RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 07-D-44 du 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu les lettres enregistrées les 17 septembre 2003 et 26 mars 2007, sous le numéro 03/0067F, par lesquelles la société Leaurel a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes et la société Le Coucou ;

Vu les articles 81 et 82 du Traité ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les avis du médiateur du cinéma des 17 mai 2004 et 14 mai 2007 ;

Vu la décision de secret des affaires n°07-DSA-108 du 23 mai 2007 ;

Vu la décision du 17 juillet 2007 disposant que l'affaire fera l'objet d'une décision du Conseil sans établissement préalable d'un rapport ;

Vu les observations présentées par la société Leaurel, le GIE Ciné Alpes et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Leaurel, de la société Le Coucou et du GIE Ciné Alpes entendus ;

Le médiateur du cinéma entendu sur le fondement du deuxième alinéa de l'article L. 463-7 du code de commerce lors de la séance du 12 novembre 2007 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE DE LA SOCIÉTÉ LEAUREL

1. Par lettre enregistrée le 17 septembre 2003, sous le numéro 03/0067 F, la société Leaurel, qui exploite le cinéma l'Eldorado à Dijon, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes sur les marchés de la distribution et de l'exploitation cinématographiques. Selon la saisissante, ces pratiques seraient constitutives d'ententes, d'un abus de position dominante et d'une pratique de prix abusivement bas au sens des articles L. 420-1, L. 420-2 et L.420-5 du code de commerce.

2. En premier lieu, la société Leaurel reproche au GIE Ciné Alpes de menacer les distributeurs de ne pas diffuser leurs films dans les zones où il est en monopole s'ils n'octroient pas au GIE les films qu'il souhaite. Selon la plaignante, " *le GIE Ciné Alpes a, à de nombreuses reprises, exercé des pressions sur plusieurs distributeurs dans le cadre de ses négociations pour la programmation d'un film par le Devosge,* [exploitant membre du GIE et principal concurrent de l'Eldorado à Dijon] *en liant abusivement la diffusion du film concerné par le Devosge à la diffusion d'un ou plusieurs autres films dans l'ensemble des zones géographiques où le groupe Davoine est en position dominante* ".

3. En deuxième lieu, la plaignante indique que les prix pratiqués ne peuvent conduire qu'à une exploitation à perte du Devosge. L'activité de la salle serait maintenue depuis 2000 grâce à l'exploitation, par la SAS Coucou qui détient le Devosge, des cinémas le Capitole et le Jaude à Clermont-Ferrand. Cette *" jonction des exploitations "*, qualifiée de *" pratique de subventions croisées "*, permettrait la compensation des pertes structurelles du cinéma Devosge. Ainsi, elle estime que *" cette pratique est constitutive d'une pratique de prix prédateurs au regard de la position dominante détenue par le groupe Davoine. Elle considère par ailleurs que cette pratique constitue à tout le moins une pratique de prix abusivement bas ".*

4. Enfin, la plaignante évoque brièvement l'éventualité d'ententes entre les distributeurs et le GIE : " *Au surplus, il convient de noter que s'il apparaissait que cette préférence accordée au groupe Davoine par les distributeurs est le résultat d'une collusion entre certains distributeurs et le groupe Davoine, ces agissements seraient constitutifs d'une entente prohibée au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce* ".

5. Par lettre enregistrée le 26 mars 2007, la société Leaurel a indiqué que le GIE Ciné Alpes avait " *poursuivi des pratiques analogues après la date de la saisine dans le cadre de la négociation d'autres films que ceux déjà visés dans la saisine initiale* " et a souhaité en conséquence étendre sa saisine initiale aux pratiques postérieures au 17 septembre 2003.

B. LE SECTEUR CINÉMATOGRAPHIQUE

6. Ainsi que l'a rappelé le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 04-D-10 du 1er avril 2004, le processus qui va de la conception d'un film à sa vision par les spectateurs met en relation plusieurs catégories d'acteurs. Le producteur met en œuvre les moyens techniques et financiers nécessaires à la réalisation des films. Ces œuvres sont ensuite diffusées, par les distributeurs, aux exploitants de salles de cinéma.

7. Les distributeurs obtiennent la distribution d'un film, soit en participant au financement du film, soit en achetant les droits du film à ses détenteurs. En amont, les contrats de distribution conclus entre les producteurs et les distributeurs concernent à la fois le droit de reproduction, c'est-à-dire le droit de procéder au tirage de copies, et le droit de représentation en public. Ils confèrent aux distributeurs un droit exclusif de concéder aux exploitants de salles de cinéma le droit de représenter publiquement l'œuvre cinématographique.

8. La concession de ce droit de représentation publique aux exploitants de salles s'accompagne de la remise matérielle d'un support sous forme de copies d'exploitation ainsi que de supports de promotion tels qu'affiches et photographies. Ces relations se concrétisent par la conclusion d'un contrat dit de " location ".

9. Les négociations entre les distributeurs et les exploitants portent sur un nombre de films toujours croissant. En 2005, le nombre de films exploités en France était de 4 490 dont 1 081 films de moins de cinq ans représentant toutefois 96 % des séances.

10. Certains acteurs du secteur cinématographique ont intégré différentes activités, de sorte que les groupes tels que Europalaces, UGC et MK2, qui sont à la fois producteur, distributeur et exploitant, dominent le secteur.

1. LES PRINCIPAUX DISTRIBUTEURS

11. Le marché de la distribution cinématographique est relativement concentré. En 2002, les neuf premiers distributeurs ont réalisé 90,5 % des entrées et les cinq premiers 52,7 %.

12. En 2006, les recettes des quinze premiers distributeurs étaient réparties comme suit :

Année 2006	Les 15 premiers distributeurs (en termes d'encaissements distributeur)	part de marché (%)
1	Gaumont Columbia	11,8 %
2	20th Century Fox	10,5 %
3	Mars Distribution/Studio Canal	10,4 %
4	Warner Bros France	9,8 %
5	Buena Vista International France	9,6 %
6	UIP	7,7 %
7	Pathé Distribution	7,7 %
8	TFM	4,7 %
9	Metropolitan Filmexport	4,5 %
10	EuropaCorp	4,0 %
11	SND	3,4 %
12	Wild Bunch-Pan Européennne	2,2 %
13	Diaphana	2,1 %
14	Bac Films	1,6 %
15	UGC	1,4 %

Source " Le Film Français / 9 février 2007 "

2. LES ENTREPRISES D'EXPLOITATION

a) Les principaux exploitants

13. Le parc d'exploitation est composé de 821 sociétés exploitantes de salles de cinéma. En 2002, le marché de l'exploitation comptait 5 280 salles de cinéma actives pour 4 291 salles en 1994. Cette progression s'explique notamment par le développement des multiplexes.

14. En 2003, les dix premières entreprises, en termes de recettes, exploitaient 1 952 écrans, soit 36,9 % de l'ensemble des écrans actifs, tandis que 1 302 établissements, c'est-à-dire 60,08 % du parc, ne comprenaient qu'un seul écran et ne réalisaient que 10,8 % des entrées en 2002.

15. Les parts de marché des principaux exploitants de salles de cinéma en 2006 sont les suivantes :

OPERATEURS	écrans	Nb établissements	Entrées	Part de fréquentation	Part de recettes
Europalaces	605	59	39 650 402	21,1 %	24,0 %
UGC	371	37	29 290 059	15,6 %	16,2 %
CGR	365	37	15 000 122	8,0 %	7,6 %
Kinépolis	87	7	6 482 867	3,4 %	3,6 %
Davoine-Ciné Alpes	159	61	4 632 754	2,5 %	2,7 %
MK2	64	11	4 337 074	2,3 %	2,5 %
Cinéville	78	10	3 088 059	1,6 %	1,7 %
SA Les Images Lemoine	60	6	2 736 414	1,5 %	1,4 %

b) Les exploitants en présence

La SARL Leaurel

16. La SARL Leaurel, gérée par Monsieur X... , exploite la salle de cinéma l'Eldorado au centre ville de Dijon depuis 1985 ainsi que le Méliès à Saint-Étienne depuis 1983. À ce jour, l'Eldorado, doté de 3 écrans, est la seule salle classée " art et essai " à Dijon avec trois labels : recherche, jeune public et patrimoine.

Le GIE Ciné Alpes

17. Le GIE Ciné Alpes occupe le cinquième rang des exploitants au niveau national. En 2003, il exploitait, à travers différentes sociétés, 59 cinémas et deux multiplexes qui représentent 144 écrans dont 129 dans la région cinématographique de Lyon. Dans cette région, le GIE Ciné Alpes dispose d'un circuit étendu dont les principaux atouts résident dans une forte implantation monopolistique dans les stations de ski des Alpes du Nord et quatre villes moyennes, ainsi que dans la possession de multiplexes à Clermont-Ferrand, Dijon et, depuis mai 2005, à Brest.

18. L'activité du GIE Ciné Alpes est décrite comme *" la mise en œuvre de tous moyens propres à faciliter ou développer l'activité de ses membres, à s'intéresser à toutes opérations ayant trait à la fabrication, le financement, la diffusion, l'exploitation de tous les supports audiovisuels* ". Son administrateur est Monsieur G. Y.... Les sociétés membres sont au nombre de 22.

19. Le GIE Ciné-Alpes relève de la catégorie des " entreprises-propriétaires ", visées au chapitre II du décret n° 83-13 du 10 Janvier 1983 modifié relatif à la programmation des œuvres cinématographiques en salle. L'activité de ces entreprises, qui ne programment aucune salle tierce, contrairement aux ententes et groupements de programmation, est encadrée par la loi. Ces entreprises doivent notamment prendre certains engagements dès lors qu'elles ont un certain poids (plus de 0,5 % des entrées sur le territoire métropolitain) sur le marché national et qu'elles sont susceptibles de faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la diffusion des œuvres.

20. Le GIE Ciné-Alpes, soumis à ces dispositions, a formulé trois types d'engagements pour la période allant du 1er juillet 2006 au 30 juin 2008 : le premier vise à diversifier la programmation de ses établissements à travers la promotion du cinéma européen, le second porte sur la diffusion de films européens de distributeurs indépendants et le troisième concerne la limitation de la diffusion simultanée d'un même film dans les établissements de type multiplexe.

C. LA RÈGLEMENTATION DU SECTEUR CINÉMATOGRAPHIQUE

1. LE RÔLE DES POUVOIRS PUBLICS

a) Le Conseil national de la cinématographie

21. En raison du statut particulier du film, à la fois bien culturel et produit commercial, le secteur du cinéma est réglementé et son activité est encadrée par le Centre national de la cinématographie (ci-après CNC), établissement public qui assure, sous l'autorité du ministre chargé de la culture, l'unité de la conception et la mise en oeuvre de la politique de l'Etat dans le domaine du cinéma, en application de l'article 2 du code de l'industrie cinématographique.

b) Le médiateur du cinéma

22. La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle a institué un médiateur du cinéma chargé d'une mission de conciliation préalable en cas de *" litiges relatifs à la diffusion en salle des oeuvres cinématographiques ayant pour origine une situation de monopole de fait, une position dominante ou toute autre situation ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en révélant l'existence d'obstacles à la plus large diffusion des oeuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général "* (article 2).

23. Le procès-verbal de conciliation, établi par le médiateur du cinéma, a force exécutoire. À défaut de conciliation, le médiateur peut prononcer une injonction. Par ailleurs, en cas d'échec de la conciliation, il peut également décider de saisir le Conseil de la concurrence.

24. La mission confiée au médiateur du cinéma établit un lien entre le droit du cinéma et le droit général de la concurrence en faisant référence à des concepts appartenant à celui-ci. Toutefois, la notion *" d'intérêt général "* donne au médiateur une marge d'appréciation importante et lui permet par exemple de recommander aux distributeurs de reconnaître une certaine priorité aux salles spécialisées " art et essai " qui font un effort d'exposition des films dans la durée. Ceci rattache les actions du médiateur à la régulation sectorielle et non au droit transversal de la concurrence. En outre, alors que l'intervention du médiateur porte sur un litige ponctuel, celle du Conseil de la concurrence tend à appréhender le comportement global d'une entreprise sur un marché.

2. LES FILMS RECOMMANDÉS ART ET ESSAI

25. Deux grandes catégories de films cinématographiques sont susceptibles d'être distinguées : d'une part, une catégorie de films cinématographiques dits " grand public ", qui sont, par définition, susceptibles d'attirer un large public et, d'autre part, les films recommandés " art et essai ", qui sont des films présentant des qualités artistiques, culturelles ou éducatives particulières.

26. Des aides financières sont distribuées par le CNC aux exploitants pour la projection de films d' " art et essai ". Les aides versées aux cinémas " art et essai " se sont élevées à 10,7 millions d'euros en 2001, ce qui représentait 16,8 % du montant total des aides accordées par le CNC. Ces films font dès lors l'objet de dispositions réglementaires spécifiques.

27. Ainsi, au plan juridique, les films recommandés " art et essai " sont définis comme ceux pouvant être rattachés à l'une des catégories visées par l'article premier du décret 2002-568 du 22 avril 2002 portant définition et classement des établissements de spectacles cinématographiques d' " art et d'essai ", à savoir :

" Les établissements de spectacles cinématographiques d'art et d'essai sont ceux présentant des oeuvres répondant à l'une au moins des caractéristiques suivantes :

1° Œuvres cinématographiques ayant un caractère de recherche ou de nouveauté dans le domaine cinématographique ;

2° Œuvres cinématographiques présentant d'incontestables qualités mais n'ayant pas obtenu l'audience qu'elles méritaient ;

3° Œuvres cinématographiques reflétant la vie de pays dont la production cinématographique est assez peu diffusée en France ;

4° Œuvres cinématographiques de reprise présentant un intérêt artistique ou historique, et notamment oeuvres cinématographiques considérées comme des " classiques de l'écran " ;

5° Œuvres cinématographiques de courte durée tendant à renouveler par leur qualité et leur choix le spectacle cinématographique.

Peuvent être exceptionnellement considérées comme oeuvres cinématographiques d'art et d'essai :

1° Des oeuvres cinématographiques récentes ayant concilié les exigences de la critique et la faveur du public et pouvant être considérées comme apportant une contribution notable à l'art cinématographique ;

2° Des oeuvres cinématographiques d'amateur présentant un caractère exceptionnel ".

28. L'attribution de la recommandation " art et essai " à un film fait l'objet d'une décision du directeur général du CNC, prise sur la base d'une liste établie par l'Association française des cinémas d'" art et essai " (ci-après AFCAE). L'octroi de cette recommandation intervient ex post, environ un mois après la sortie du film. Au moment de la programmation de ses salles, l'exploitant doit donc essayer de deviner si un film recevra ou non ce label. Depuis 2001, la part des films recommandés " art et essai " est toujours supérieure à 67 %. En 2005, elle atteint 69,3 % (3 111 films " art et essai " sur un total de 4 490 films exploités en salles).

29. Depuis l'année 2002, un classement " art et essai " des sites de projection est également établi. Chaque année, à la demande des exploitants, le directeur général du CNC classe les établissements " art et essai ", après avis de la commission du cinéma d'"art et essai ". Afin d'obtenir le classement " art et essai ", les exploitants doivent consacrer une part prédominante de leur programmation aux films recommandés " art et essai " (plus de 67 % pour être classé " art et essai " et, par exemple, plus de 95 % pour obtenir le label " recherche ", selon le gérant de l'Eldorado). La subvention qui sera éventuellement allouée par le CNC dépend de plusieurs critères, tels que le nombre et la diversité des films proposés, ainsi que la politique d'animation du site (organisation de festivals, soirées thématiques, etc.).

30. Tous les exploitants de salles de cinéma, qu'ils appartiennent à un circuit ou à des exploitants indépendants, recherchent les films " art et essai " dits porteurs, qui allient qualité et succès. Comme l'indique le distributeur Mars Films dans sa réponse au questionnaire de la rapporteure, *" les circuits et l'exploitation indépendante grand public, comme l'exploitation dite " art et essai " souhaitent programmer ce type de films. Les premiers car il s'agit de films à potentiel commercial non négligeable et qui assurent une programmation variée et qualitative, les seconds parce que ce sont des films d'auteurs, qu'ils considèrent comme leur revenant de fait, et de surcroît commercialement plus intéressants que d'autres films qu'ils peuvent être amenés à défendre par ailleurs ".*

D. LES PRATIQUES CONSTATÉES

31. Les principaux éléments décrivant les pratiques du GIE Ciné Alpes sont extraits d'une part, des procès-verbaux de médiation versés au dossier par le médiateur du cinéma et les parties et, d'autre part, des éléments d'enquête transmis par la DGCCRF le 3 mai 2005, à la demande du rapporteur général, sur le fondement de l'article R. 463-5 du code de commerce.

32. Il y a lieu de souligner que les pratiques du GIE Ciné Alpes ont conduit certains distributeurs à saisir eux-mêmes le médiateur du cinéma, alors que les demandes de médiation émanent le plus souvent des exploitants.

1. DES PRESSIONS RELATIVES À L'OBTENTION DE FILMS EN EXCLUSIVITÉ

33. Dans son avis du 17 mai 2004 relatif à la présente saisine, le médiateur du cinéma indique qu'à plusieurs reprises, des programmateurs de salles ou des distributeurs ont reproché au GIE Ciné Alpes, lors de médiations tenues devant lui ou dans des lettres à son attention, d'utiliser son poids économique afin de favoriser les salles des sociétés membres du GIE dans la mise en place des plans de diffusion, ou afin d'obtenir des conditions de location privilégiées.

34. Les distributeurs se plaignent auprès du médiateur de s'être heurtés soit à des refus de programmation, soit à des menaces de refus de programmation, de la part du GIE Ciné Alpes.

a) Refus de programmation

En ce qui concerne le distributeur SND

35. Dans une lettre du 30 décembre 2002 adressée à Monsieur G. Y... , administrateur du GIE Ciné Alpes, avec copie au médiateur du cinéma, Monsieur O. Z..., directeur de la distribution de la société SND, explique que sa société a connu un différend important avec le GIE Ciné Alpes à l'occasion de la sortie du film de Claude Lelouch *" And now ladies and gentlemen "*. En effet, le distributeur SND n'avait pas donné satisfaction au GIE Ciné Alpes qui souhaitait être le seul à exploiter ce film à Clermont-Ferrand : *" c'est votre société qui nous a refusé la sortie de ce long-métrage et ce parce que vous exigiez d'avoir le film seul sur Clermont-Ferrand, et que vous refusiez l'égalité avec le Cinéma Le Paris. Nous avons été punis : plus de films SND programmés sur le circuit Ciné Alpes "*.

36. A la suite à ce différend, la société SND s'est heurtée à des refus systématiques de programmation par le GIE Ciné Alpes. Monsieur Z... estime que 20 films distribués par SND ont été boycottés par le GIE, de mai 2002 à mars 2003 : *" Livraison à domicile ", " The point men ", " Basic ", " Gomez & Tavares ", " Le peuple des Ténèbres ", " Dina ", " Ignition ", " The extremists ", " Le temps d'un automne ", " Demonlover ", " Wishcraft ", " La princesse du désert ", " Dog Soliders ", " Irene ", " La sixième victime ", " Sex troubles ", " Team riders ", " La prophétie des ombres ", " And now ladies and gentlemen "* et *" Gangs of New York "*.

37. S'agissant du film *" Gangs of New York "*, le distributeur SND a refusé de faire droit à des demandes d'exclusivité du GIE qu'il estimait " invraisemblables ", fin 2002. En conséquence, le GIE n'a pas diffusé ce film dans l'ensemble de son circuit.

38. Dans un procès-verbal d'audition en date du 24 mars 2003, Olivier Z... explique au médiateur du cinéma que le GIE *" refuse d'être en égalité là où il pourrait l'être avec d'autres, notamment sur Clermont-Ferrand et Dijon. Il veut être tout seul ; sur Clermont, il veut le monopole sur la ville. Sur le film " Gangs of New York ", le GIE voulait la VO, promise comme de nature au Paris, pour le Capitole à condition que le Paris ne la sorte pas. En conséquence, je suis " sorti " en VO, VF uniquement au Paris (7 semaines). Je ne suis sorti nulle part dans les salles qu'exploite Monsieur Y... ; en conséquence, notre société a connu un manque à gagner d'environ 2 millions de francs, mais surtout les spectateurs des villes où Davoine est en monopole (Nevers, Aurillac, Issoire, Lons-le-Saunier, Macon... plus les stations pendant les vacances de février) ont été privées de ce film "*.

En ce qui concerne le distributeur ARP

39. En mars 2003, Monsieur Monsieur A..., directeur des ventes d'ARP, a dû saisir le médiateur d'une demande relative au placement des films *" Laisse tes mains sur mes hanches "* et *" Bon voyage "*. A Clermont-Ferrand, le distributeur avait prévu de confier le film *" Bon voyage "* à deux cinémas du GIE Ciné Alpes, Le Capitole et Le Jaude, ainsi qu'à leur concurrent, le cinéma Le Paris. Ayant refusé de retirer au Paris la copie du film qui lui avait été promise, le distributeur ARP s'est vu refuser la programmation des films *" Bon voyage "* et *" Laisse tes mains sur mes hanches "* dans toutes les salles du GIE. Lors de la médiation n° 880 du 26 mars 2003, Monsieur A... expose que *" ses soucis ont commencé depuis le placement du film à Clermont-Ferrand. GPCI qui programme le Paris a demandé le film " Bon voyage " depuis longtemps... Il estime que cette demande est légitime car le film correspond à la programmation du Paris "*. Informé du placement du

film *" Bon voyage "* au Paris, *" Monsieur Y... a signifié un refus sur deux films suite au placement du film au Paris ".*

40. Dans cette affaire, le médiateur a lui-même signalé que *" plusieurs distributeurs l'ont alerté des difficultés qu'ils rencontraient avec l'ensemble des salles du circuit Ciné Alpes lorsqu'ils envisageaient de placer un film au Paris et que Monsieur Y... voulait exploiter en exclusivité à Clermont-Ferrand "* et que *" les difficultés qu'ils rencontrent [pouvaient également porter] sur d'autres postes que Clermont-Ferrand (les stations, Dijon)".* Le médiateur a dès lors souligné que *" si les faits relatés s'avéraient exacts, ils pourraient constituer une pratique anticoncurrentielle. Il attire l'attention de Monsieur Y... sur ce point et sur le fait que le faisceau d'indices dont il dispose à ce stade est assez concordant. De tels agissements doivent cesser ".* En l'espèce, les parties ont pu trouver un accord sur le placement du film " *Laisse tes mains sur mes hanches* ", mais le médiateur a constaté leur désaccord sur " *Bon voyage* ".

En ce qui concerne le distributeur Ocean Films

41. En mars 2001, Ocean Films a été victime d'un refus de programmation du film " *H. S. Hors service* " dans l'ensemble du circuit Ciné Alpes à la suite d'un désaccord sur le placement du film à Dijon. Le GIE Ciné Alpes refusait de partager le film, qu'il devait exploiter dans son multiplexe le Cap vert, avec deux salles concurrentes de centre ville (cote 1740).

42. S'agissant de la politique commerciale du GIE, Madame F. F..., responsable de la distribution de la société Ocean Films, écrit dans une lettre à la DGCCRF du 12 août 2003 : *" il est toujours sous-entendu que si l'on ne donne pas un film au Devosge de Dijon, cinéma dans lequel personne ne fait le travail de promotion indispensable à la sortie d'un film " art et essai ", on n'a pas accès au Capitole de Clermont-Ferrand, où par contre, un travail formidable est effectué depuis des années ".*

En ce qui concerne le distributeur Mars Films

43. La médiation du 22 décembre 2000 relative au film *" Billy Elliot "* avait conduit Mars Films à se rallier à la proposition du médiateur dans cette affaire et à donner à l'Eldorado la copie initialement destinée au Devosge à Dijon. A la suite de cette médiation, le GIE Ciné Alpes a cessé ses relations commerciales avec Mars Films. Le 24 mars 2003, Madame G..., la représentante de Mars Films, explique à l'enquêteur qu'à la suite d'une *"médiation sur Billy Elliot sur Dijon, où le médiateur a tranché en défaveur de Monsieur Y... , nos relations se sont détériorées et il y a eu un chantage permanent sur ses exclusivités sur Clermont et Dijon ".*

44. Cette rupture des relations commerciales aurait duré jusqu'à la médiation n° 840 du 18 juin 2002 relative au film *" L'auberge espagnole "* à l'issue de laquelle le médiateur a constaté l'accord des deux parties sur la reprise de relations commerciales normales.

En ce qui concerne le distributeur Rezo Films

45. Dans son procès-verbal d'audition du 24 mars 2003, Monsieur F. B..., programmateur de la société Rezo Films, indique à l'enquêteur que la société Rezo Films a dû faire face à des suppressions de programmation par le GIE Ciné Alpes en raison du tandem prévu pour le film *" Petites coupures "* à Clermont-Ferrand.

46. Monsieur B... explique ainsi : " *Nos relations avec le groupe de Monsieur Y... sont toujours contraignantes et se sont détériorées à l'occasion des films " Le papillon " et " Petites coupures ". "Le papillon" était en exclusivité chez Davoine à Clermont (Capitole et Aubière) mais n'était pas en centre ville à Dijon. " Petites coupures " était programmé, lui, au Paris de Clermont-Ferrand avec 2 copies en centre ville Dijon et Quétigny. Monsieur Y... a refusé Aubière et voulait une exclusivité au Capitole à la place du Paris pour concéder Aubière et les stations alpines. Sinon en contrepartie d'un tandem sur Clermont, il nous refusait Aubière et n'accordait que 5 stations. Au final, il a été en tandem à Clermont sans Aubière, il a retiré Quétigny et Dijon, sans justification. En 2e semaine, il m'a demandé 40 % sur le Capitole et le Devosge à Dijon ; comme j'ai refusé, ces salles ont été déprogrammées. Je ne peux pas me permettre de me passer de Ciné-Alpes* ".

b) Menaces de non-programmation d'un film

En ce qui concerne le distributeur Mars Films

47. Dans une lettre du 17 mars 2003, la société Mars films se plaint au médiateur des pressions exercées sur elle par le GIE Ciné Alpes en vue de l'obtention d'exclusivités d'exploitation pour le film " *Snowboarder* ". Elle écrit : " *nous nous trouvons à nouveau aujourd'hui devant un chantage inadmissible, à savoir un refus d'exploitation du film sur ce circuit (situation de monopole dans la quasi-totalité des postes) au motif de ne pas accepter soit un pourcentage de 40 % au démarrage partout, soit de souscrire un engagement exclusif, en particulier au centre de Clermont-Ferrand, en faveur des salles [du GIE, Jaude et/ou Capitole] sur notre prochain film de François Ozon* ".

48. Au cours de la médiation n° 882 du 26 mars 2003, Madame G..., la représentante de Mars Films, veut s'assurer " *que la proposition de Monsieur Y... pour " Snowboarder " n'est pas liée à une demande d'exclusivité du film " Swimming Pool " à Clermont-Ferrand*", ce film ayant d'ores et déjà été demandé par Le Paris, concurrent du GIE. Madame G..., craint que si l'exclusivité demandée pour " *Swimming pool* " est refusée au GIE, celui-ci décide de ne pas sortir le film " *Snowboarder* " dans l'ensemble de son circuit, bien qu'il s'agisse d'un film dont la diffusion dans les salles situées dans des stations de ski semble incontestable. A l'issue de la médiation, le GIE accepte la proposition de Mars Films.

49. Dans une autre affaire, concernant le film " *Anthony Zimmer* ", Mars Films a de nouveau saisi le médiateur devant la menace de Ciné Alpes de ne sortir ce film dans aucune de ses salles s'il ne l'obtenait pas en exclusivité à Dijon. Dans la médiation n° 1034 du 3 juin 2005, le représentant de Mars Films " *affirme que Monsieur Y... a menacé de ne plus sortir les films Mars dans aucune des salles lui appartenant si Mars rajoutait une copie chez Europalaces* ". Le médiateur parvient à concilier les parties notamment sur le fait que le film sera exploité à la fois par un cinéma du GIE et par un cinéma programmé par Europalaces.

En ce qui concerne le distributeur Pyramide Distribution

50. Dans l'affaire n° 644 du 7 février 2000, la société Pyramide a fait une demande de médiation concernant le placement du film " *Accord et Désaccord* " à Dijon. L'Eldorado et le Devosge souhaitaient tous les deux exploiter le film en version originale et le distributeur jugeait plus opportun de placer son film au cinéma l'Eldorado. Dès lors, la société Pyramide a jugé nécessaire d'entamer une démarche préventive devant le

médiateur du Cinéma, *" afin de ne pas être victime de la surenchère des offres ni de pressions concernant la fourniture d'autres sites d'exploitation de Monsieur Y... "*.

51. Le médiateur a indiqué qu'*" il ne serait pas admissible que le refus d'une copie soit suivi de mesures de rétorsions à l'encontre du distributeur "*. Un procès-verbal de conciliation a pu être dressé, le médiateur ayant cependant précisé qu'il *" considère que le film " Accord et Désaccord " sera exploité comme prévu à l'Eldorado et qu'il voudrait s'assurer que Monsieur Y... ne fera aucun obstacle à la diffusion des films Pyramides, notamment dans les stations de sport d'hiver et les villes où il est en situation de monopole "*.

En ce qui concerne le distributeur MK2 Distribution

52. La société MK2 reconnaît, dans la médiation n° 872 du 5 février 2003 relative au placement du film *" La fleur du mal "*, que *" Monsieur Y... a demandé à Clermont-Ferrand à être le seul à avoir le film "*. Le distributeur avait accepté de confier les deux copies prévues pour Clermont-Ferrand à deux cinémas du GIE, le Capitole et le multiplexe d'Aubière.

53. Madame H... du Groupement de Programmation des Cinémas Indépendants (GPCI) affirmait *" qu'on peut même parler de chantage constant sur les distributeurs "* et a considéré *" que la situation est intolérable à Clermont-Ferrand "*. Elle a ajouté que, *" dans le contexte actuel, elle est obligée de venir voir le médiateur à chaque fois que Monsieur Y... fait pression sur les distributeurs pour que le Paris ne soit pas servi "*.

54. Dans cette affaire, le médiateur a relevé que *" cette situation était pour lui un sujet de préoccupation et qu'il en serait, d'une manière ou d'une autre saisi prochainement "*. Il a d'ailleurs ajouté que *" si Le Paris n'obtient que les copies des films que le circuit Davoine ne veut pas, il s'agit d'un abus de position dominante qui, s'il est caractérisé, peut l'amener à saisir le Conseil de la concurrence "*.

55. Le médiateur a considéré qu'une copie de ce film revenait au Paris et MK2 a accepté de fournir une copie supplémentaire du film " *La fleur du mal* " au Paris.

2. DES PRESSIONS RELATIVES À L'OBTENTION D'UN DROIT PRIORITAIRE D'EXPLOITATION

56. Des pressions sur les distributeurs ayant pour objet l'obtention d'un droit d'exploitation prioritaire de certains films par les salles du GIE Ciné Alpes ont été constatées dans les stations de sport d'hiver où l'établissement du GIE Ciné Alpes est en concurrence avec un autre exploitant.

a) A l'Alpe d'Huez

57. Madame I..., responsable du cinéma Le Signal, explique dans un procès-verbal dressé par l'enquêteur le 25 avril 2003 : *" j'ai les mêmes films que Davoine qui exploite les deux salles du cinéma de la Mairie, mais trois semaines après lui, ou plus tôt si les films ne font pas recette. (...) Ma programmation n'est pas bonne car j'ai trop souvent le même film à l'affiche ; alors qu'il me faudrait environ 8 films par semaine, je tourne avec 4 à 5 films sur 5 à 7 semaines. Mon concurrent Davoine tourne avec une moyenne de 12 à 15 films (en moyenne deux différents par jour) par semaine. Davoine a les sorties nationales (voire les avant-premières), ce qui est loin d'être mon cas. Cet écart de programmation est dû à la pression de Davoine sur les distributeurs qui l'avouent, mais ne l'écrivent pas "*.

I. Constatations

A. LA SAISINE DE LA SOCIÉTÉ LEAUREL

1. Par lettre enregistrée le 17 septembre 2003, sous le numéro 03/0067 F, la société Leaurel, qui exploite le cinéma l'Eldorado à Dijon, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes sur les marchés de la distribution et de l'exploitation cinématographiques. Selon la saisissante, ces pratiques seraient constitutives d'ententes, d'un abus de position dominante et d'une pratique de prix abusivement bas au sens des articles L. 420-1, L. 420-2 et L.420-5 du code de commerce.

2. En premier lieu, la société Leaurel reproche au GIE Ciné Alpes de menacer les distributeurs de ne pas diffuser leurs films dans les zones où il est en monopole s'ils n'octroient pas au GIE les films qu'il souhaite. Selon la plaignante, " *le GIE Ciné Alpes a, à de nombreuses reprises, exercé des pressions sur plusieurs distributeurs dans le cadre de ses négociations pour la programmation d'un film par le Devosge,* [exploitant membre du GIE et principal concurrent de l'Eldorado à Dijon] *en liant abusivement la diffusion du film concerné par le Devosge à la diffusion d'un ou plusieurs autres films dans l'ensemble des zones géographiques où le groupe Davoine est en position dominante* ".

3. En deuxième lieu, la plaignante indique que les prix pratiqués ne peuvent conduire qu'à une exploitation à perte du Devosge. L'activité de la salle serait maintenue depuis 2000 grâce à l'exploitation, par la SAS Coucou qui détient le Devosge, des cinémas le Capitole et le Jaude à Clermont-Ferrand. Cette *" jonction des exploitations "*, qualifiée de *" pratique de subventions croisées "*, permettrait la compensation des pertes structurelles du cinéma Devosge. Ainsi, elle estime que *" cette pratique est constitutive d'une pratique de prix prédateurs au regard de la position dominante détenue par le groupe Davoine. Elle considère par ailleurs que cette pratique constitue à tout le moins une pratique de prix abusivement bas ".*

4. Enfin, la plaignante évoque brièvement l'éventualité d'ententes entre les distributeurs et le GIE : " *Au surplus, il convient de noter que s'il apparaissait que cette préférence accordée au groupe Davoine par les distributeurs est le résultat d'une collusion entre certains distributeurs et le groupe Davoine, ces agissements seraient constitutifs d'une entente prohibée au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce* ".

E. LES GRIEFS NOTIFIÉS

65. Une notification de griefs, établie le 16 juillet 2007 sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, a été envoyée au GIE Ciné Alpes pour des pratiques constatées sur une période allant du 17 septembre 2000 à juin 2005, les faits antérieurs au 17 septembre 2000 étant prescrits à la date de la saisine.

66. Au regard des pratiques constatées, le grief d'abus de position dominante a été notifié au GIE Ciné Alpes en ces termes :

" Il est fait grief au GIE Ciné Alpes d'avoir, entre le 17 septembre 2000 et juin 2005, abusé de sa position dominante sur des marchés locaux de l'acquisition de droits de représentation auprès des distributeurs, en subordonnant ou menaçant de subordonner la programmation de films dans les zones où il était en monopole à l'octroi de droits en exclusivité ou en priorité dans les zones où il était en concurrence avec d'autres exploitants.

Cette pratique, qui ne reposait sur aucune prestation économique la justifiant, avait pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de Dijon, Clermont-Ferrand, l'Alpe d'Huez et Tignes.

Elle est prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce ".

67. S'agissant des pratiques alléguées d'ententes ainsi que de prédation ou de prix abusivement bas, il a été proposé au Conseil de faire application de l'article L. 464-6 du code de commerce et de décider qu'il n'y a pas lieu à poursuivre la procédure.

68. Le 17 juillet 2007, le président du Conseil de la concurrence a décidé que la présente affaire ferait l'objet d'une décision du Conseil sans établissement préalable d'un rapport.

II. Discussion

A. SUR LA PROCÉDURE

1. SUR LE MOYEN TIRÉ DE L'EXTENSION MATÉRIELLE DU CHAMP DE LA SAISINE

69. Dans ses observations du 17 octobre 2007, le GIE Ciné Alpes estime que, la saisine directe visant uniquement " le marché de Dijon ", le grief ne pouvait pas être étendu aux " marchés de Clermont-Ferrand, Tignes et l'Alpe d'Huez ".

70. Cependant, si la saisine de la société Leaurel concernait les effets des pratiques du GIE Ciné Alpes sur le marché dijonnais de l'exploitation, elle visait plus généralement les pratiques mises en œuvre par le GIE auprès des distributeurs. Avant même toute délimitation géographique de ce marché amont de l'exploitation, l'instruction devait donc porter sur l'ensemble de ces pratiques, peu important le lieu de leurs effets.

71. En outre, la saisine évoquait déjà l'existence d'effets sur d'autres zones de chalandise que celle de Dijon. Ainsi, la plaignante faisait référence à l'enquête d'envergure lancée par la DGCCRF dans plusieurs régions (Auvergne, Rhône Alpes, Bourgogne et Franche-Comté) à la suite de la plainte de Monsieur X... . Par ailleurs, il était indiqué en page 5 de la saisine que le cinéma " art et essai " concurrent du GIE à Clermont-Ferrand, Le Paris, *" est dans une situation similaire à celle de l'Eldorado vis-à-vis du groupe Davoine* ".

72. En tout état de cause, le Conseil de la concurrence a rappelé à plusieurs reprises, et notamment dans sa décision n° 99-D-01, qu'il pouvait " *examiner, sans avoir à se saisir d'office, les pratiques anticoncurrentielles révélées au cours de l'instruction dès lors que celles-ci concernent les mêmes marchés ou des marchés connexes* ".

73. En l'espèce, les différents marchés de l'exploitation, pour lesquels une identité d'offreurs et parfois une identité d'acheteurs peuvent être relevées, ont bien un lien de connexité qui permettait à la rapporteure d'instruire au-delà du marché dijonnais et d'utiliser les éléments transmis par la DGCCRF relatifs aux autres marchés de l'exploitation. Le moyen doit donc être écarté.

2. SUR LE MOYEN TIRÉ DE L'IMPRÉCISION DU GRIEF

74. Le GIE Ciné Alpes fait valoir que le grief formulé ne précise ni quels sont les marchés sur lesquels il détiendrait une position dominante, ni quels sont les marchés de produits sur lesquels la pratique aurait eu des effets, ce qui serait contraire au respect des droits de la défense.

75. Mais, d'une part, il n'était pas possible de reprendre dans la conclusion de la notification de griefs la longue liste des marchés sur lesquels le GIE Ciné Alpes était en position dominante, cette liste figurant précisément dans le corps de la notification de griefs ; d'autre part, la notification de grief explicite clairement que les marchés affectés par les pratiques sont à la fois les marchés de l'acquisition des droits de représentation et les marchés de l'exploitation à Dijon, Clermont-Ferrand, Tignes et l'Alpe d'Huez.

76. Enfin, le grief tel que notifié au GIE Ciné Alpes a permis à celui-ci de développer de nombreux moyens de défense dans ses observations du 17 octobre 2007 portant notamment sur les marchés sur lesquels il détiendrait une position dominante ainsi que sur les marchés de produits sur lesquels la pratique aurait eu des effets, ce qui démontre qu'il ne s'est pas mépris sur le champ de l'accusation. Ce moyen doit donc être écarté.

B. SUR L'AFFECTATION DU COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES

77. L'appréciation de l'affectation du commerce intracommunautaire doit se faire au regard des lignes directrices du 27 avril 2004 relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité, même si celles-ci sont non contraignantes à l'égard d'une autorité nationale de concurrence. Ces lignes directrices précisent, en substance, notamment au point 77, que " *dans de nombreux cas impliquant un seul Etat membre, la nature de l'infraction alléguée, et notamment sa propension à interdire l'accès au marché national, renseigne bien sur la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre Etats membres* ".

78. S'agissant de la règle AISC (absence d'incidence sur le commerce), le point 52 indique que l'absence d'effet sensible est présumée lorsque les conditions cumulatives suivantes sont réunies : part de marché totale des parties sur un marché communautaire inférieure à 5 % et chiffre d'affaires annuel moyen réalisé sur les produits concernés inférieur à 40 millions d'euros, si ces données sont restées relativement stables sur les deux dernières années (à deux points de part de marché et à 10 % du chiffre d'affaires près). En l'espèce, ces deux conditions cumulatives sont réunies. Par ailleurs, il y a lieu de souligner que les pratiques dénoncées ont pris place sur des marchés locaux. Dès lors, les pratiques n'ont pu affecter sensiblement le commerce intra-communautaire.

C. SUR LE BIEN-FONDÉ DU GRIEF NOTIFIÉ

1. SUR LA DÉFINITION DES MARCHÉS PERTINENTS

79. Le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Une substituabilité parfaite s'observant rarement, le Conseil considère que sont substituables et, par conséquent se situent sur un même marché, les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande.

80. Dans le cadre de la présente affaire, deux marchés peuvent être identifiés : celui de l'exploitation des salles de cinéma (marché aval) et celui mettant en présence les distributeurs de films et les exploitants de salles de cinéma (marché amont).

a) Le marché de l'exploitation des salles de cinéma

Le marché de produit

81. En l'espèce, les films litigieux sont des films " art et essai " porteurs tels que " *Accord et Désaccord* " de Woody Allen, " *Billy Elliot* " de Stephen Daldry, " *Swimming pool* " de François Ozon, " *La Fleur du Mal* " de Claude Chabrol. Selon le distributeur Metropolitan filmexport, un film "art et essai" porteur est un film qui, soit par son sujet, soit par son réalisateur (Woody Allen, Miyazaki, Michael Moore , Tim Burton, Quentin Tarentino…), soit par l'accueil obtenu dans un festival, est reconnu par les exploitants comme par la presse comme un film d'auteur susceptible de faire des entrées et des recettes.

82. Les films " art et essai " porteurs entrent donc dans la définition des films *" ayant concilié les exigences de la critique et la faveur du public et pouvant être considérés comme apportant une contribution notable à l'art cinématographique "* (décret du 22 avril 2002). Au regard de ces dispositions, il y a lieu de constater que les films porteurs sont susceptibles de relever à la fois de la catégorie des films " grand public " et de celle des films d' " art et essai ". Le CNC et les distributeurs interrogés confirment que la clientèle potentielle de ces films d'"art et essai" correspond à la fois aux consommateurs de films grand public, et aux consommateurs de films d'"art et essai". Ainsi, il n'existe pas de clientèle spécifique aux films " art et essai " porteurs, qui justifierait la délimitation d'un marché des films d'"art et essai" porteurs distinct.

83. A cet égard, dans sa décision n° 00-MC-13 précitée, le Conseil de la concurrence appréhende le marché de l'exploitation des films en salles de façon globale, quelle que soit la nature des films exploités : il a été constaté que les multiplexes, cinémas généralistes par excellence, entrent *" en concurrence directe avec les salles traditionnelles, y compris celles classées art et essai "*.

84. Le marché de produit pertinent en l'espèce est donc celui de l'exploitation des films en salles.

Le marché géographique

85. A l'instar des marchés de la vente au détail, le Conseil de la concurrence a retenu dans sa décision n° 04-D-10 que le marché de l'exploitation des salles de cinéma devait s'analyser par zones de chalandises, la fréquentation des salles de cinéma étant le fait d'une clientèle de proximité.

86. La zone de chalandise est délimitée géographiquement en tenant compte notamment du temps de déplacement des clients, de l'existence d'autres équipements cinématographiques et des voies de communication.

b) Le marché amont de l'acquisition des droits de représentation

87. Dans la notification des griefs, il a été conclu à la dimension locale de ce marché amont. Alors que la plaignante adhère dans ses observations à cette délimitation, le GIE Ciné Alpes la conteste et soutient que le marché amont de l'acquisition des droits de représentation est de dimension nationale.

88. Le GIE Ciné Alpes fait référence à certaines décisions rendues en matière de concentration et principalement à la lettre du ministre de l'économie du 21 février 2001 relative à la concentration au stade de l'exploitation des salles des sociétés Gaumont, Pathé et Pathé Palace, dans laquelle il a été considéré " *qu'en amont les marchés concernés par cette opération [étaient] le marché de la distribution cinématographique, de dimension nationale et le marché de la production cinématographique, de dimension au moins nationale* ".

89. Toutefois, dans cette concentration, la dimension nationale du marché en cause tenait au problème de concurrence principalement identifié, à savoir la puissance d'achat globale du futur groupe sur l'ensemble du territoire. Cette délimitation du marché n'a pas empêché le ministre de s'attacher à étudier le renforcement de la puissance d'achat du groupe sur certaines zones de chalandises. Enfin, Europalaces s'est engagé "à ne pas imposer, ni chercher à obtenir des distributeurs, une exclusivité ni nationale ni par zone de chalandise en France " (soulignement ajouté). En conséquence, cette décision de concentration ne contredit en rien la dimension locale relevée dans la présente affaire.

90. Dans la notification de griefs, il a été procédé à l'analyse d'un marché amont du marché de l'exploitation de salles de cinéma, dénommé " marché de l'acquisition des droits de représentation auprès des distributeurs ", de la même façon qu'a été délimité un marché amont dans le secteur du commerce de détail afin d'évaluer les rapports entre les fournisseurs et les distributeurs.

91. Selon le GIE Ciné Alpes, la structure de l'offre du placement des films est nationale parce que les distributeurs sont tous présents au niveau national et qu'ils opèrent sur l'ensemble du territoire français. Par ailleurs, le GIE Ciné Alpes rappelle que le plan de diffusion est national et en conclut que le placement des films est organisé avant tout à l'échelle nationale. Ainsi, les exploitants de Dijon seraient avant tout en concurrence directe avec les exploitants situés dans toutes les agglomérations de même taille que Dijon au niveau national.

92. Il ressort cependant des éléments versés au dossier et des explications données par le médiateur du cinéma pendant la séance, que le placement des films auprès des exploitants est organisé en deux étapes. Tout d'abord, le distributeur évalue le potentiel du film et, dans son plan de diffusion, il fixe à la fois le nombre total de copies à distribuer et le nombre de copies pour chaque zone de chalandise visée.

93. Le plan de diffusion ayant organisé le rationnement du produit-film en fonction de chaque zone de chalandise, le distributeur va, dans un second temps, négocier avec les exploitants le placement du film, zone de chalandise par zone de chalandise afin de rechercher les salles les mieux placées pour attirer le public intéressé par le film. Les choix du distributeur au niveau local dépendent de la configuration locale des salles (existence ou non de salles classées " art et essai ", densité de population, type de public).

94. Ainsi, une ville universitaire n'aura pas les mêmes caractéristiques qu'une station de sport d'hiver pour un distributeur. Les rapports de force entre distributeurs et exploitants varient en fonction du film considéré et dépendent, notamment, de l'emplacement des salles de cinéma exploitées, de l'existence d'un multiplexe dans la zone de chalandise... A cet égard, le distributeur Buena Vista International indique : " *il s'agit d'obtenir le meilleur ratio d'entrées par copie et seule une bonne connaissance des zones de chalandise, qui ne sont pas les mêmes selon le genre de film, le public visé, permet d'atteindre cet objectif* ".

95. Comme le rappelle le GIE Ciné Alpes dans ses observations, " *la Commission européenne liste les informations utiles pour la délimitation géographique du marché, parmi lesquelles " l'opinion des clients et des concurrents ", la " localisation des achats ", " les courants d'échanges* ". S'agissant des courants d'échange, la réalité du flux d'échanges s'évalue au moment de la rencontre entre l'offre et la demande des distributeurs et des exploitants. Or, dans le secteur en cause, les négociations entre les acteurs se font à l'échelle des zones de chalandise. Le plan de diffusion ne représente qu'un outil de travail, élaboré unilatéralement par les distributeurs préalablement à toute négociation.

96. Tous les acteurs sont unanimes : il n'existe pas de négociations transversales avec les circuits d'exploitants qui pourraient se trouver sur plusieurs zones de chalandises. Ainsi, Mars Films explique que " *depuis toujours, la négociation, avec les circuits comme avec les indépendants, est envisagée zone par zone, en fonction du profil des salles et des films* ".

97. Dans ses observations, le médiateur du cinéma insiste lui aussi sur le fait qu'il raisonne en considérant la zone de chalandise où se manifeste le litige objet de la médiation : " *Si le médiateur est amené à prendre en considération l'articulation éventuelle d'un distributeur avec un circuit national, il examine avant tout la situation locale dont il est saisi et la cohérence de la politique de placement du film demandé* ". Par ailleurs, dans ses médiations, le médiateur s'attache à réaffirmer régulièrement " *que le placement d'un film doit s'apprécier indépendamment, ville par ville* " (médiation n°882 du 7 avril 2003).

2. SUR LA POSITION DU GIE CINÉ ALPES SUR LES MARCHÉS PERTINENTS

98. En ce qui concerne la position du GIE Ciné Alpes sur les marchés de l'exploitation à l'époque des pratiques, le GIE disposait, en 2002, de 144 écrans dont 129 dans la région cinématographique de Lyon où il est en situation de monopole sur 26 marchés locaux :

- 4 villes moyennes : Aurillac, Nevers, Macon, Lons le Saunier ;

- 22 stations de sports d'hiver des Alpes du Nord : Alberville, Bourg saint Maurice, Moutiers, Brides les Bains, les Arcs, La Plagne, Méribel, Mottaret, Monchavin, Megève, Courchevel, La Clusaz, Villard de Lans, Les Ménuires, Val Thorens, Champigny la Vanoise, Pralognan, Valmorel, La Léchère, La Rosière, Vallandry, Val d'Isère (cote 573).

99. A Dijon, trois exploitants de salles de cinéma se partagent le marché de l'exploitation : les établissements membres du GIE Ciné Alpes, le groupe Massu et la plaignante. Le groupe Massu, programmé par Europalaces, exploite les cinémas " L'ABC ", " Le Darcy " et " L'Olympia ", qui comptent, à eux trois, dix-sept écrans. Deux cinémas y sont exploités par le groupe Davoine : le Devosge, détenu par la société Le Coucou, et le Cap Vert, un multiplexe de douze écrans situé à Quétigny, à la périphérie de la ville.

100. S'agissant des parts de marché en termes d'entrées détenues par le plaignant (l'Eldorado) et le GIE Ciné Alpes (le multiplexe Cap vert et le Devosge) à Dijon depuis 1999, la plaignante verse au dossier le tableau suivant, élaboré à partir du journal professionnel " Le Film Français " :

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Olympia	47,12%	36,58%	21,42%	18,38%	15,22%	11,40%	11,29%	11,27%	10,42%
Darcy	22,68%	19,65%	13,61%	13,94%	13,30%	14,54%	14,08%	14,91%	16,04%
Grande Taverne	6,50%	5,81%	3,05%	1,84%	0,67%				
ABC	7,51%	7,90%	4,86%	4,00%	3,95%	3,95%	3,48%	3,47%	3,38%
Devosge	9,24%	7,90%	3,86%	3,93%	3,97%	4,75%	6,49%	6,66%	6,67%
Eldorado	6,94%	8,07%	6,70%	7,74%	10,11%	10,24%	11,33%	10,76%	9,57%
Cap vert		14,09%	46,50%	50,16%	52,78%	55,12%	53,33%	52,92%	53,91%
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

101. Les parts de marché en termes de recettes communiquées par le CNC permettent une appréhension plus fine du marché dijonnais mais ne distinguent pas entre les différents établissements d'un même groupe.

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
autres	0,2%	0,0%					
Eldorado	5,8%	6,3%	8,0%	7,9%	9,0%	7,8%	7,2%
Ciné Alpes	47,7%	53,6%	59,2%	63,3%	63,8%	63,2%	71,5%
Massu	46,3%	40,1%	32,8%	28,8%	27,2%	28,9%	21,4%

102. A Clermont-Ferrand, trois cinémas sont exploitées par des sociétés membres du GIE Ciné Alpes : Le Jaude et Le Capitole, comprenant respectivement sept et cinq salles, ainsi que le Ciné Dôme, multiplexe de douze écrans situé à Aubière, à la périphérie de Clermont-Ferrand. Au centre ville, sont également présents deux cinémas dont la programmation est prioritairement orientée vers les œuvres " art et essai " : d'une part, Le Paris, établissement de quatre salles, principal concurrent du GIE Ciné Alpes et, d'autre part, Le Rio, constitué d'une salle unique. Enfin, Le Gergovie, petit cinéma généraliste, est situé à Cournon en périphérie de Clermont-Ferrand.

103. Les parts de marché en termes de recettes des différents concurrents sur le marché de Clermont-Ferrand pour la même période figurent dans le tableau ci-dessous, communiqué par le CNC :

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
autres	3,3%	2,8%	3,6%	3,0%	3,1%	2,7%	3,1%
Ciné Alpes	85,2%	88,1%	87,5%	87,0%	89,3%	88,5%	89,5%
Le Paris	8,7%	6,0%	6,3%	7,3%	5,7%	7,0%	5,8%
Le Rio	2,8%	3,1%	2,6%	2,7%	1,9%	1,8%	1,6%

104. A Tignes, les deux salles du cinéma Le Claret, exploité par la société Montagne Ciné Audio, ont été en concurrence avec la salle du cinéma l'Airel, exploitée par une société membre du GIE Ciné Alpes jusqu'en 2003.

105. A l'Alpe d'Huez, la station comptait deux établissements pendant la durée des pratiques : d'une part, la société Huez, membre du GIE Ciné Alpes, qui a exploité les deux salles du cinéma Le Palais jusqu'en 2005 et, d'autre part, le Signal, constitué d'une salle unique.

106. Il ressort des éléments versés au dossier que 87 % des établissements du GIE Ciné Alpes sont situés dans des communes de moins de 30 000 habitants. Près de la moitié des établissements sont des salles " mono-écran " et le quart est classé " art et essai ". Les trois multiplexes du GIE représentent 51 % des entrées du groupe. Les établissements situés dans les stations de sport d'hiver, qui offrent une activité saisonnière, ont réalisé 15 % de la fréquentation du GIE en 2006.

107. Dans les relations entre exploitants et distributeurs, la position de force d'un exploitant à l'égard des distributeurs varie en fonction du film proposé et du nombre de copies prévu dans le plan de diffusion. Compte tenu de ses caractéristiques, le circuit Ciné Alpes a un fort pouvoir de négociation face aux distributeurs lorsque leurs films sortent pendant la période hivernale et qu'ils sont destinés à un public tel que celui des stations de sport d'hiver. A titre d'exemple, le film " Snowboarder ", pour lequel Mars Films ne parvenait pas à trouver d'accord avec le GIE Ciné Alpes, est par définition un film destiné aux stations de sport d'hiver.

108. Le GIE Ciné Alpes dispose également d'une position de force lorsque les distributeurs proposent un film dont la sortie fait l'objet d'un grand nombre de copies et qui, par conséquent, doit être diffusé dans des villes moyennes. En séance, les parties ont estimé que des villes telles que Dijon ou Clermont-Ferrand recevaient une copie de film à partir d'une centaine de copies prévues au plan de diffusion nationale alors qu'il fallait environ 250 copies pour qu'un film sorte dans des zones telles qu'Aurillac ou Nevers.

109. Pour les distributeurs qui veulent maximiser leurs profits, une zone n'est pas substituable à une autre. Le distributeur qui ne pourra pas placer une copie de son film dans une zone monopolistique, pourra placer cette copie dans une autre zone de chalandise mais il retirera de ce placement des bénéfices bien inférieurs à ceux qu'il aurait pu retirer s'il avait pu placer ses copies dans deux villes distinctes.

110. En l'espèce, les films porteurs " art et essai " litigieux étaient généralement susceptibles de passer à la fois dans les stations de sport d'hiver et dans les villes moyennes où le GIE Ciné Alpes était en monopole. Ciné Alpes, qui dispose de nombreuses positions monopolistiques sur les marchés de l'exploitation, détenait alors un pouvoir de contrainte sur les distributeurs dans les négociations relatives à l'acquisition des droits de représentation qui se tenaient au plan local sur le marché amont du marché de l'exploitation.

111. Dans le secteur cinématographique, l'interdépendance entre les marchés de l'exploitation et leurs marchés en amont est très forte. En effet, les distributeurs et les exploitants se trouvent liés par un dispositif dans lequel le nombre d'entrées réalisées détermine non seulement les bénéfices des exploitants mais aussi, par le jeu de la remontée des recettes, ceux qui seront réalisés par les distributeurs. En conséquence, le comportement des intervenants sur le marché de l'acquisition de droits cinématographiques est fortement dépendant de la demande des consommateurs finals, à l'instar du secteur du commerce de détail.

112. Le marché de l'exploitation et le marché amont de l'acquisition de droits auprès des distributeurs ayant la même délimitation géographique, le pouvoir de négociation du GIE Ciné Alpes avec les distributeurs sur ces marchés amont correspond donc, par un effet miroir, aux positions détenues par le GIE sur les marchés de l'exploitation. Il y a lieu de rappeler que l'analyse concurrentielle faite du point de vue de l'acheteur est classique s'agissant des marchés de détail (décision de la Commission européenne M.784 Kesko/Tuko du 20 novembre 1996 ; décision de la Commission européenne M.1221 Rewe/Meinl du 3 février 1999). Elle est d'autant plus opportune dans le secteur cinématographique que " *dans un contexte marqué par l'inflation du nombre de copies, les problèmes d'accès aux films ont fait place aux problèmes d'accès des films aux salles* " (" Mission de médiation et d'expertise relative aux conditions actuelles des sorties de films en salles ", Jean-Pierre Leclerc, juin 2006).

113. Ainsi, la position dominante du GIE sur les marchés amont de l'acquisition de droits auprès des distributeurs en 2002 était équivalente à celle détenue par le GIE sur les marchés aval de l'exploitation : situations de monopole sur les marchés d'Aurillac, Nevers, Macon, Lons le Saunier, sur 22 stations de ski et forte position dominante à Clermont-Ferrand et à Dijon.

3. SUR L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

114. Il ressort des éléments versés au dossier que le GIE Ciné Alpes refuse de programmer les films des distributeurs, ou menace de le faire, lorsque ces derniers ne lui accordent pas l'exclusivité des films ou les droits de priorité qu'il sollicite dans les villes où il est en concurrence. Dès lors, le film est refusé par le GIE Ciné Alpes, soit sur l'ensemble des salles de son circuit, et notamment celles où il est en monopole, soit sur certaines d'entre elles seulement.

115. Ainsi, le GIE Ciné Alpes a conditionné à plusieurs reprises le passage de films dans les zones de chalandise monopolistiques où les distributeurs voulaient être présents, à l'obtention d'exclusivités ou de priorités dans des zones concurrentielles. Par ces pratiques, le GIE Ciné Alpes a transféré son pouvoir de négociation d'un marché sur un autre afin d'y obtenir un avantage sans rapport direct avec ses mérites, grâce à un effet de levier.

116. S'agissant du film " *Gangs of New York* ", le GIE conditionnait ainsi le passage du film dans ses marchés monopolistiques à une exclusivité à Clermont-Ferrand, alors qu'une copie du film était déjà promise à son concurrent Le Paris. Le distributeur ayant refusé de retirer la copie au cinéma le Paris, le film " *Gangs of New York* " n'est sorti dans aucune salle du circuit.

117. De même, le distributeur ARP a dû saisir le médiateur en mars 2003, à la suite de la proposition du GIE Ciné Alpes de conditionner l'achat des droits des films " *Laisse tes mains sur mes hanches* " et " *Bon voyage* " dans les zones monopolistiques à l'obtention d'une exclusivité à Clermont-Ferrand. Devant le refus du distributeur, le GIE Ciné Alpes avait refusé de sortir les deux films dans son circuit. L'intervention du médiateur a permis un accord sur le film " *Laisse tes mains sur mes hanches* " mais le film " *Bon voyage* " n'a été exploité dans aucune salle du circuit.

118. Ces pratiques démontrent que lorsque la proposition du GIE Ciné Alpes est refusée par un distributeur, le GIE refuse de programmer le film qui en est l'objet sur tout ou partie des marchés où il est en monopole ou quasi-monopole. Mais il ressort également du dossier que ces pratiques s'intègrent dans une stratégie plus globale : face au refus d'un distributeur, il arrive au GIE Ciné Alpes de refuser de programmer la plupart de ses films pendant plusieurs mois. Ce fut le cas de Mars films de janvier 2001 à juin 2002. De même, la société SND reproche au GIE d'avoir refusé la programmation d'une vingtaine de ses films de mai 2002 à mars 2003. Le GIE n'allègue l'obtention d'aucun gain d'efficacité qui résulterait de cette politique de diffusion.

119. Dès lors, les menaces de refus d'exploitation exercées auprès des distributeurs étaient d'autant plus crédibles pour ces derniers que, d'une part, le GIE les a, à maintes reprises, mises à exécution en ne programmant pas le film litigieux sur l'ensemble de son circuit et que, d'autre part, le GIE est allé jusqu'à boycotter tous les films de distributeurs tels que Mars Films et SND qui avaient refusé ses offres. L'obtention par le GIE de copies au détriment de concurrents ne se fait donc pas à l'issue d'une concurrence sur la base de ses mérites propres.

120. A cet égard, à Dijon, la qualité supérieure de l'Eldorado par rapport au Devosge a été reconnue à plusieurs occasions par le médiateur du Cinéma. Ainsi, dans la médiation n° 886 du 12 juin 2003 entre la SARL Leaurel et Mars Films relative au placement " *Avril brisé* " et " *Swimming pool* ", le médiateur a estimé " *qu'il n'y aura pas de mal à vérifier que l'Eldorado est plus compétitif et a donc vocation à recevoir le plus de films porteurs, du fait de son personnel spécialisé, de son travail, de sa politique, de ses partenariats* ". Dans cette même médiation, la représentante de Mars Films, Mme G..., a elle aussi affirmé la supériorité commerciale de l'Eldorado : elle "*ne remet pas du tout en cause le travail de l'Eldorado qui est actuellement plus compétitif que le Devosge* ".

a) L'objet des pratiques

121. Dans ses observations, le GIE Ciné Alpes admet défendre " *bec et ongles* " *ses intérêts dans le cadre des négociations commerciales qu'il mène vis-à-vis des distributeurs* " mais conteste avoir cherché à évincer des concurrents mineurs, ce qui n'aurait présenté pour lui

aucune rationalité économique. Selon le GIE Ciné Alpes, " *de telles pratiques n'avaient pas pour objet d'évincer la concurrence sur le marché concerné, mais seulement de contester auprès des distributeurs des taux de location [trop élevés]* ". Les pratiques reprochées au GIE Ciné Alpes seraient " *inhérentes aux négociations entre exploitants et distributeurs pour le placement des films* " et légitimes au regard de la rudesse de ces négociations. Enfin, l'exclusivité serait recherchée par tous les exploitants.

122. Cependant, les faits non contestés par le GIE Ciné Alpes, sont constitutifs de pratiques d'exclusion en ce qu'elles consistent à conditionner l'accès à des marchés monopolistiques ou bien à des marchés où le GIE Ciné Alpes est en position dominante et où les distributeurs veulent être présents, à l'obtention d'exclusivités ou de priorités dans des zones concurrentielles. Interrogé en séance, le GIE Ciné Alpes n'a pas donné d'autre explication alternative convaincante de cette stratégie, qui doit être regardée comme visant à l'éviction des concurrents.

123. Dans la décision n° 91-D-45 du Conseil de la concurrence, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 22 avril 1992, puis par la Cour de cassation le 21 janvier 1994, les exploitants UGC, Pathé, Gaumont ont été sanctionnés pour s'être entendus afin de faire pression sur les distributeurs, en utilisant leur position sur le marché parisien, pour obtenir les films porteurs en exclusivité dans des villes en région. Le Conseil avait relevé que la situation de déséquilibre des exploitants indépendants saisissants en termes de fourniture en films ne pouvait être principalement due à l'infériorité supposée des salles ou à la volonté des distributeurs et avait relevé qu'était clairement établie la volonté des mis en cause de " *limiter la concurrence sur le marché en faisant obstacle à l'obtention, par cet exploitant indépendant, d'un certain nombre des films porteurs que leur ont confiés les distributeurs, sans qu'il soit établi que ces derniers aient été animés de la même volonté anticoncurrentielle* ". Il en va de même dans la présente espèce.

124. Comme le souligne le GIE Ciné Alpes dans ses observations, une entreprise en position dominante est en droit de se défendre et de développer sa part de marché mais elle doit le faire dans les limites d'un comportement loyal et légitime. En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que les distributeurs ont été, au contraire, contraints.

b) Les effets anticoncurrentiels

125. Dans ses observations, le GIE Ciné Alpes fait état d'éléments tendant à démontrer que les pratiques du GIE Ciné Alpes n'ont pas eu d'effet. Il relève notamment que les parts de marché du cinéma Eldorado à Dijon ont augmenté constamment pendant la durée des pratiques, que celles des cinémas Le Jaude et le Capitole à Clermont-Ferrand, appartenant au circuit Ciné Alpes, ont connu de fortes baisses de fréquentation, et qu'à Tignes et à l'Alpe d'Huez, les concurrents du GIE Ciné Alpes se sont maintenus sur le marché alors que les salles du GIE ont fermé leurs portes.

126. Toutefois, les pratiques du GIE Ciné Alpes ont eu sinon des effets réels, au moins des effets potentiels sur la structure ou le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés.

127. Dans son arrêt du 22 avril 1992 précité, la cour d'appel de Paris a indiqué que " *le fait pour les groupements UGC et Gaumont de demander en contrepartie de la programmation de films dans les salles situées dans les villes sans indépendants ou concurrents la réservation d'un certain nombre d'autres salles dans les régions où la concurrence est vive, [...], a nécessairement pour effet de fausser le jeu de la concurrence et de limiter l'accès au marché de la diffusion d'œuvres cinématographiques* ".

128. Au cas particulier, lorsque les pratiques visaient à obtenir l'exclusivité d'un film sur un marché local, elles ont pour effet de priver les cinémas concurrents de l'accès à certains films porteurs, indépendamment de toute justification en termes de compétitivité. Lorsque les pratiques tendaient à l'obtention d'un droit de priorité d'exploitation au profit de salles de cinéma membres du réseau Ciné Alpes, elles ont pour effet de priver leurs concurrents de l'accès aux films à la date de sortie nationale, au moment où leur rentabilité d'exploitation est la plus élevée.

129. L'effet des pratiques est d'autant plus important que les demandes d'exclusivité portent généralement sur les films porteurs, qui sont générateurs d'importantes recettes et qui sont dès lors souvent essentiels à la survie des cinémas concurrents de Ciné Alpes.

130. Outre l'effet d'éviction sur les concurrents du GIE, ces pratiques ont également pour effet de priver les spectateurs de la diffusion de certains films dans d'autres salles que les salles appartenant au GIE et, en conséquence, de leur faire perdre la possibilité de choisir une salle moins chère, plus proche de leur domicile, et qui exploite le film plus longtemps. Les pratiques nuisent donc à une exploitation optimale des films.

131. Cependant, les effets des pratiques du GIE Ciné Alpes ont été partiellement atténués par l'intervention du médiateur du cinéma. Chaque fois qu'un exploitant ou un distributeur s'estimait privé d'une copie de film d'une façon injustifiée, il a pu engager une procédure de conciliation devant le médiateur du cinéma. Celui-ci a souvent concilié les parties ou a enjoint le déplacement de la copie litigieuse.

132. Dans son avis du 7 mai 2004, le médiateur du cinéma, expose que, pour la seule ville de Dijon, l'Eldorado l'a saisi des cas de 19 films depuis 1988 : " *il en a obtenu 12, 7 l'ont été à la suite d'une conciliation, 3 par injonction, 2 films ont été accordés avant la réunion* ". Le 14 mai 2007, le médiateur précise qu'après avoir été saisi en moyenne deux fois par an concernant la zone de chalandise de Dijon, " *le nombre de saisines est passé à 7 en 2003, 11 en 2004, 12 en 2005 et 7 en 2006. Deux injonctions ont été prononcées en 2003 (en réponse à deux demandes), 2 en 2005 (en réponse à 6 demandes) et une en 2006 (en réponse à deux demandes), chaque fois en faveur du cinéma Eldorado. En 2004, une demande d'injonction faite par le Devosge a été rejetée* ". En séance, le médiateur du cinéma a indiqué que les saisines portant sur la zone de Dijon représentent, depuis 2005, environ 10 % de son activité.

133. Ainsi, l'intervention du médiateur du cinéma a limité les effets des pratiques litigieuses, ce qui explique que le cinéma Eldorado ait pu continuer à gagner des parts de marché pendant la durée des pratiques. En séance, Monsieur X... , gérant de la SARL Leaurel, a précisé toutefois que s'il était parvenu à ce résultat, c'était grâce à la qualité du travail fourni par l'Eldorado. Il soutient que les pratiques du GIE Ciné Alpes ont réellement fragilisé son exploitation. Il rappelle que la part représentée par les films porteurs dans son chiffre d'affaires est en diminution constante depuis 2002, comme le montre le tableau suivant versé au dossier par la plaignante :

	2002	2003	2004	2005	2006
Part des 5 premiers films	26%	24%	23%	18%	16,6%
Part des 20 premiers films	54%	52,6%	51,2%	43%	44%

134. En séance, le médiateur du cinéma a exposé que des établissements classés " art et essai " tels que l'Eldorado ont généralement besoin de quatre ou cinq films porteurs par an pour équilibrer leurs comptes. S'ils n'obtiennent pas ces films, leur équilibre financier peut être très rapidement compromis. Il a indiqué qu'à défaut d'intervention du médiateur, les difficultés de l'Eldorado auraient été croissantes et auraient probablement conduit à la fermeture de l'établissement.

135. S'agissant des effets des pratiques du GIE Ciné Alpes sur le marché de Clermont-Ferrand, un document émanant de la Commission départementale d'équipement commercial (CDEC) du 15 septembre 2003 évoque d'une part, la baisse de fréquentation de deux salles du GIE Ciné Alpes de centre ville engendrée par l'ouverture du multiplexe également membre du GIE et, d'autre part, une survie difficile du cinéma Le Paris : " *le groupe Davoine peut jouer de son influence pour exercer des pressions sur les distributeurs et tenter ainsi de faire disparaître le Paris à Clermont-Ferrand qui doit actuellement sa survie aux efforts renouvelés de son propriétaire (rénovation de salle, animations autour des films par exemple)* ".

136. L'ensemble de ces éléments démontre que, les pratiques du GIE Ciné Alpes ont eu des effets potentiels mais aussi réels sur certains marchés locaux de l'acquisition des droits de représentation et de l'exploitation de salles de cinéma.

137. Il résulte des développements précédents que les pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes, décrites aux paragraphes 31 à 64, constituent, tant par leur objet que par leurs effets anticoncurrentiels, un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce.

D. SUR UNE ÉVENTUELLE ENTENTE ENTRE LE GIE CINÉ ALPES ET CERTAINS DISTRIBUTEURS

138. Selon la société Leaurel, le comportement des distributeurs consistant à confier certains de leurs films au cinéma le Desvoge, moins performant que l'Eldorado pour diffuser leurs films, ne peut s'expliquer que par l'existence d'un accord, même tacite, entre le groupe Davoine et le distributeur concerné, qui répond aux menaces de non-programmation formulées par le GIE Ciné Alpes.

139. Ainsi, la plaignante cite plusieurs exemples de placement de films pour lesquels, selon elle, " *l'attribution du film au Devosge plutôt qu'à l'Eldorado été faite en contrariété avec le principe usuel de meilleure diffusion du film qui doit normalement conduire un distributeur à attribuer le film à l'exploitation la plus à même de maximiser le montant de la recette pour le distributeur* ". L'attitude des distributeurs ne pourrait donc s'expliquer que par une réponse positive de ceux-ci aux pressions exercées par le GIE, ce qui constituerait une adhésion à l'invitation pressante du GIE Ciné Alpes de conclure une entente.

140. Aux termes de la décision Bayer du tribunal de première instance des Communautés européennes du 26 octobre 2000, " *la preuve d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du Traité doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont s'est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord* ".

141. En l'espèce, la seule référence à des pressions subies ponctuellement par des distributeurs à l'occasion de la programmation de certains films ne suffit pas à démontrer l'existence d'une entente générale entre chacun de ces distributeurs et le GIE Ciné Alpes, en l'absence d'autres indices.

142. En outre, si ces pratiques mettent en exergue la volonté du GIE Ciné Alpes de fausser la concurrence, voire d'évincer ses concurrents sur les marchés en cause, les éléments versés au dossier, et notamment les cas dans lesquels les distributeurs ont été contraints de confier leur film au GIE Ciné Alpes, ne permettent pas de démontrer que les distributeurs adhéraient à une politique anticoncurrentielle. Au contraire, les distributeurs, interrogés par le médiateur insistent sur leur souhait de respecter une certaine " équité " dans la répartition des copies entre les exploitants. Ainsi, Mars Films estime qu'elle travaille aussi bien avec le cinéma Eldorado qu'avec le Devosge sur les films destinés à ces salles : *" nous essayons de partager équitablement ces copies entre ces deux salles en fonction des desiderata de chaque programmateur, étant entendu que certains films cristallisent plus volontiers les passions que d'autres ".*

143. Dès lors, la volonté d'adhérer à une action concertée en vue de limiter l'accès à un marché ou à la libre concurrence, condition nécessaire pour qualifier une entente prohibée, n'est pas caractérisée.

144. Il résulte de ce qui précède que les pratiques dénoncées par la société Leaurel n'entrent pas dans le champ des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure de ce chef.

E. SUR UNE ÉVENTUELLE PRATIQUE DE PRIX PRÉDATEURS OU DE PRIX ABUSIVEMENT BAS

145. La société Leaurel reproche à la société Le Coucou, appartenant au groupe Davoine, de pratiquer des subventions croisées de manière à perturber de manière durable le fonctionnement du marché dans l'agglomération dijonnaise et de pratiquer des prix prédateurs ou à tout le moins abusivement bas. Le plaignant soutient que l'exploitation du cinéma Devosge est déficitaire depuis l'année 2000. Afin de maintenir son activité, la société Le Coucou aurait subventionné cette salle, en lui affectant une partie des bénéfices générés par l'exploitation de deux autres de ses établissements situés à Clermond-Ferrant où elle est en situation de quasi-monopole.

146. Selon la société Leaurel, ces pratiques seraient constitutives d'un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce, et à tout le moins d'un abus visé par l'article L. 420-5 du code de commerce.

147. Il y a lieu de rappeler que le simple fait d'affecter les bénéfices d'une partie de son activité à une autre activité déficitaire ne saurait constituer en soi une pratique anticoncurrentielle imputable à une société. En revanche, une telle pratique est répréhensible si elle est constitutive d'une prédation ou de prix abusivement bas.

148. Dans sa décision n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France, le Conseil a défini la prédation comme la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un niveau tel qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché, afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes.

149. La grille d'analyse développée par le Conseil dans cette décision sera utilisée pour l'examen des pratiques dénoncées, nonobstant le fait que les pratiques en cause doivent également être examinées sur le fondement de l'article L. 420-5 du Code de commerce, dans la mesure où " *les dispositions envisagées qui définissent le prix abusivement bas par rapport aux prix de production, de transformation et de commercialisation s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur les prix de prédation* " (Avis n° 97-A-18 du 8 juillet 1997 concernant le secteur du disque).

150. L'analyse des pratiques dénoncées au regard de ces dispositions suppose donc d'une part, un test de coût et, d'autre part, selon le résultat de celui-ci, l'examen de l'existence d'une volonté ou d'un effet d'éviction liés aux pratiques du Devosge ou bien l'examen des justifications apportées par l'entreprise à sa politique tarifaire.

1. L'APPRÉCIATION DU NIVEAU DE PRIX FIXÉ PAR LE CINÉMA DEVOSGE AU REGARD DES COÛTS

151. Pour procéder au test de coût, il y a lieu de comparer les prix pratiqués pendant la période alléguée de prédation et les coûts exposés par l'entreprise pour fournir le service vendu.

152. Dans sa décision n° 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma, le Conseil a classé les coûts d'exploitation d'une salle de cinéma en deux grandes catégories :

- les coûts fixes qui sont nécessaires au fonctionnement de la salle et sont indépendants de son niveau de fréquentation : les coûts relatifs à l'existence et à l'entretien de la salle ainsi qu'aux charges salariales ;

- les coûts variables qui varient en fonction du nombre d'entrées réalisées et qui sont proportionnels à la valeur faciale du billet : la rémunération des distributeurs, égale le plus souvent à un pourcentage du prix d'entrée de chaque billet acheté par le spectateur, la taxe sur la valeur ajoutée, la cotisation CNC, la taxe spéciale additionnelle qui sert à abonder le fonds de soutien du cinéma et enfin les droits versés à la Sacem.

153. Dans le tableau ci-après, figurent, en euro, le prix moyen, les coûts variables moyens et les coûts totaux moyens supportés par le cinéma Devosge de 1999 à 2006. Ces coûts ont été calculés à partir des données transmises par la société Le Coucou en réponse aux questionnaires de la rapporteure.

Années	Prix moyen	Coût variable moyen	Coût total moyen
1999-2000	5,07	2,93	5,81
2000-2001	4,56	2,37	4,90
2001-2002	4,87	2,77	5,39
2002-2003	4,91	2,72	5,92
2003-2004	4,89	2,69	5,18
2004-2005	4,32	2,36	4,40
2005-2006	4,22	2,31	4,85

154. S'agissant des coûts pris en compte, la société Leaurel conteste dans ses observations les données communiquées par la société pour l'année 2000. Toutefois, quels que soient les chiffres retenus, le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué par le Devosge est compris entre le coût variable moyen et le coût total moyen. La position du prix de vente par rapport aux niveaux de coûts ne permet donc pas de présumer une politique d'éviction de la part de la société Le Coucou. En conséquence, il convient de rechercher l'existence d'autres éléments, et notamment la manifestation d'une stratégie d'éviction menée par cette société à l'encontre de la société Leaurel.

2. LA VOLONTÉ OU L'EFFET D'ÉVICTION

155. La société Leaurel, dans ses observations, continue de soutenir que la société Le Coucou s'est livrée à une stratégie de prédation à son égard en maintenant artificiellement l'activité du cinéma Le Devosge, dont le trop faible nombre d'entrées ne permettait pas un résultat viable, afin d'évincer progressivement l'Eldorado.

156. Toutefois, la stratégie alléguée d'éviction n'est pas confirmée par le dossier.

157. En premier lieu, les éléments versés au dossier ne démontrent pas en quoi le niveau de prix fixé par le cinéma Desvosge serait susceptible d'entraîner un nombre important de spectateurs à choisir cet établissement au détriment du cinéma L'Eldorado. Au contraire, il apparaît que le prix moyen du billet vendu à l'Eldorado est constamment plus bas que celui du Devosge, comme le montrent le tableaux ci-après, à supposer même que l'on calcule le prix moyen de l'Eldorado sans tenir compte des recettes liées aux dispositifs scolaires, comme le demande la plaignante sans le justifier.

Les prix moyens de l'Eldorado et du Devosge de 2002 à 2006 en euros

	2002	2003	2004	2005	2006
Prix moyen Devosge	4,91	4,92	4,65	4,24	4,25
Prix moyen Eldorado	4,16	4,00	4,07	3,94	3,96
Prix moyen Eldorado en euros, hors scolaires			4,34	4,2	4,26

158. En deuxième lieu, la société Le Coucou indique qu'elle a baissé ses prix en 2000 non pas pour mener une politique de prix anti-concurrentielle mais parce qu'elle a dû, cette année-là, changer sa ligne éditoriale en raison d'une baisse de sa fréquentation au cours de l'exercice 2000 avec l'ouverture du multiplexe le Cap vert (de 90 338 entrées en 1998-1999 à 44 683 entrées en 1999-2000). Le changement de ligne éditoriale vers une programmation plus ciblée " art et essai " a nécessité selon elle une mise en adéquation entre le prix du billet et le type de films, moins commerciaux et moins attractifs. La société Le Coucou se prévaut donc d'une obligation d'alignement sur les prix de l'Eldorado, en expliquant que la baisse des prix intervenue en 2000 fut la seule réponse possible pour minimiser des pertes qui auraient pu être plus importantes encore en l'absence d'un tel alignement.

159. En tout état de cause, la structure de coût est dominée par les coûts fixes dans le secteur de l'exploitation cinématographique. Les coûts variables sont en effet essentiellement constitués par la rémunération des distributeurs qui est proportionnelle aux recettes tirées de la vente de billets. L'exploitant a donc intérêt à remplir sa salle de cinéma au maximum pour couvrir ses coûts fixes, ce qui peut justifier dans certains cas un abaissement du prix du billet en dessous du coût total moyen, mais au-dessus du coût variable moyen, la marge ainsi dégagée permettant le remboursement des coûts fixes.

160. Il y a donc lieu de considérer qu'il n'existe pas d'indices suffisants pour caractériser une pratique de prédation prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce, ou de prix abusivement bas visée par l'article L. 420-5 du code de commerce, sans qu'il soit besoin d'aborder la question de la position dominante de l'entreprise en cause. Il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure sur les pratiques alléguées de prédation et de prix bas.

F. SUR LES SANCTIONS

161. A titre liminaire, il y a lieu de préciser que les pratiques reprochées au GIE Ciné Alpes mis en cause dans la présente affaire ont débuté pour partie antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, mais ont été commises essentiellement après la date d'entrée en vigueur de cette loi, le 18 mai 2001. La saisine, datée du 17 septembre 2003, est également postérieure à cette date. Il en résulte, comme l'a décidé le Conseil, pour une situation similaire, dans la décision n° 04-D-39 du 3 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie, que les dispositions du livre IV du code de commerce applicables en l'espèce sont celles issues de la loi du 15 mai 2001.

162. L'article L. 464-2 du code de commerce dans la version en cause prévoit que si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction pécuniaire pouvant être infligée est de 3 millions d'euros. Il dispose également que " *les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre (...).* " Par ailleurs, aux termes de l'article L. 464-5 du code de commerce, lorsque le Conseil statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3 de ce code, c'est-à-dire sans établissement préalable d'un rapport, le plafond de la sanction encourue est de 750 000 euros.

163. L'article L. 464-2 du code de commerce prévoit aussi que le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'il précise.

1. SUR LA GRAVITÉ DES PRATIQUES

164. Comme le rappelle le rapport annuel du Conseil de la concurrence de 1997, les pratiques en cause font partie des infractions les plus graves : " *Certaines pratiques présentent en elles-mêmes un caractère particulier de gravité. Ainsi, les pratiques de boycott ou*

d'exclusion sont par leur nature même parmi les plus graves au regard des exigences d'un fonctionnement normal du marché, élément dont a tenu compte le Conseil dans toutes ses décisions concernant des pratiques d'exclusion ou d'entraves à l'accès au marché ".

165. En l'espèce, le GIE Ciné Alpes, cinquième exploitant dans un secteur extrêmement atomisé, a usé de son pouvoir de marché sur des marchés où il est en monopole ou en position dominante pour obtenir des avantages sur d'autres marchés connexes où il est en concurrence. Les pratiques concernées sont graves par nature en ce qu'elles ont eu pour objet et pour effet d'évincer des concurrents et de verrouiller tout ou partie de plusieurs marchés, portant ainsi une atteinte durable au fonctionnement de la concurrence sur les marchés de l'exploitation des films concernés.

166. Les pratiques du GIE Ciné Alpes sont d'autant plus graves qu'elles ont persisté malgré les nombreux avertissements du médiateur du cinéma.

2. SUR L'IMPORTANCE DU DOMMAGE À L'ÉCONOMIE

167. S'agissant des différents critères à prendre en compte pour évaluer le dommage à l'économie, la cour d'appel de Paris, dans son arrêt Novartis Pharma du 30 mars 2004, retient l'étendue du marché affecté par les pratiques, leur durée et les effets à la fois conjoncturels et structurels de ces dernières.

168. En l'espèce, le GIE Ciné Alpes a renouvelé ses pratiques pendant plusieurs années. Dès lors, ces pratiques ont eu pour effet de rendre l'entrée sur le marché plus difficile et déséquilibré le jeu de la concurrence au détriment des cinémas concurrents.

169. Les pratiques ont affecté plusieurs marchés locaux de l'acquisition de droits de représentation et d'exploitation de salles de cinéma, à savoir Dijon, Clermont-Ferrand, Tignes et l'Alpe d'Huez. Si ces deux derniers marchés sont de petite taille, ceux de Dijon et Clermont-Ferrand correspondent à des agglomérations de plus de 200 000 habitants et de ce fait, font partie des 23 marchés de l'exploitation les plus importants du territoire national.

170. Le consommateur final a subi les conséquences de ces pratiques : les films litigieux sont des films porteurs, c'est-à-dire des films qui sont susceptibles de plaire à un large public. D'une part, dans les zones où le GIE est parvenu a obtenir l'exclusivité de l'un de ces films par le biais de pressions, les spectateurs n'ont pas eu le choix de la salle. Or, les prix fixés par les établissements membres du GIE Ciné Alpes ont un tarif plus élevé que la moyenne nationale, ce que Monsieur Y... justifie, lors de son audition du 19 avril 2006, par la qualité du service rendu. Pour ces films porteurs, les spectateurs sont captifs et leur demande a une faible élasticité au prix ce qui engendre pour eux un dommage supérieur. D'autre part, dans les zones où le GIE a refusé de programmer le film d'un distributeur qui n'avait pas cédé à ses pressions, les spectateurs ont été privés de l'accès à des films.

171. Les distributeurs eux-mêmes, lorsqu'ils ont refusé de céder aux pressions, ont été privés " *arbitrairement de débouchés importants* ", comme le souligne le distributeur GBVI (cote 1750).

172. Enfin, les pratiques concernées ont pu aboutir à une perte de recettes pour les exploitants de cinéma concurrents qui n'ont pas eu accès aux films porteurs ou qui ne les ont obtenus qu'après le cinéma membre du GIE, c'est-à-dire après la sortie nationale des films.

173. Il convient toutefois de prendre en compte le fait que l'intervention du médiateur du cinéma a réduit l'importance du dommage à l'économie qui pouvait résulter des pratiques concernées. En effet, les exploitants qui s'estimaient lésés par le placement d'un film ou les distributeurs qui souhaitaient se soustraire aux demandes d'exclusivité infondées du GIE ont pu demander au médiateur du cinéma d'intervenir chaque fois qu'ils l'estimaient nécessaire.

174. Ainsi, l'intervention régulière du médiateur a permis de réduire significativement les effets des pratiques et, par conséquent, le dommage à l'économie qui aurait pu en résulter.

3. SUR LE MONTANT DE LA SANCTION PÉCUNIAIRE

175. Les états financiers du GIE Ciné Alpes au 31 août des années 2006, 2005 et 2004 indiquent respectivement un chiffre d'affaires de 892 644 euros, 1 274 252 euros et 1 037 684 euros.

176. En fonction des éléments liés à la gravité de l'infraction commise par le GIE Ciné Alpes, de l'importance du dommage à l'économie et de la situation individuelle du groupement, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 9 000 euros.

4. SUR L'OBLIGATION DE PUBLICATION

177. Afin d'informer de la présente décision les acteurs du secteur cinématographique et de les inciter à la vigilance à l'égard des pratiques condamnées, il y a lieu d'ordonner au GIE Ciné Alpes de faire publier à ses frais dans " Le Film Français ", le résumé de cette décision figurant au point suivant :

178. *" A plusieurs reprises, de septembre 2000 à juin 2005, le GIE Ciné Alpes, cinquième circuit français d'exploitation de salles de cinéma, a subordonné, ou menacé de subordonner, la programmation de films dans des zones où il était en monopole à l'octroi de droits en exclusivité ou en priorité dans les zones où il était en concurrence avec d'autres exploitants. Ainsi, il a fait pression sur des distributeurs de films en les menaçant de ne pas diffuser leurs films dans les zones où ils voulaient être présents. Le GIE Ciné Alpes a donc transféré son pouvoir de négociation d'un marché sur un autre afin d'obtenir un avantage sans rapport direct avec ses mérites. Ces pratiques ont eu pour effet de priver d'une part, les cinémas concurrents de l'accès à certains films porteurs et, d'autre part, les spectateurs de la diffusion de films dans certaines zones de chalandise. Le Conseil de la concurrence a relevé la gravité du comportement du GIE Ciné Alpes qui a faussé le jeu de la concurrence pendant plusieurs années. Il a toutefois pris en compte le fait que l'intervention du médiateur du cinéma a réduit l'importance du dommage causé à l'économie. En conséquence, le Conseil a infligé au GIE Ciné Alpes une sanction pécuniaire de 9 000 euros.*

Le texte intégral de la décision du Conseil de la concurrence est accessible sur le site www.conseil-concurrence.fr "

DÉCISION

Article 1er: Il est établi que le GIE Ciné Alpes a enfreint les dispositions de l'article L. 420 -2 du code de commerce.

Article 2 : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure pour les pratiques alléguées d'entente, de prédation et de prix abusivement bas.

Article 3 : Il est infligé au GIE Ciné Alpes une sanction de 9 000 euros.

Article 4 : Il est enjoint au GIE Ciné Alpes de publier à ses frais, dans les trois mois suivant la notification de la présente décision, le texte figurant au paragraphe 178, en en respectant la mise en forme, dans *" Le film français "*. Cette publication interviendra dans un encadré, en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égale à 5 mm, sous le titre suivant, en caractères gras de même taille : " *Décision n° 07-D-44 du 11 décembre 2007 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes dans le secteur cinématographique* ". Elle pourra être suivie de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, si un tel recours est exercé. Le GIE Ciné Alpes adressera, sous pli recommandé, au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, copie de cette publication, dès sa parution.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Fenayrou-Degas, par Mme Perrot, vice-présidente, présidant la séance, Mmes Xueref, Renard-Payen et M. Flichy, membres.

La secrétaire de séance,	La vice-présidente,
Marie-Anselme Liénafa	Anne Perrot

© Conseil de la concurrence