

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 98-A-12 du 27 octobre 1998

**concernant un projet de décret en Conseil d'Etat
modifiant le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983
portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982
sur la communication audiovisuelle
et relatif aux groupements et ententes de programmation**

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 7 septembre 1998 sous le numéro A 252, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983 portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif aux groupements et ententes de programmation ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et notamment son article 90 ;

Vu la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 modifiée, d'orientation du commerce et de l'artisanat et notamment ses articles 36-1 et suivants ;

Vu le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983 portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif aux groupements et ententes de programmation ;

Vu le décret n° 83-36 du 9 février 1983 portant application des dispositions de l'article 92 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif au médiateur du cinéma ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

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

Par lettre du 7 septembre 1998, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence pour avis, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983 portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif aux groupements et ententes de programmation.

I - LE CONTEXTE JURIDIQUE ET ECONOMIQUE DANS LEQUEL S'INSCRIT LE PROJET DE DECRET

A - Le Secteur De La Diffusion Cinématographique

1 -Les différents opérateurs

Le processus qui va de la conception d'un film à sa vision par les spectateurs met en relation plusieurs catégories d'opérateurs :

1)les producteurs : ils sont concessionnaires des droits patrimoniaux des auteurs tels que définis à l'article L.122-1 du code de la propriété littéraire et artistique (droit de reproduction et droit de représentation). Ils engagent les acteurs et les techniciens et supportent

la responsabilité financière du projet jusqu'à sa sortie en salle ;

2) les distributeurs : ce sont des intermédiaires entre les producteurs auxquels ils sont généralement liés par un mandat et soit les exploitants de salles de cinéma, soit les programmeurs. Ils se substituent en effet au producteur qui leur cède ses droits de commercialisation du film pour une durée déterminée (de 3 à 7 ans en règle générale) et sur un territoire déterminé. Ils prennent en charge le marketing du film et organisent à leurs frais la campagne publicitaire de lancement du film. Ils procèdent également au tirage des copies des films. Les distributeurs concèdent leurs droits de représentation aux exploitants de salles et négocient avec ces derniers la durée et le taux de location du film selon un plan de diffusion. Ils sont rémunérés sur la recette de la salle.

En 1997, 428 entreprises étaient titulaires d'une autorisation professionnelle pour exercer une activité de distribution. Les sociétés de distribution ont réalisé au cours de cette même année 2,108 milliards de francs de recettes dont 88 % ont été générés par les dix premiers distributeurs.

L'activité de distribution se répartit entre quatre grands types d'entreprises :

- les sociétés de distribution intégrées : il s'agit des groupes Gaumont et UGC, présents à la fois dans la production, la distribution et l'exploitation par l'entremise de sociétés filiales ou affiliées, ainsi que de la société Pathé, présente dans les secteurs de l'exploitation et de la distribution par l'intermédiaire de la société AMLF ;
- les sociétés de distribution indépendantes diffusant des films à l'échelon national telles que Pyramide, Metropolitan, Les Films du Losange, Lazennec Diffusion, ARP ; ces sociétés distribuent souvent des films " d'auteur " français et européens ;
- les sociétés de distribution dites d'art et d'essai : elles concourent au pluralisme indispensable pour permettre la distribution de films à audience limitée. Quatre distributeurs d'art et d'essai sont classés parmi les vingt premiers distributeurs en France (Bac Films, MK2 Diffusion, Rezo Films et Diaphana Distribution) ;
- enfin, les grandes compagnies américaines de cinéma telles que UIP, Warner, Columbia, parfois liées aux grands groupes français. Ainsi, après avoir été longtemps codistribuée par Gaumont, la Fox a conclu un accord avec UGC. De son côté, la société Gaumont a créé avec Walt Disney la société Gaumont / Buena Vista International chargée de distribuer les films des deux compagnies. Cette nouvelle organisation est leader sur le marché de la distribution.

3) les programmeurs : la programmation d'une salle est assurée en principe par l'exploitant de cette salle ou un de ses salariés. La multiplicité des films ne permet cependant pas à tous les exploitants d'exercer directement cette fonction. Dans un certain nombre de cas, les exploitants confient la programmation de leurs salles à des ententes ou des groupements de programmation.

Les programmeurs cherchent à maximiser l'utilisation et les recettes des salles qu'ils programment en obtenant pour ces salles les meilleurs films au cours des meilleures périodes. Ils sont rémunérés pour leurs services par les salles qui leur rétrocèdent une partie de leurs recettes (en moyenne 2 à 4 %).

On appelle entente de programmation le regroupement de salles au sein d'une structure, par adhésion à une convention. L'une des salles de l'entente est désignée comme " salle pilote " et négocie la distribution du film avec le distributeur au nom de l'entente.

Le groupement de programmation est une structure juridique spécialement créée (société commerciale ou GIE) pour assurer la programmation des salles adhérentes au groupement de programmation.

On dénombre sept groupements nationaux de programmation (Gaumont, UGC, Pathé, Glozel, GPCI, SAGEC, Soredic) et une trentaine de groupements ou ententes à l'échelon régional ou local. Les groupements nationaux de programmation programment 33,7 % du parc national des salles dont plus de 15 % de salles ne leur appartenant pas.

Ces groupements et ententes détiennent donc une part importante du marché de la diffusion cinématographique, notamment en ce qui concerne les trois circuits Gaumont, UGC et Pathé, et sont ainsi en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'accès des films aux salles et sur les conditions dans lesquelles les salles peuvent accéder aux films.

C'est pour éviter un tel risque que les dispositions de l'article 90 de la loi du 28 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ont interdit les ententes et groupements entre deux ou plusieurs entreprises d'exploitation d'importance nationale et ont soumis ces ententes ou groupements à un agrément préalable délivré par le directeur du Centre national de la cinématographie. Cet agrément est subordonné " au respect du libre jeu de la concurrence et de la plus large diffusion des oeuvres conforme à l'intérêt général ". A cet effet, les groupements et ententes doivent prendre des engagements destinés à garantir les objectifs de libre concurrence et de pluralisme de la

diffusion.

4) les exploitants de salles : Sur le parc de 4655 salles en 1997, les salles privées sont au nombre d'environ 3350. Certaines salles sont détenues par des exploitants dits " indépendants " qui assurent leur propre programmation de films, d'autres appartiennent à un groupe intégré (UGC - Pathé - Gaumont) ou sont affiliées à un groupement ou à une entente de programmation.

A côté des salles privées, on trouve également des salles municipales dont la gestion peut être assurée par la commune en régie directe ou être confiée à une association ou à un exploitant privé sous forme de location gérance ou de concession de jouissance. La municipalité peut dresser un cahier des charges afin de favoriser la diffusion de certains types de films ou la promotion d'une politique d'animation spécifique. On dénombre environ 1 300 salles municipales en France, soit plus du quart du parc total des salles (4 655 salles en 1997). Elles attirent 15 % de la clientèle.

Un certain nombre de salles privées ou municipales sont classées salles d'art et d'essai. Ce sont des salles qui diffusent des oeuvres présentant certaines caractéristiques : films possédant d'incontestables qualités artistiques, films novateurs, films appartenant à des cinématographies peu diffusées en France, films de reprises présentant un intérêt cinéphilique ou historique. Lorsqu'il s'agit de films étrangers, ils doivent être présentés en version originale. Le classement d'une salle est prononcé par le directeur général du Centre national de la cinématographie après avis de la commission du cinéma d'art et d'essai. Il est subordonné à la diffusion d'une certaine proportion de films d'art et d'essai au cours de l'année (le taux variant de 35 % pour les villes de moins de 30 000 habitants, à 75 % pour Paris). Les salles classées bénéficient de subventions. En 1997, on comptait 778 salles d'art et d'essai, soit 17 % du parc, dont un tiers ont un statut municipal et près d'un tiers sont rattachées à un groupement ou à une entente de programmation nationale ou régionale. Les salles d'art et d'essai sont essentiellement implantées en milieu urbain (43 % d'entre elles sont situées dans des agglomérations de plus de 200 000 habitants). Elles représentent 25 % de la fréquentation totale.

Depuis le début des années soixante, la diffusion de films cinématographiques effectuée sous certaines conditions par les chaînes de télévision a transformé progressivement les conditions d'exploitation des salles de cinéma.

Au début des années soixante-dix, une baisse de fréquentation des salles a entraîné une première crise endiguée par la création " des multisalles " qui ont permis d'accroître de façon conséquente le nombre de films offerts au public et aux exploitants de limiter leurs coûts fixes (caisse unique, cabine unique ...) tout en leur procurant une grande souplesse de programmation et ainsi d'améliorer le rendement du fauteuil installé.

L'exploitation cinématographique a connu une seconde crise au milieu des années 80, liée à l'apparition de la vidéo et aggravée par l'inconfort technique de nombreuses salles, souvent trop petites pour accueillir un public nombreux les jours d'affluence, avec une qualité médiocre de son et d'image, et par les difficultés d'accès aux cinémas situés en centre ville liées à une insuffisance des parcs de stationnement.

Pour remédier à ces inconvénients, les exploitants ont conçu une nouvelle génération de salles : les multiplexes. Ce sont des unités de grande taille comprenant au moins un millier de places et huit salles comportant des écrans géants et des fauteuils disposés en gradin, bénéficiant d'une acoustique haut de gamme et de grands halls d'accueil. Les multiplexes sont associés à un certain nombre de services tels que le parking gratuit, des espaces multimédia et de restauration. Le coût de tels équipements varie entre 30 et 180 millions de francs : pour être rentables, ils doivent être implantés dans des zones à forte densité de population, généralement supérieure à 100 000 habitants.

Conformément aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 27 décembre 1973 modifiée, en dernier lieu, par la loi du 2 juillet 1998, la création des multiplexes est soumise à la commission départementale d'équipement cinématographique, compétente pour délivrer une autorisation pour les projets ayant, notamment, pour objet la création ou l'extension d'un ensemble de salles de spectacles cinématographiques comportant plus de 1 000 places. Au 1^{er} semestre 1998, on en dénombrait 39 dont dix appartiennent à Pathé, neuf à UGC, neuf à Gaumont, sept à CGR, deux à Bert, un à Lemoine et un à Fridemann.

Les premiers multiplexes sont apparus en France en 1993. Ils ont entraîné une reprise de la fréquentation cinématographique. En 1997, on a enregistré 148 millions d'entrées contre 116 millions en 1992 soit une augmentation de 27,6 %. A la fin de l'année 1997, les 34 multiplexes en activité représentaient : 442 écrans soit 9,5 % du parc, 93 335 fauteuils soit 9,6 % du nombre total des fauteuils et ils réalisaient 25,64 millions d'entrées soit 17,3 % du nombre des entrées enregistrées au cours de la même année.

2 -La typologie des films diffusés

En 1997, sur les 4 181 longs métrages qui ont été diffusés sur les écrans français, les 394 films projetés en première exclusivité ont réalisé plus de 85 % des entrées de l'année.

Au cours de la même année, les dix premiers films ayant réalisé le plus d'entrées ont représenté à eux seuls 28,5 % des entrées, les vingt premiers films 42,5 % des entrées et les trente premiers films 52,8 %. Quinze de ces trente films sont d'origine américaine, douze sont totalement ou partiellement français et trois sont d'origine britannique.

Au cours de la même année, 17 films ont réalisé plus de 2 millions d'entrées, ce qui représente 38,8 % des entrées annuelles, dont quatre films français et dix films américains ; 41 films ont été vus par plus d'un million de spectateurs, soit 61,3 % des entrées, dont 12 films français et 25 films américains ; 69 films ont réalisé plus de 500 000 entrées, soit 75,8 % des entrées, dont 20 films français et 43 films américains ; enfin, 163 films ont réalisé plus de 100 000 entrées, ce qui représente au total 91,9 % des entrées, dont 62 films français et 81 films américains.

Ainsi, les films américains ont attiré 53,8 % de la clientèle, contre 34,5 % pour les films français et 8,3 % pour les autres films européens.

Selon le Centre national de la cinématographie, en 1997, 44,3 % des séances ont été consacrées aux films européens. Ce taux n'est que de 40,5 % en moyenne dans les multiplexes, soit un écart de 3,6 points par rapport à la moyenne nationale. La signification de ces chiffres doit toutefois être relativisée. Alors que, jusqu'en 1994-1995, les films d'auteurs ont eu des difficultés d'accès aux salles, les films de cette catégorie bénéficient depuis quelques années d'un engouement du public et, pour certains d'entre eux, sont devenus des films porteurs diffusés dans les grands complexes. On assiste à un renversement de tendance et les exploitants indépendants " art et essai " spécialisés dans la programmation de cette catégorie de films éprouvent des difficultés à y accéder. En revanche, ce sont surtout les oeuvres cinématographiques de recherche qui continuent à souffrir d'une difficulté d'accès aux salles et notamment aux multiplexes, qui ne consacrent que 3,1 % de leurs séances à ces films, contre 4,1 % en moyenne.

B- LA REGLEMENTATION APPLICABLE

Si la distribution des films constitue sans conteste une activité commerciale, elle s'inscrit aussi dans le cadre d'une politique culturelle qui cherche à garantir la diversité des oeuvres proposées au public. C'est pour préserver cet objectif et éviter que le libre jeu de la concurrence dans le secteur de la diffusion cinématographique soit entravé par des opérateurs occupant une position dominante sur ce marché que le législateur a limité la concentration des entreprises cinématographiques et a encadré le fonctionnement des ententes ou groupements de programmation en ajoutant les dispositions de l'article 90 dans la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

Aux termes de ces dispositions : " Tout groupement ou entente entre entreprises de spectacles cinématographiques destiné à assurer la programmation des oeuvres cinématographiques en salles est soumis à agrément préalable délivré par le directeur du Centre national de la cinématographie.

L'agrément ne peut être accordé qu'à des groupements ou ententes qui ne font pas obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus large diffusion des oeuvres conforme à l'intérêt général et qui contribuent à la diversification de l'investissement dans la production cinématographique.

Les conditions de délivrance et de retrait de l'agrément sont fixées par décret en Conseil d'Etat qui précise notamment les clauses obligatoires des contrats de programmation et en particulier les conditions de fixation de la redevance de programmation.... "

Les conditions et les modalités d'attribution de cette autorisation ont été précisées par le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983.

Composé de dix-sept articles, ce décret prévoit notamment que l'agrément ne peut être accordé aux groupements ou ententes de programmation qu'à la condition qu'ils n'aient contracté entre eux, ni directement, ni indirectement, aucun accord de nature à lier leur programmation à tout autre groupement ou entente (article 7).

Il précise également que l'agrément est subordonné aux engagements pris par les groupements ou les ententes de programmation pour assurer la plus large diffusion des oeuvres conforme à l'intérêt général et qu'il est notamment tenu compte des engagements pris pour permettre l'accès des films à des salles tierces connues pour la qualité de leur programmation et de leur animation (article 8).

Concurrent, notamment, à l'intérêt général la diffusion des films français et européens, celle de films de distributeurs indépendants et celle des films d'art et d'essai.

Enfin, ce texte dispose que le Comité consultatif de la diffusion cinématographique institué auprès du directeur général du Centre national de la cinématographie (article 14) est saisi pour avis, avant la délivrance de l'agrément, pour apprécier la situation des ententes et des groupements de programmation afin de s'assurer qu'ils n'occupent pas une position dominante faisant obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus large diffusion des oeuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général. Le Comité apprécie, notamment, la position dominante de ces groupements ou ententes dans le cadre du territoire national, régional et local (article 15).

En cas de violation des règles fixées par le décret soit par un groupement de programmation, soit par l'entreprise pilote d'une entente, soit par une entreprise membre d'un groupement ou d'une entente, soit par une entreprise de distribution, le directeur général du Centre national de la cinématographie peut prononcer les sanctions prévues à l'article 13 du code de l'industrie cinématographique et le retrait de l'agrément (article 16). Ces sanctions peuvent aller jusqu'à la fermeture temporaire de l'entreprise qui a commis l'infraction.

Les engagements prévus à l'article 8 du décret portent tant sur la programmation par les groupements ou ententes des salles qui ne leur appartiennent pas que sur celle de leurs propres salles. Ils sont définis entre les groupements ou ententes et le Centre national de la cinématographie. Leur contenu est variable. Ils concernent toujours la distribution de films européens de distributeurs indépendants des groupements de programmation. Le nombre de films, le nombre d'écrans affectés à ces films et la durée de la programmation varient selon les groupements et selon l'implantation géographique des salles programmées (Paris - banlieue parisienne - province). Par ailleurs, le Comité consultatif a très souvent invité les groupements à prendre un engagement général vis-à-vis des exploitants indépendants de façon à leur conserver un droit d'accès aux films inédits européens dans la mesure où ces films correspondaient à leur programmation habituelle.

Ces engagements visent donc d'une part à favoriser la diversité des oeuvres proposées et notamment à favoriser la diffusion des oeuvres européennes face aux films américains et, d'autre part, à protéger les distributeurs indépendants en leur donnant accès aux salles des circuits.

Autre intervenant chargé de veiller au respect du jeu de la concurrence, le Médiateur du cinéma est une autorité administrative indépendante, créée par la loi du 29 juillet 1982, chargée de veiller, en matière de programmation des salles, au respect d'une concurrence loyale. En cas de désaccord entre un exploitant et un distributeur, il peut être saisi par une des parties ou par toute organisation professionnelle ou syndicale et par le directeur du Centre national de la cinématographie. Chargé de mettre en oeuvre une conciliation, le Médiateur du cinéma dispose, le cas échéant, d'un pouvoir d'injonction.

II - LE PROJET DE DECRET SOUMIS AU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

A - La présentation du projet

1 - L'article 90, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1982 modifiée par la loi du 13 décembre 1985

Jusqu'en 1985, le régime des engagements ne concernait que les groupements et ententes de programmation. En 1985, le législateur, à la suite d'un amendement sénatorial, a décidé d'étendre ces engagements à certains exploitants.

C'est ainsi qu'aux termes du 4^{ème} alinéa de l'article 92 de la loi du 29 juillet 1982 susvisée tels qu'ils résultent de la modification issue de l'article 16 de la loi du 13 décembre 1985 : " Les entreprises de spectacle cinématographique qui assurent directement et uniquement la programmation de salles dont elles sont propriétaires du fonds de commerce, sont tenues de souscrire des engagements semblables à ceux auxquels est subordonné l'agrément accordé aux groupements et ententes de programmation, lorsque leur activité est susceptible de faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus large diffusion des oeuvres, en raison du nombre de salles qu'elles exploitent ou de leur importance nationale. Les critères de détermination des entreprises et les modalités de souscription des engagements visés par le présent alinéa sont fixés par décret en Conseil d'Etat ".

Ces dispositions nouvelles n'ont cependant pas trouvé à s'appliquer immédiatement. En effet, les seuls exploitants susceptibles d'entrer dans le champ de la loi du fait du nombre de salles qu'ils exploitaient ou de leur importance nationale étaient les trois sociétés intégrées (Gaumont - Pathé - UGC). Or, elles souscrivaient déjà des engagements pour leurs salles et les salles qu'elles programmaient en qualité de groupement de programmation.

Ce n'est qu'avec l'apparition des multiplexes et eu égard à l'importance qu'ils prenaient au niveau local, régional et bientôt national, que ces dispositions sont devenues d'actualité. Les exploitants de ces complexes se trouvent en effet parfois, dans une aire géographique, en situation de monopole ou de quasi monopole, ce qui pourrait être préjudiciable à la diversité de la programmation.

Par ailleurs, il est apparu que le nombre de salles programmées par les groupements de programmation nationale était en constante diminution. En 1997, Gaumont ne programmait plus que sept salles en sus de ses propres salles, UGC 67 salles et Pathé 108 salles, ce qui ne représente au total que 3,9 % du parc national des salles. Or, ces grands groupements pourraient renoncer à programmer des salles tierces si les engagements qui leur sont imposés étaient trop contraignants, d'autant plus que les exploitants des multiplexes ne faisant pas partie d'une entente de programmation et qui sont leurs concurrents directs n'y seraient pas soumis.

Enfin, si jusqu'en 1994-1995 les films d'art et d'essai avaient des difficultés d'accès aux salles, un certain nombre d'entre eux bénéficient aujourd'hui d'une large audience auprès du public et sont devenus des films porteurs auxquels les exploitants indépendants " art et essai ", qui traditionnellement les programmaient, ont du mal à accéder.

Il a paru dès lors nécessaire, pour protéger la diversité de la programmation et la multiplicité de l'offre en matière d'exploitation ainsi que pour mettre un terme aux disparités juridiques qui existent entre les groupements ou ententes de programmation et les exploitants en situation de quasi monopole, de soumettre ces derniers aux engagements mentionnés par les dispositions de l'article 90, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1982 modifiée.

C'est dans ces conditions qu'a été élaboré le projet de décret modifiant le décret du 10 janvier 1983 et portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982.

2 -Le contenu du décret

Le projet de décret en cause modifie et complète le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983.

En premier lieu, il insère dans le décret du 10 janvier 1983 un article 15 bis pris en application des dispositions précitées du 4^{ème} alinéa de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 modifiée par la loi du 13 décembre 1985.

Cet article 15 bis fixe les critères permettant de déterminer les entreprises qui, bien que ne programmant pas de salles tierces, seront tenues de souscrire des engagements semblables à ceux auxquels est subordonné l'agrément accordé aux groupements ou ententes de programmation. Il détermine également les modalités de souscription des engagements.

Aux termes de cet article : " Toute entreprise de spectacles cinématographiques ou tout groupe d'entreprises ayant en commun un associé ou un actionnaire majoritaire, qui assurent directement et uniquement la programmation de salles dont ils sont propriétaires et qui, dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants, détiennent un parc de salles qui leur assure 25 % du nombre des entrées ou du montant des recettes sont tenus de souscrire, en application du 4^{ème} alinéa de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 susvisée, des engagements conformes à ceux visés au 2^{ème} alinéa de l'article 8 ci-dessus dans le cas où leur activité est susceptible de faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus grande diffusion des oeuvres.

Dans le cas de l'agglomération parisienne, par dérogation aux dispositions précédentes, le pourcentage du nombre d'entrées et du montant des recettes est fixé à 15 % et apprécié soit dans Paris intra-muros soit dans l'agglomération parisienne hors Paris. Les engagements sont souscrits sur l'ensemble de ces deux zones... "

L'article 90 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1982 ne prévoyait pas le cas des groupes d'entreprises ayant un associé ou un actionnaire majoritaire. Les rédacteurs du projet de décret ont voulu inclure dans les entreprises soumises à l'obligation de souscrire des engagements le cas d'un groupe comprenant plusieurs entreprises propriétaires chacune de ses salles et qui à elles seules ne rempliraient pas les conditions de seuil minimum pour être soumises auxdits engagements, mais qui, du fait d'une politique de groupe renforcée par la présence d'un actionnaire ou d'un associé majoritaire, pourrait être regardé comme une entreprise unique visée par le texte de loi.

En revanche, les salles programmées par les groupements de programmation, qu'elles leur appartiennent ou non, sont donc exclues du champ d'application de cet article puisqu'elles sont déjà soumises aux engagements au titre des groupements et ententes de programmation.

Selon les rédacteurs du projet, le seuil de 100 000 habitants a été retenu parce que, d'une part, une agglomération de dimension

inférieure ne constituerait pas un marché significatif et que, d'autre part, pour des raisons de rentabilité, il n'existe pas pour l'instant de multiplexes implantés dans des agglomérations de plus petite taille.

Quant au seuil de 25 % des entrées ou des recettes, il a été fixé par référence aux dispositions de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour apprécier l'existence d'une position dominante sur le marché de l'exploitation cinématographique. Ce seuil a été abaissé à 15 % à Paris et dans l'agglomération parisienne, car les deux opérateurs les plus importants n'y assurent guère plus de 15 % du nombre des entrées ou du montant des recettes (UGC et Gaumont à Paris et UGC et Pathé en banlieue parisienne) et que le maintien du seuil à 25 % en région parisienne aurait fait échapper aux dispositions du texte les principaux opérateurs sur le marché cinématographique le plus important.

Par ailleurs, la notion de zone de chalandise étant difficile à délimiter en région parisienne en raison du caractère attractif de Paris, le texte oblige les exploitants à souscrire les engagements sur l'ensemble de l'agglomération parisienne.

Il n'y a toutefois pas d'automaticité entre le fait que les entreprises ou groupes d'entreprises remplissent les conditions de seuil susvisées et l'obligation de souscrire des engagements. En effet, seules les entreprises dont l'activité est susceptible de faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus grande diffusion des oeuvres sont soumises à cette obligation, cette deuxième condition relevant de l'appréciation du directeur général du Centre national de la cinématographie après avis du Comité consultatif de la diffusion cinématographique.

Les engagements que devront souscrire les entreprises devront être conformes à ceux visés au II du nouvel article 8 du décret du 10 janvier 1983 à savoir qu'ils devront " permettre d'assurer la plus large diffusion des oeuvres conformes à l'intérêt général, notamment par des salles tierces connues pour la qualité de leur programmation ".

Comme dans le système antérieur, ces engagements seront déterminés entre l'exploitant et le Centre national de la cinématographie en vue d'atteindre les objectifs ci-dessus énoncés. Ils devraient permettre de favoriser la diffusion de films européens, de protéger les distributeurs indépendants en leur donnant une possibilité d'accès aux grandes salles et de préserver le réseau des exploitants des salles d'art et essai.

Les engagements seront proposés par les exploitants pour les deux années à venir et devront être agréés par le directeur général du Centre national de la cinématographie après avis du Comité consultatif de la diffusion cinématographique. A défaut d'accord, les engagements seront établis par le Centre national de la cinématographie après avis du même Comité.

En cas de non respect des dispositions du décret, le directeur général du Centre national de la cinématographie pourra prononcer à l'encontre des entreprises visées à l'article 15 bis les sanctions prévues à l'article 13 du code de la cinématographie.

En second lieu, les nouvelles dispositions réglementaires limitent le champ d'application de l'agrément et des engagements de programmation auxquels sont soumis les groupements et ententes de programmation.

Sous l'empire des anciennes dispositions, tous les groupements et ententes devaient être agréés et souscrire des engagements pour pouvoir programmer des salles ne leur appartenant pas. Désormais, seront seuls tenus de souscrire des engagements les groupements et ententes de programmation qui programment des oeuvres cinématographiques dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants dans laquelle ils programment un parc de salles qui leur assure 25 % du nombre des entrées ou du montant des recettes ou 15 % dans le cas de Paris et de l'agglomération parisienne.

Le projet de décret a donc pour objectif d'harmoniser la situation des groupements et ententes de programmation et celle des exploitants soumis aux dispositions nouvelles.

Enfin, le projet de décret prévoit que les engagements seront communiqués au Médiateur du cinéma dès leur entrée en vigueur et que ce dernier pourra être saisi de toute situation relative à leur mise en oeuvre.

B - LES INCIDENCES DU PROJET AU REGARD DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Seules ont fait l'objet d'un examen les dispositions susceptibles d'avoir une incidence au regard du droit de la concurrence.

Avant d'examiner les dispositions du projet de décret, il convient de remarquer à titre liminaire que le projet soumis à l'examen du Conseil s'inscrit dans un régime législatif et réglementaire qui encadre fortement l'activité des différents opérateurs en poursuivant un double objectif : préserver le meilleur accès possible des exploitants aux salles et favoriser la plus large diffusion des oeuvres cinématographiques.

1 -Sur le seuil de 100 000 habitants

En application des dispositions des articles 8 et 15 bis modifiés par le projet de décret, ne seront soumis aux nouvelles dispositions et susceptibles de souscrire des engagements que les entreprises ou groupements et ententes de programmation qui assurent un certain pourcentage de recettes ou d'entrées dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants.

Le Conseil observe que le projet de texte vise à soumettre à des engagements de programmation tout opérateur qui, détenant un pouvoir de marché, pourrait l'utiliser dans un sens contraire aux objectifs fixés par la loi du 29 juillet 1982, c'est-à-dire le " libre jeu de la concurrence et la plus large diffusion des oeuvres ".

S'agissant des ententes et des groupements de programmation, le Conseil constate qu'à la différence d'un exploitant isolé, la puissance d'un groupement ou d'une entente de programmation résulte tant de l'ensemble de son parc de salles que de la position de telle ou telle salle située dans une zone de chalandise déterminée. En conséquence, il n'y a pas lieu de limiter la possibilité de soumettre à des engagements les seuls exploitants, membres d'un groupement ou d'une entente de programmation, présents dans une zone de chalandise comportant plus de 100 000 habitants, dès lors qu'un comportement limitant la concurrence peut être développé par un exploitant appartenant à un tel groupement ou entente quelle que soit la taille de l'agglomération dans laquelle il se situe.

Au demeurant, le Conseil observe que, dans les faits, compte tenu de la dimension des groupements et des ententes de programmation, ceux-ci programment tous au moins une salle qui leur assure 25 % du nombre des entrées ou des recettes et qui est installée dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants ; ainsi, malgré la nouvelle formulation de l'article 8 modifié, tous les groupements ou ententes seront, comme auparavant, tenus de souscrire des engagements. Par suite, le Conseil préconise de conserver l'ancien système applicable en l'espèce et qui soumet tous les groupements ou ententes à la souscription d'engagements sans référence à un seuil de population ou à un pourcentage du nombre des entrées ou du montant des recettes.

S'agissant des exploitants individuels, il convient de relever qu'en fixant un seuil de population minimale dans la zone de chalandise pour rendre " éligible " un opérateur présent dans cette zone, le texte ne permet pas de répondre à toutes les situations qu'il vise. En effet, le pouvoir détenu par un opérateur sur un marché est indépendant des critères tenant à la taille de l'agglomération incluse dans la zone. Ainsi, dans une zone de moindre importance du point de vue démographique, il peut exister un opérateur prééminent dont les comportements pourront être de nature à restreindre la concurrence. Une référence à un seuil quantitatif de population n'apparaît donc pas appropriée pour régler les situations dans laquelle la concurrence sur le marché pourrait être menacée.

En conséquence, le Conseil suggère de supprimer toute référence quantitative au nombre d'habitants, de façon à ce que tous les opérateurs réalisant 25 % du nombre des entrées ou des recettes dans leur zone de chalandise ou 15 % à Paris et en agglomération parisienne puissent être " éligibles ", voire soumis à l'obligation de souscrire des engagements, si, comme le prévoit le texte de l'article 15 bis, leur activité pourrait faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus grande diffusion des oeuvres. Le Conseil fait également valoir que d'autres critères cumulatifs ou alternatifs en valeur absolue tels que le nombre de fauteuils dans la zone ou un montant de chiffre d'affaires pourraient être introduits, de façon à ce que le système des engagements mis en place ne concerne, conformément aux dispositions législatives du 4^{ème} alinéa de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982, que les entreprises susceptibles, par leur taille ou leur importance nationale, d'avoir une influence sur le marché de la diffusion cinématographique.

2 -Sur la notion de groupe d'entreprises

En vertu de l'article 15 bis modifié par le projet de décret, sont tenus de souscrire des engagements toute entreprise de spectacles cinématographiques ou tout groupe d'entreprises ayant en commun un associé ou un actionnaire majoritaire.

La formulation ainsi retenue permet à certains groupes d'entreprises d'échapper à l'obligation de souscrire des engagements. En effet, un certain nombre d'entreprises cinématographiques sont détenues par des structures dont les membres se sont répartis les établissements de cinéma concernés en constituant pour chacun de ceux-ci une société propriétaire du fonds et dont chaque membre est

associé ou actionnaire. Il suffirait qu'un de ces membres ne soit majoritaire que dans une ou plusieurs des sociétés mais non dans toutes pour écarter l'application de l'article 15 bis.

Il paraît cependant excessif de préconiser l'extension de l'article 15 bis aux groupes d'entreprises ayant en commun un associé ou un actionnaire non majoritaire.

Le Conseil estime, en revanche, que le texte pourrait utilement viser, outre la présence dans chaque entreprise du groupe d'un associé ou actionnaire majoritaire commun, l'existence d'un dirigeant commun, dès lors que l'accès à de telles fonctions n'est pas juridiquement lié à la détention de la majorité des parts ou actions de la société.

3 -Sur les engagements

Les engagements peuvent être soit proposés par l'entreprise, soit, en cas de désaccord, imposés par le Centre national de la cinématographie. Pour répondre à une préoccupation générale d'information des opérateurs sur les marchés concernés, le Conseil estime qu'il serait souhaitable de prévoir que les engagements seront rendus publics.

Délibéré, sur le rapport de M. Yves Marino, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Cortesse, vice-président, MM. Robin, Sloan et Urbain, membres.

Le rapporteur général,

Marie Picard

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen