

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n°99-A-07 du 6 avril 1999

relatif à une demande d'avis du Gouvernement sur l'article du projet de loi portant réforme de l'audiovisuel et modifiant l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 31 mars 1999 sous le n° A 268, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur l'article du projet de loi portant réforme de l'audiovisuel et modifiant l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er 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° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée ;

Les rapporteurs, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

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

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence le 29 mars 1999, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, d'une demande d'avis sur les dispositions du projet de loi portant réforme de l'audiovisuel et modifiant notamment l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Bien que le champ de la saisine soit limité à un seul article du projet de loi, le Conseil attire néanmoins l'attention du Gouvernement sur les risques d'incohérence qui pourraient résulter du maintien de dispositions figurant dans la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, ainsi que de l'absence d'articulation avec le dispositif régissant les relations entre le Conseil de la concurrence et les autorités administratives visées par l'article 16 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 .

I – Le régime actuellement en vigueur des relations entre le Conseil de la concurrence et le CSA, d'une part, et le Conseil et l'ART, d'autre part

1 - Les relations entre le CSA et le Conseil de la concurrence

L'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986, modifié par la loi du 17 janvier 1989, dispose, dans sa version

actuelle, qu'il est prévu de modifier :

" Le Conseil de la concurrence veille au respect du principe de la liberté de la concurrence dans le secteur de la communication audiovisuelle, selon les règles et dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, à l'exception de son titre V.

Il recueille dans le cadre de cette mission, en tant que de besoin, les avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Celui-ci 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 de la communication audiovisuelle ".

En application des dispositions de l'article 16 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, modifié, le Conseil de la concurrence transmet au CSA, ainsi qu'aux autres autorités administratives, toutes les saisines qui entrent dans leur champ de compétence, afin de recueillir leur avis dans un délai de deux mois. L'avis de ces autorités intervient donc très en amont de la procédure et cet avis figure au dossier soumis au débat contradictoire. Les parties à la procédure et le commissaire du Gouvernement ont ainsi connaissance de l'avis exprimé par le CSA en même temps que de la notification de griefs qui leur est adressée et, par conséquent, peuvent en tenir compte lorsqu'elles déposent leurs observations en réponse à la notification, ainsi qu'au rapport.

A ce titre, le CSA a rendu trois avis à la demande du Conseil au cours de l'année 1997, à la suite de saisines contentieuses émanant de chaînes de télévision et d'un syndicat de producteurs d'oeuvres audiovisuelles. Deux de ces avis portaient sur la question des droits audiovisuels.

En ce qui concerne les demandes de mesures conservatoires, le CSA est également consulté par le Conseil de la concurrence, comme les autres autorités administratives sectorielles visées par l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 précité.

En ce qui concerne les demandes d'avis, la procédure suivie est la même, y compris pour les concentrations. En l'état actuel de la législation, le Conseil n'est pas compétent dans le secteur de l'audiovisuel. Néanmoins, il consulte le CSA pour des opérations relatives à des secteurs se situant en amont ou en aval de ce secteur.

En revanche, la loi du 30 septembre 1986, modifiée, n'a prévu aucune procédure de consultation du Conseil par le CSA lorsque ce dernier attribue des fréquences au titre de l'article 29 de cette loi, en tenant compte de la *" nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence "*.

Enfin, la faculté donnée au CSA de saisir le Conseil au contentieux de pratiques anticoncurrentielles *" dont il pourrait avoir connaissance "* n'a jamais été appliquée.

2 - Les relations entre l'ART et le Conseil de la concurrence

Le partage de compétence entre l'ART et le Conseil de la concurrence a été établi par la loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, qui a inséré de nouvelles dispositions dans le code des postes et télécommunications.

Le législateur a d'abord prévu que devaient être soumises au Conseil les dispositions du projet de décret relatives à la clause-type m, qui fixe les "*conditions nécessaires pour assurer une concurrence loyale*" dans les autorisations d'établissement et d'exploitation des réseaux ouverts au public (I. de l'article L. 33-1 ; avis n° 96-A-15 du 11 décembre 1996). Est également soumise au Conseil l'appréciation d'un monopole ou d'une position dominante d'opérateurs dans un secteur d'activités autre que les télécommunications ; les opérateurs détenant une telle position sont tenus d'individualiser leur activité de télécommunications sur le plan juridique (II. de l'article L. 33-1).

Par ailleurs, l'ART est tenue de saisir le Conseil de la concurrence pour avis lors de la modification des conventions d'interconnexion déjà conclues, pour garantir notamment l'égalité des conditions de concurrence (article L. 34-8), ainsi que pour l'établissement de la liste annuelle des opérateurs considérés comme exerçant une "*influence significative*" sur un marché pertinent du secteur des télécommunications, ces opérateurs étant obligés de publier une offre technique et tarifaire d'interconnexion approuvée par l'ART (article L. 36-7 7° ; avis n° 97-A-19 du 24 septembre 1997 et n° 98-A-19 du 25 novembre 1998).

De plus, lorsque l'ART est saisie d'une demande de conciliation au titre de l'article L. 36-9 du code des postes et télécommunications, son président informe le Conseil de l'engagement de la procédure qui, s'il est saisi des mêmes faits, peut décider de surseoir à statuer. En cas d'échec de la conciliation, le président de l'ART saisit le Conseil, si le litige relève de sa compétence.

Enfin, l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications dispose que le président de l'ART 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, saisine qui peut être introduite dans le cadre d'une éventuelle procédure d'urgence. Il peut également saisir le Conseil de toute autre question relevant de la compétence de ce dernier.

Parallèlement, le Conseil de la concurrence est tenu de communiquer à l'ART toute saisine entrant dans le champ de compétence de celle-ci et de recueillir l'avis de l'ART sur les pratiques dont il est saisi dans le secteur des télécommunications.

Ce mécanisme de coopération entre les deux institutions, à un stade précoce des procédures, a été très utilisé puisque, depuis 1997, l'ART a saisi le Conseil de la concurrence cinq fois et que le Conseil a sollicité l'avis de l'ART onze fois : cinq demandes portaient sur des demandes d'avis adressées au Conseil dans le cadre de sa compétence consultative et six sur des saisines du Conseil dans le cadre de sa compétence contentieuse.

II – Le projet soumis pour avis au Conseil

Le projet de modification de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 prévoit, dans sa rédaction actuelle :

"Art 41-4. - Le Conseil de la concurrence recueille l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur les concentrations ou projets de concentration dont il est saisi, en application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, dans le secteur de la communication audiovisuelle. Il lui notifie, à cet effet les rapports qu'il établit sur ces opérations, concomitamment aux notifications prévues au deuxième alinéa de l'article 21 de cette même ordonnance, et dans les mêmes conditions. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel lui transmet ses observations dans le délai de quinze jours suivant la réception du rapport".

"Il recueille également l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur les pratiques anticoncurrentielles dont il est saisi dans le secteur de la communication audiovisuelle. Il lui transmet, à cet effet, les notifications de griefs et les rapports qu'il établit sur ces affaires, dans les conditions et les délais prévus aux premier et deuxième alinéas de l'article 21 de l'ordonnance précitée du 1^{er} décembre 1986. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel lui transmet ses observations dans le délai de deux mois suivant la réception du rapport".

"Le Conseil supérieur de l'audiovisuel saisit le Conseil de la concurrence de tout fait susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle au sens du titre III de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 dont il a connaissance dans le secteur de la communication audiovisuelle".

III – Les observations du Conseil

Le Conseil de la concurrence formule les observations générales suivantes :

En premier lieu, le projet de loi met fin au régime d'exception instauré par les dispositions de la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989, modifiant l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 précitée, pour ce qui concerne les concentrations dans le secteur de l'audiovisuel. Les nouvelles dispositions rétablissent en effet la compétence du ministre chargé de l'économie et font rentrer le contrôle des concentrations dans le droit commun, tel que prévu par le titre V de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

En deuxième lieu, le projet supprime la disposition figurant à l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986, selon laquelle " *Le Conseil de la concurrence veille au respect du principe de la liberté de la concurrence dans le secteur de la communication audiovisuelle, selon les règles et dans les conditions prévues par l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 (...)* ". Il estime indispensable de maintenir cette disposition, qui rappelle que le Conseil de la concurrence est la seule autorité administrative indépendante habilitée à appliquer le droit commun de la concurrence et qui consacre clairement les champs respectifs de compétence du Conseil de la concurrence et du CSA.

En troisième lieu, le projet de loi ne précise pas si les dispositions de l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 précité sont maintenues ou implicitement abrogées. Or, ce sont ces dispositions qui permettent au Conseil de consulter le CSA et, ainsi, d'éclairer le rapporteur dès l'ouverture de la procédure.

En quatrième lieu, le dispositif prévu par le projet crée un régime particulier pour le CSA, qui est

dissymétrique par rapport à celui des autres autorités administratives, notamment l'ART, alors que les champs de compétence du CSA et de l'ART peuvent couvrir des secteurs convergents.

Enfin, l'intervention du CSA devant le Conseil à différents stades de procédure crée une ambiguïté sur le statut des avis du CSA, qui ne se limitent alors plus à éclairer le Conseil, mais interviennent directement au cours de cette procédure.

Il résulte de ces considérations que la combinaison de la suppression du premier alinéa de l'article 41-4 de la loi actuellement en vigueur et des interventions du CSA aux différents stades de la procédure est de nature à créer une confusion sur les champs respectifs de compétence du Conseil de la concurrence et du CSA et à introduire une confusion sur le statut juridique des interventions du CSA dans les procédures d'application du droit de la concurrence. Cette intervention du CSA dans la procédure du Conseil est incompatible avec le statut d'autorité administrative indépendante de ces deux organismes.

1 - Le régime prévu pour l'examen des concentrations

La procédure suivie actuellement par le Conseil de la concurrence, lorsque ce dernier répond à une demande d'avis du ministre chargé de l'économie dans le domaine des concentrations, est la suivante :

Conformément au deuxième alinéa de l'article 21 et à l'article 44 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le rapporteur du Conseil désigné rédige un rapport qui est notifié par le président du Conseil aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Ces personnes disposent d'un délai d'un mois pour présenter des observations écrites. Figurent en annexe au rapport les observations déposées, le cas échéant, par les autorités administratives visées par l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 modifié, lesquelles ont reçu copie de la saisine du Conseil et ont été invitées par lui à formuler un avis sur l'opération. Les observations des ministres intéressés sont normalement transmises au Conseil par l'intermédiaire du commissaire du Gouvernement. L'ensemble des observations peut être consulté avant la séance par les personnes destinataires du rapport.

Dès lors que le secteur de l'audiovisuel est soumis au droit commun des concentrations, il conviendrait que, comme pour les autres secteurs, le Conseil de la concurrence puisse consulter le CSA dès qu'il est lui-même saisi.

Le Conseil relève, en outre, que le projet donne au CSA un délai de quinze jours, suivant la réception du rapport, pour déposer ses observations. L'introduction de ce nouveau délai, sans avantage évident, est de nature à créer des difficultés au regard des droits des parties et du bon déroulement de la procédure. Si cette disposition devait être maintenue par le Gouvernement, il conviendrait de donner au CSA le même délai d'un mois que celui accordé aux ministres intéressés au titre de l'article 44 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 précitée.

Au surplus, le Conseil estime qu'il faudrait supprimer les dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi du 30 septembre 1986, ces dispositions n'ayant plus de raison d'être du fait de la modification des dispositions de l'article 41-4 envisagée.

2 - Le régime prévu pour l'examen des pratiques anticoncurrentielles

Le projet prévoit que le Conseil transmet au CSA les " *notifications de griefs et les rapports qu'il établit* " sur les affaires dont il a à connaître.

Ce système diffère totalement, tant en ce qui concerne le régime appliqué aux autorités administratives visées par l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 modifié, qui se trouvent destinataires des saisines et qui font parvenir leurs observations en amont de la procédure contradictoire, qu'en ce qui concerne le régime appliqué aux ministres intéressés qui ne sont destinataires que du rapport définitif.

Le Conseil s'interroge, comme précédemment, sur l'articulation de ces dispositions avec celles de l'article 16 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986. Si les dispositions de ce décret étaient abrogées, la procédure instituée supprimerait également la possibilité pour le Conseil de la concurrence de recueillir l'avis du CSA dès le dépôt de la saisine.

Dans ce cas, le Conseil considère que le projet présente, sur ce point, un inconvénient majeur.

En effet, le CSA ne pourrait plus être consulté ni sur les pratiques dont le Conseil serait saisi et qui feraient l'objet d'une proposition d'irrecevabilité, soumise au Conseil par le rapporteur chargé du dossier, ni sur celles examinées par le Conseil dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires. Ces procédures contradictoires, uniquement orales, ne donnent pas lieu à la rédaction d'un rapport. Une telle situation aurait pour effet de priver les parties et le Conseil de l'éclairage de l'autorité de régulation sectorielle.

De plus, dans le cas d'une affaire aboutissant à une notification de griefs, la nouvelle procédure envisagée priverait le rapporteur des éléments sectoriels essentiels que seul le CSA est en mesure de fournir.

Par ailleurs, le Conseil souligne que la transmission de la notification de griefs au CSA se justifie d'autant moins que - sauf procédure simplifiée prévue à l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 - elle ne constitue qu'un document préparatoire au rapport définitif et qu'elle n'est accompagnée d'aucune des pièces venant au soutien du document.

C'est pourquoi le Conseil de la concurrence estime, pour les mêmes raisons que celles évoquées au sujet des concentrations, qu'il est important que le Conseil puisse consulter le CSA dès la réception de la saisine, comme cela est prévu actuellement par l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 précité, et que l'intervention du CSA à un stade ultérieur de la procédure n'est pas souhaitable en raison des confusions et complications de procédure qu'elle est susceptible d'entraîner.

Toutefois, dans l'hypothèse où le Gouvernement entendrait réserver un régime spécifique au CSA, tendant à ce que le rapport du rapporteur lui soit adressé en fin de procédure, il serait au moins nécessaire que soient maintenues les dispositions de l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 précité.

3 - L'asymétrie de la procédure envisagée avec celle en vigueur entre le Conseil et l'ART

La convergence des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel rend de plus en plus floue la limite entre ce qui relève de l'audiovisuel et des télécommunications. Le CSA a lui-même indiqué, dans *La Lettre du CSA* n° 78 (mars 1996), que l' " *universalité du signal transmis, c'est à dire l'utilisation indifférente, par les nouveaux services, de tous les supports de diffusion, remet progressivement en cause la gestion séparée de ces supports, tant pour les différentes catégories de support de diffusion prévues par la loi de 1986 (hertzien terrestre, câble et satellite) que pour les supports gérés par d'autres autorités que le CSA (fréquence DGPT, réseaux téléphoniques , etc...)* ".

Il arrive donc que le Conseil soit en charge d'un dossier qui justifie une saisine du CSA et de l'ART pour recueillir l'avis de chacune de ces deux autorités. C'est ainsi qu'avant de se prononcer sur la demande de mesures conservatoires présentée par la société NC NumériCâble (décision n° 99-MC-01 du 12 janvier 1999), le Conseil a consulté le CSA et l'ART. En effet, les infrastructures câblées exploitées par France Télécom peuvent, dans certains cas, servir de support tant à la transmission d'images et de son à destination du public qu'à la transmission de communications téléphoniques.

Or, le projet de loi soumis à l'avis du Conseil vise à instaurer, pour les relations établies entre le CSA et le Conseil, un régime différent de celui qui existe actuellement entre l'ART et le Conseil, tant pour les affaires contentieuses que pour les avis en matière de concentrations et il ne peut être exclu que des autorités régulatrices sectorielles expriment sur un même sujet des avis divergents compte tenu des missions particulières dont elles sont investies. Dès lors, on voit mal comment des avis de même valeur technique et juridique pourraient être produits à des moments différents de l'instruction d'un même dossier.

4 - Les saisines du Conseil de la concurrence par le CSA

Le troisième alinéa de l'article 41-4 du projet soumis pour avis au Conseil ne prévoit que la possibilité de saisine contentieuse du Conseil par le CSA.

Or, pour autoriser l'usage de fréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre, le CSA est tenu, aux termes de l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986 de tenir compte des impératifs visant notamment à éviter des " *abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence* ", notions qui rentrent dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence prévu par le titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Par ailleurs, aux termes de l'article 43 de l'ordonnance, le Conseil peut " *en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus (...)* ".

Dans la mesure où l'usage de fréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre découlant de l'autorisation délivrée par le CSA sur le fondement de l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986 pourrait créer une situation de position dominante, le Conseil considère que, dans le souci de préserver la cohérence du droit de la concurrence, le projet de loi devrait prévoir que le CSA est

tenu de le saisir pour avis, avant de procéder à la délivrance de l'autorisation.

En conclusion, le Conseil considère :

1. - qu'il est indispensable, en tout état de cause, de maintenir la disposition du premier alinéa de l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986, actuellement en vigueur, qui précise que le Conseil " *veille au respect du principe de la liberté de la concurrence dans le secteur de la communication audiovisuelle* ", et ce, d'autant plus que l'intervention du CSA à différents stades de la procédure serait de nature à entraîner une confusion sur le rôle respectif de ces deux autorités.
2. - qu'il est impératif que le Conseil dispose de l'avis du CSA dès le début de la procédure d'instruction, tant pour les affaires contentieuses que pour les opérations de concentration, comme le prévoient les dispositions de l'article 16 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986.
3. - que le nouveau dispositif introduit une dissymétrie injustifiée dans les relations organisées par les textes entre le Conseil et les différentes autorités administratives sectorielles, notamment l'ART.
4. - que la présence du CSA à différents stades de la procédure créerait une équivoque sur la nature de ses avis, qui n'auraient plus pour seule fonction d'éclairer le Conseil de la concurrence, mais de prendre parti sur l'instruction des dossiers.

Délibéré, sur le rapport de M. Jean-René Bourhis et de M. Bernard Lavergne, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, Mme Boutard Labarde et M. Rocca, membres.

Le rapporteur général suppléant,

Marie-Hélène Mathonnière

Le vice-président,
présidant la séance

Pierre Cortesse