président de séance, Mmes Aubert et Perrot, vice-présidentes.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

Le vice-président,
Philippe Nasse