



**Avis n° 08-A-13 du 10 juillet 2008
relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné
portant sur l'intervention des collectivités locales
dans le domaine des salles de cinéma**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 28 mars 2008, enregistrée sous le numéro 08/0033A, par laquelle le syndicat professionnel UniCiné a saisi le Conseil d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du Code de commerce ;

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

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants d'UniCiné, entendus lors de la séance du 11 juin 2008 ;

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

1. Le syndicat professionnel UniCiné, représentant les exploitants privés de salles de cinéma en France, a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative aux : « *conditions et modalités selon lesquelles les collectivités publiques peuvent intervenir, directement ou indirectement, dans le secteur concurrentiel de l'exploitation de salles de cinéma en France sans violer le principe d'une concurrence libre et non faussée* ».
2. En préalable, le Conseil relève qu'à l'appui de sa saisine, UniCiné se réfère à de nombreuses reprises aux projets de cinéma des villes de Montreuil-sous-Bois et de Noisy-le-Grand, qui ont été contestés par certains de ses adhérents devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise.
3. En conséquence, le Conseil précise que la finalité de la présente saisine ne peut pas être d'apprécier, de quelque manière que ce soit, la compatibilité avec les règles de concurrence d'opérations spécifiques. Saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence n'a pas à se prononcer sur des cas particuliers ni à qualifier les pratiques d'opérateurs au regard des règles posées par les articles L. 420-1 à L. 420-5 de ce code. Seule une saisine contentieuse permettrait de porter ces appréciations dans le respect de la procédure contradictoire prévue par le code de commerce.
4. Dans le cadre d'une demande d'avis, le Conseil peut en revanche aborder toute question de concurrence, dès lors qu'elle présente un caractère général. C'est dans cet esprit que sera examinée la saisine déposée par le syndicat UniCiné.

1 – LE CONTEXTE ÉCONOMIQUE

5. L'exploitation de salles de cinéma est une activité dans laquelle les coûts fixes représentent l'essentiel des coûts, une fois soustraites de la recette brute la rémunération due aux ayants droit et les taxes. En conséquence, l'objectif principal de la politique commerciale de l'exploitant est de remplir au mieux ses salles de cinéma. A défaut, les places disponibles non vendues lors de la réalisation de la prestation proposée sont inéluctablement « perdues », au sens où elles n'apportent aucune recette sans cependant diminuer les coûts. Le contexte économique est ainsi comparable à celui des industries de transport.
6. Dès lors, une augmentation du nombre de sièges offerts par la création de nouvelles salles sur un territoire donné conduit, en première analyse, à une baisse de la fréquentation des salles préexistantes. Une analyse plus complète demande, cependant, de rechercher si une plus grande diversité des films simultanément offerts au public en un même lieu est susceptible d'attirer une plus forte demande.
7. L'existence ou la création de salles de cinéma publiques ou le soutien financier des collectivités locales à un opérateur, n'est donc pas sans incidence sur la demande exprimée sur le marché local concerné, étant donné que ces salles ont, par nature, des critères d'exploitation différents de ceux mis en œuvre par un exploitant privé.
8. Ce constat préalable conduit à distinguer trois cas de figure pour apprécier les effets des interventions locales en matière de cinéma.
9. La situation la plus simple est celle dans laquelle la collectivité locale crée, ou aide à créer, un cinéma dans une zone géographique dépourvue de salle. En se substituant à l'initiative marchande défaillante, la collectivité locale ne porte pas, par définition, atteinte à la concurrence dans la zone considérée. L'implantation de salles publiques répond alors à un objectif d'aménagement du territoire.

10. La collectivité peut aussi justifier son intervention par le fait que l'offre marchande déjà existante ne correspond pas aux attentes culturelles, éducatives ou sociales des habitants, compte tenu des programmes et des tarifs que les salles existantes proposent. Les conséquences de cette intervention sur les conditions locales dans lesquelles s'exerce la concurrence dépendront des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Suivant la nature des offres de films et de services annexes par les opérateurs public et privé (type de programmation, soirées-débat, horaires et fréquences des séances), la concurrence peut ainsi s'exercer de façon frontale ou non. La création de salles publiques répond dans ce deuxième cas à un objectif de politique culturelle.
11. Enfin, le cinéma public peut associer à sa cinématographie rare ou difficile d'accès, correspondant à ses exigences culturelles, une programmation commerciale faisant appel à des films à forte audience, comme les films dits « Art et essai porteurs », que ce soit dans le but social de faire bénéficier les habitants de son territoire de tarifs moins chers que les prix du marché, ou dans le but économique de mieux équilibrer les comptes du cinéma public. Dans cette hypothèse, il est nécessaire d'envisager la possibilité d'une confrontation directe d'offres publiques et privées exploitant le même marché, mais dans des conditions de prix et de coûts suffisamment différentes pour entraîner des distorsions de concurrence.
12. Ces considérations fonctionnelles sont étayées par une présence significative de salles publiques, que le rapport annuel du CNC « Géographie du cinéma », joint à la saisine d'UniCiné, met en évidence (cette présence est moins significative en terme de chiffres d'affaires et d'entrées) :

2006	nombre d'exploitants	nombre de salles	sièges totaux	nombre de séances	- nombre d'entrées - chiffre d'affaires
Associations	628	883	194 000	484 500	15.5 millions 68.1 M€
Entreprises privées	638	3 963	771 000	5 542 100	165.4 millions 1 017 M€
Salles publiques (dont SEM)	317 (9)	388 (18)	93 500 (3 800)	173 500	6.2 millions (1,18) 28.7 M€(7,5)

13. Les résultats obtenus conduisent à conclure à la grande hétérogénéité du secteur, les différents opérateurs n'exerçant visiblement pas leur métier dans des conditions identiques.
14. Ces chiffres nationaux ne préjugent toutefois pas de contextes locaux, qui seraient caractérisés par une répartition différente de l'activité entre secteur privé et public : la probabilité d'une concurrence frontale pourrait être, localement, plus forte. (Voir les parts de marché des 9 SEM existantes, en termes de nombre d'entrées et de chiffre d'affaires).

2 – LE CADRE JURIDIQUE D'UNE INTERVENTION DES COLLECTIVITÉS LOCALES DANS LE DOMAINE ÉCONOMIQUE

15. La recherche de possibles pratiques anticoncurrentielles lors d'une intervention locale dans le domaine du cinéma, doit prendre en compte deux points déterminants : la liberté d'action des collectivités locales et le caractère concurrentiel de l'activité en cause.

a) Les conditions juridiques d'une intervention des collectivités locales :

16. L'article L. 1111-2 du code général des collectivités territoriales accorde une compétence générale aux collectivités pour intervenir sur leur territoire. En matière économique, cette intervention doit respecter la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que les règles de concurrence, dès lors que l'activité en cause concerne un marché concurrentiel.
17. En particulier, aucune règle de concurrence n'interdit par principe à une commune d'intervenir en faveur d'un cinéma local ou de se doter d'une salle municipale, ni ne restreint sa liberté de choisir le mode d'intervention qui lui paraît le plus approprié, entre le versement d'une subvention, la régie directe ou l'appel à un tiers opérateur dans le cadre d'un marché ou d'une délégation de service public.
18. Au regard du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, l'intervention économique d'une collectivité locale est subordonnée, par la jurisprudence administrative à la double condition qu'il existe un intérêt public local et une carence de l'initiative privée.
19. Ces deux exigences sont néanmoins interprétées largement : elles permettent, par exemple, de compenser les handicaps d'un territoire, le caractère inadapté de l'initiative privée, ou la prise en compte des besoins futurs de développement. Le juge administratif veille toutefois à ce que l'intervention économique publique soit adaptée au besoin à satisfaire, que ce soit par sa nature (public visé) ou par les moyens employés (politique tarifaire et techniques commerciales mises en œuvre).
20. S'agissant du cinéma, la loi autorise les communes (article L. 2251-4 du CGCT) et les départements (article L. 3232-4) à subventionner un cinéma, dans la limite de 30 % de son chiffre d'affaires ou de ses investissements annuels, et à condition qu'il réalise, en moyenne, moins de 7 500 entrées par an ou soit classé « Art et essai ». Ces dernières conditions sont par ailleurs peu discriminantes, puisque les données du CNC pour 2006 montrent que la fréquentation moyenne nationale est inférieure à ce plafond et que la moitié des salles françaises bénéficie de ce classement. Seules quelques situations locales particulières devraient donc être exclues de ce dispositif d'aide locale aux salles de cinéma.
21. En définitive, il résulte des textes et de la jurisprudence du Conseil d'Etat que les collectivités locales disposent d'une large capacité d'initiative en matière de salle de cinéma, dès lors qu'existent un intérêt public local et une insuffisance de l'offre privée.
22. Il en va de même quant aux formes données à cette intervention. L'intervention d'une commune ou d'un département en faveur du cinéma local recouvre une pluralité de cas de figure, caractérisés par l'importance variable de l'engagement consenti par la collectivité locale. Une collectivité peut toujours accorder une subvention à une personne privée, dont elle considère l'activité comme répondant à un intérêt général local (Conseil d'Etat, *Festival d'art lyrique d'Aix-en-Provence*, 2007). Elle peut aussi mettre en place un service public, que la collectivité choisira librement d'exécuter par ses propres moyens ou en faisant appel à un tiers par l'octroi d'une simple subvention, la passation d'un marché ou le recours à une délégation (Conseil d'Etat, *commune d'Epinal*, 2007).

b) L'application des règles de concurrence est subordonnée à l'existence d'un marché concurrentiel :

23. L'article L. 410-1 du Code de commerce spécifie que le droit de la concurrence s'applique également aux personnes publiques, mais uniquement dans la mesure où celles-ci exercent une activité économique de production, de distribution ou de service.

24. La condition nécessaire et préalable est de définir, au cas d'espèce, le marché pertinent quant au produit ou service en cause et au territoire concerné. Les infractions aux règles de la concurrence prévues par articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce, ne peuvent être établies, en effet, que sur un marché dont elles viennent fausser le libre fonctionnement.
25. Dans sa saisine, UniCité avance que « *le secteur économique concerné par la présente saisine est le secteur de l'exploitation des salles de cinéma en France. Il s'agit bien entendu d'un secteur concurrentiel, c'est-à-dire soumis aux règles du droit commun de la concurrence* ». Mais l'activité de diffusion de films de cinéma en salle ne peut pas être appréhendé indépendamment des marchés sur lesquels elle se déploie. Pour chaque situation locale, l'existence d'un marché concurrentiel devra être établie au vu de la nature de l'activité exercée et des conditions d'espèce de son exercice.
26. La jurisprudence définit un marché concurrentiel comme le lieu de confrontation sur un territoire donné d'une offre et d'une demande pour des produits ou services considérés comme substituables par le consommateur. S'agissant du cinéma, le Conseil retient l'existence d'un marché propre de l'exploitation de salles de cinéma, qu'il délimite par référence à une zone de chalandise (cf- décision [07-D-44](#), *GIE CinéAlpes*).
27. La notion de zone de chalandise est reprise des analyses de marché effectuées par le Conseil en matière de grande distribution (cf- par exemple avis n° [97-A-14](#), relatif à la concentration Carrefour-Cora). Les critères utilisés en général sont transposables pour délimiter un marché local cinématographique : la dimension des établissements, la nature de la programmation, les services annexes éventuellement apportés au consommateur (conseil, animation, ...) et les motivations de la clientèle (importance du choix de programme, prix des places, proximité de la salle).
28. Le caractère déterminant de l'analyse préalable permettant de déterminer le marché pertinent en cause peut être illustré en prenant l'exemple du cinéma public « Le Méliès » cité par la saisissante, ceci sur la base de données factuelles présentes au dossier et sans préjuger de la solution qui serait retenue en cas d'éventuelles procédures contentieuses. En employant le critère du temps de transport pour définir la zone d'attractivité, le cinéma public serait en position dominante sur la zone définie par une durée de transport fixée à 10 minutes : les autres cinémas municipaux présents dans la zone n'offrent en effet que des capacités d'accueil et une programmation limitées. Il serait dominé par la présence d'un multiplexe de 15 salles en retenant une durée de transport de 15 minutes. Enfin, il deviendrait un opérateur marginal pour une durée portée à 20 minutes étant alors confronté à trois multiplexes et à un cinéma privé de quatre salles.
29. Par ailleurs, l'hétérogénéité des situations des cinémas publics pose la question de savoir dans quels cas ces cinémas ont une activité assimilable à celle d'un service public industriel et commercial opérant sur un marché concurrentiel. La qualification retenue n'est pas sans incidence sur la réponse à la question posée par la saisine, puisqu'un service public administratif est généralement considéré comme ne constituant pas une activité économique au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, qui détermine le champ d'application des règles de concurrence (arrêt précité, *Festival d'art lyrique d'Aix-en-Provence*).

30. Cependant, les critères employés par le juge administratif pour qualifier un service d'industriel et commercial (l'objet commercial du service, son financement par les recettes perçues sur les usagers et le recours au droit privé pour sa gestion), sont effectivement ceux du marché concurrentiel. Il faut toutefois souligner que le droit de la concurrence s'applique à toute activité économique, indépendamment du statut et des conditions de financement d'un opérateur, ce qui conduit à ne pas exclure par principe qu'un service public administratif puisse intervenir comme opérateur économique sur un marché. Ainsi, le Conseil de la concurrence a jugé que le statut de service public administratif de la régie municipale des pompes funèbres de Marseille ne faisait pas obstacle à ce qu'une partie de ses interventions soient considérées comme concernant l'exercice d'une activité économique sur un marché ([97-D-92](#)).

3 – LES ATTEINTES AUX RÈGLES DE CONCURRENCE SUSCEPTIBLES DE SE PRODUIRE

31. Dès lors qu'une collectivité intervient économiquement sur un marché concurrentiel, elle est soumise aux règles de concurrence. L'article L. 410-1 du Code de commerce dispose en effet que ces dernières concernent « *toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques* ».
32. Les différentes pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être rencontrées seront successivement analysées.

a) Les conditions de l'intervention publique ne doivent pas fausser la concurrence :

33. Une collectivité locale doit veiller à ne pas donner à son opérateur un avantage dont ne bénéficieraient pas ses concurrents présents sur le même marché. Les seuls avantages acceptables sont ceux nécessaires à la réalisation de la mission de service public confiée à cet opérateur et proportionnés à cette réalisation.
34. La forme la plus fréquente d'avantage est l'octroi par la collectivité de subventions au tiers intervenant pour son compte : « *le versement par une collectivité publique d'une subvention d'équilibre, soit à un budget annexe retraçant les activités d'une régie, soit à un établissement public, ne peut être considéré, en lui-même, comme contraire aux principes de la concurrence, dès lors que cette subvention contribue à financer une mission de service public qui incombe à cette collectivité. En revanche, si le versement d'une telle subvention contribuait directement ou indirectement à équilibrer la gestion d'activités exercées sur des marchés concurrentiels, il pourrait être anticoncurrentiel s'il était démontré qu'il résulte d'une entente ou constitue un abus de position dominante.* » (Conseil de la concurrence, n° [99-A-11](#), régie départementale des transport de voyageurs de l'Isère)
35. S'agissant du financement des cinémas publics, le maintien de conditions de concurrence par les mérites avec les entreprises privées est d'abord à rechercher dans le respect des conditions légales d'intervention fixées par la loi, tenant à la nécessité d'équilibrer les comptes (articles L. 2224-1 et 2 du CGCT) et encadrant l'octroi des subventions (L. 2251-4 ou L. 3232-4).
36. Dans le cas d'une intervention sur un marché concurrentiel, la nature juridique de service public industriel et commercial de cette intervention peut être présumée. Celle-ci comporte

pour la collectivité le respect de plusieurs obligations fixées par les articles L. 2224-1 et 2 du CGCT :

- les comptes du service doivent faire l'objet d'un budget annexe au budget général de la commune ou du département concerné,
- et ce budget annexe doit être équilibré sans apport financier de la collectivité, hormis deux exceptions, devant être justifiées, qui tiennent soit aux contraintes particulières de fonctionnement imposées par la collectivité, soit à la réalisation d'importants investissements qui exigeraient une augmentation excessive des tarifs payés par les usagers.

37. Toutefois, ces obligations générales doivent prendre en compte la possibilité légale pour une commune ou un département de subventionner, à hauteur maximale de 30 % du chiffre d'affaires annuel ou de l'investissement réalisé, l'exploitant d'un cinéma. Ce subventionnement conduit mécaniquement à abaisser d'autant le prix de revient de l'exploitant du cinéma public ou aidé, et donc le prix des places.

b) L'abus d'une position dominante par la pratique de prix prédateurs :

38. L'abus d'une situation de position dominante représente le principal problème concurrentiel que peut susciter l'intervention d'une collectivité publique en faveur d'un cinéma, étant donné le financement par l'impôt (c'est à dire par le contribuable et de façon secondaire seulement par les consommateurs) et les moyens juridiques dérogatoires au droit commun dont dispose la collectivité.

39. La position dominante d'un opérateur sur un marché donné est définie par la capacité de cet opérateur à se comporter sans tenir compte des réactions de ses concurrents et de ses clients. « *La position dominante concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.* » (arrêt de la Cour européenne, Hoffmann-Laroche, 1979). La position dominante est généralement associée à la détention d'une part de marché importante (au moins 50 %), mais doit être démontrée par rapport à une configuration de marché propre à chaque cas d'espèce.

40. La spécificité du cinéma public étant de bénéficier d'un financement de la collectivité pour ses investissements ou pour son fonctionnement, l'analyse des abus éventuels de position dominante sera centrée sur les pratiques prohibées de prix prédateurs (article L. 420-2 du code de commerce). L'avis n° [99-A-11](#) précité peut être repris : « *l'utilisation d'une subvention d'équilibre pour financer des activités commerciales de manière à pratiquer des prix bas peut défavoriser des concurrents. Toutefois, une telle pratique ne pourra être appréhendée que s'il peut être démontré qu'elle est constitutive d'un abus de position dominante. Dans cette hypothèse, il faut que soit établi que la régie occupe une position dominante sur un ou des marchés, que les prix bas qui seraient pratiqués sur le marché des transports privés seraient rendus possibles par cette position dominante et, enfin, que le prix soit prédateur, c'est-à-dire susceptible d'empêcher l'accès des concurrents au marché ou de les en exclure* ».

41. Une pratique de prix prédateur consiste à pratiquer temporairement des prix inférieurs aux coûts de façon à exclure les concurrents du marché. Dans la mesure où une telle pratique engendre des pertes pour l'opérateur économique qui la met en œuvre, elle n'a de sens que si cet opérateur peut, ultérieurement, augmenter les prix, de façon à récupérer les pertes en profitant de l'absence de concurrence.

42. La comparaison entre les prix et les coûts distingue deux cas de figure selon que les prix sont inférieurs aux coûts variables, ou supérieurs aux coûts variables mais inférieurs aux coûts totaux (y compris coûts fixes). Dans le premier cas, un prix de vente inférieur aux coûts variables constitue une présomption du caractère prédateur du prix car aucun opérateur économique ne pratiquerait volontairement ce niveau de prix s'il n'avait la volonté d'éliminer ses concurrents pour remonter ensuite ses tarifs, faussant ainsi le jeu normal d'une concurrence par les mérites entre les entreprises. Les circonstances dans lesquelles un tel comportement pourrait être observé hors de toute stratégie d'exclusion sont rares : effets de réseau, effet d'apprentissage.
43. En revanche, quand le prix de vente apparaît seulement inférieur aux coûts totaux tout en étant supérieur au coût variable, les preuves d'une stratégie d'éviction des concurrents suivie d'une possible récupération des pertes doivent être apportées par l'autorité de concurrence.
44. Le Conseil a appliqué cette jurisprudence au secteur des salles de cinéma dans un litige opposant deux exploitants privés ([07-D-44](#), *GIE Ciné Alpes*). En l'espèce il a conclu que la pratique de prix prédateur alléguée n'était pas fondée, mais la méthode retenue pour l'allocation des coûts d'un cinéma entre coûts fixes et coûts variables a valeur de référence pour des contentieux ultérieurs.
45. Les coûts fixes ont été identifiés comme les coûts indépendants du nombre d'entrées réalisé, c'est-à-dire les charges de personnel, l'entretien de la salle et les dépenses liées à l'investissement initial (amortissement pour l'essentiel). Les coûts variables correspondent à la rémunération du distributeur du film, aux droits d'auteur, à la TVA et aux différentes taxes spécifiques au cinéma (fonds de soutien, CNC). Les coûts variables ont donc des caractéristiques réglementaires et automatiques permettant de dégager la recette nette de l'exploitant. Les coûts variables liés à l'exploitation proprement dite sont quasi nuls. Il s'ensuit que la probabilité que le prix des places d'un exploitant de cinéma public, net des coûts variables réglementaires et automatiques, ne couvre pas les coûts variables de l'exploitation est très faible. En outre, dans la mesure où une fois les coûts fixes consentis, l'exploitant doit remplir sa salle, il aura tendance à fixer le prix des places à un niveau supérieur aux coûts variables pour dégager une marge positive, mais assez faible, donc au-dessous des coûts totaux, pour stimuler la demande. Donc, dans la plupart des cas, démontrer que les prix sont prédateurs imposera de démontrer la présence d'une stratégie d'éviction puis de récupération des pertes.
46. Or l'absence pour un opérateur d'une perspective raisonnable de maximiser ses profits une fois ses concurrents écartés, prive de son sens une politique de prédation : *« l'effet escompté d'éviction est central dans l'examen de la pratique : le sacrifice consenti n'a, en effet, de sens que si l'entreprise prédatrice considère qu'il est possible pour elle de récupérer à plus long terme, sur le marché dominé, les pertes ou les moindres profits subis, une fois que l'éviction recherchée aura produit son effet, c'est-à-dire la capacité à exploiter son pouvoir de marché grâce à une situation devenue plus favorable après la sortie de concurrents »* (décision n° [07-D-09](#), *Laboratoire GlaxoSmithKline France*).
47. C'est ainsi que l'impossibilité pour un opérateur de remonter le niveau de son prix de vente une fois le concurrent écarté du marché, interdit de qualifier un prix de prédateur. Tel était par exemple, la situation de GDF pour les tarifs réglementés du gaz, l'entreprise étant dans l'incapacité juridique de relever ses tarifs de vente ([07-A-08](#)) : *« GDF n'a pas la capacité, ni d'intérêt, à conduire une politique de prix prédateurs, qui se résumerait pour elle à accroître ses pertes, sans espoir d'en retirer un bénéfice ultérieur sous forme de consolidation de sa part de marché après l'élimination de ses concurrents. La stratégie de prédation n'est donc pas possible »*.

48. Dans le cas des cinémas publics, la récupération des pertes supportées par une hausse ultérieure des prix de vente apparaît peu réaliste.
49. Une stratégie de prédation du cinéma public demanderait que la collectivité, ou le tiers exploitant le cinéma pour son compte, accepte d'augmenter le prix des places à terme ; or, la finalité même de l'intervention communale ou départementale est de proposer aux habitants des tarifs inférieurs à ceux du marché. En outre, et ce faisant, l'intérêt public légitimant l'intervention de la collectivité disparaîtrait. Au total, même à supposer un cinéma public dominant sur sa zone de chalandise, la mise en œuvre d'une stratégie de prédation pourrait s'avérer très peu vraisemblable.

c) L'existence d'un prix de vente anormalement bas :

50. Les cinémas publics n'ayant, en moyenne nationale, qu'une faible part de marché, c'est sur des zones de chalandise locales que leur dominance pourrait être rencontrée. Cependant, plus la zone de chalandise est restreinte à un périmètre étroit, moins la probabilité est forte que des cinémas privés, dominés, appartiennent à cette zone. Ainsi, la situation d'abus de domination ne devrait se rencontrer que rarement.
51. En revanche, même si l'opérateur en cause n'est pas dominant, l'article L. 420-5 du Code de commerce interdit les prix de vente aux consommateurs qui seraient abusivement bas par rapport aux coûts de production et de commercialisation encourus, et qui ont pour objet ou effet, de fermer le marché à un concurrent.
52. Cependant, la pratique décisionnelle du Conseil exige de ne retenir la qualification de prix abusivement bas que si elle est associée à une stratégie d'éviction et à la possibilité de récupération des pertes, comme dans le cas de prix prédateurs supérieurs aux coûts variables et inférieurs aux coûts totaux. On est donc ramené aux mêmes difficultés d'établissement de la preuve et à la même caractéristique irréaliste de cette stratégie.
53. Comme en matière de prix prédateurs, la mise en œuvre d'une politique d'éviction par une collectivité locale paraît peu crédible, faute à nouveau d'une possibilité ou d'une volonté de relever les prix des places une fois le cinéma concurrent écarté du marché, et compte tenu de la stratégie de remplissage des salles décrite au paragraphe 45.

d) La possibilité de subventions croisées entre activités :

54. UniCiné évoque ce point dans sa saisine à l'encontre des modalités de financement par les collectivités locales des salles publiques de cinéma.
55. Une subvention croisée est proscrite lorsqu'elle consiste en l'utilisation des ressources d'une activité commerciale sous monopole pour développer des activités concurrentielles sur un autre marché (cf. décision n° 2000-D-57, *Gaz & Electricité de Grenoble*). Le soutien financier ainsi réalisé doit présenter un caractère anormal et prendre la forme d'une subvention, autre que certaines subventions au cinéma autorisées par la loi (articles L. 2251-4 et L. 3232-4 du CGCT).
56. S'agissant d'une collectivité locale, il est malaisé d'appliquer la condition, exigée par la jurisprudence, de l'existence d'une activité en monopole venant financer une activité sur un marché concurrentiel. La notion de monopole d'exercice d'une activité ne peut pas en effet s'appliquer aux activités de la commune, qui concernent des activités régaliennes et non des marchés au sens de l'article L. 410-1, hormis les éventuels services publics à caractère industriel et commercial sur lesquels la commune peut intervenir.

57. Pour être qualifiées de subventions croisées, les transferts financiers devraient intervenir entre les différents services publics industriels et commerciaux assurés par une même commune (ou département). La collectivité financerait le service correspondant à l'exploitation du cinéma en utilisant par exemple des excédents tirés d'un autre service industriel et commercial, selon les modalités fixées par la jurisprudence Gaz & Electricité de Grenoble pour établir l'existence d'une subvention croisée.
58. Ce faisant, un tel acte d'une commune contreviendrait à la règle du strict équilibre financier de chacun des services publics industriels et commerciaux fixée par l'article L. 2224-1 du CGCT : « *les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés par les communes, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses* ».
59. Il résulte de l'article L. 2224-1 que les tarifs payés par les usagers d'un service industriel et commercial doivent être la contrepartie directe du service qui leur est rendu et ne peuvent aller au-delà. La commune, qui s'écarterait de cette obligation de juste équilibre financier du service, serait sanctionnée pour illégalité par le juge administratif : « *les augmentations de tarifs ainsi adoptées étaient notamment motivées par le souhait qu'une partie des redevances perçues par le service municipal de distribution des eaux puisse être reversée au budget général de la ville afin de couvrir des charges étrangères à la mission dévolue à ce service ; que, dès lors, les délibérations attaquées, qui ont institué des redevances qui ne trouvent pas leur contrepartie directe dans des prestations fournies par le service public municipal de distribution de l'eau, étaient entachées d'une erreur de droit* » (Conseil d'Etat, ville de Saint-Etienne, 1996).
60. De plus, l'emploi de l'excédent éventuel dégagé par un service industriel et commercial fait l'objet de règles strictes. Cet excédent ne peut être reversé au budget général de la commune, et donc éventuellement réattribué à une autre activité, qu'après couverture des besoins de financement de la section d'investissement du budget du service concerné.
61. La notion de subvention croisée utilisée par le droit de la concurrence est donc, d'application difficile au cas d'espèce, contrairement à ce que soutient UniCiné.
62. Un raisonnement mettant en cause des transferts financiers réalisés par une collectivité entre ses différentes activités, ne pourrait être invoqué que par le moyen d'une contestation devant le juge administratif de la légalité d'une décision budgétaire de la collectivité concernée.

4 – LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

63. Dès lors qu'une collectivité publique intervient sur un marché concurrentiel, l'article L. 410-1 du Code de commerce dispose que les règles de concurrence prévues par le code lui sont applicables.
64. Toutefois, l'intervention du Conseil de la concurrence ne doit pas le conduire à apprécier la légalité d'une délibération ou d'actes d'un conseil municipal ou d'un conseil général, pris pour l'organisation d'un service public et révélant l'exercice de prérogatives de puissance publique.
65. Ce partage des compétences contentieuses a été clarifié à l'occasion de deux décisions : la décision du Conseil d'Etat, *société Million et Marais*, de 1997, et celle du Tribunal des conflits, *Aéroport de Paris*, de 1999.
66. La décision du Conseil d'Etat a intégré le respect des règles prévues par le code de commerce aux articles L. 420-1 (ententes), L. 420-2 (abus de position dominante), L. 420-3 (nullité des actes contraires aux deux règles précédentes) et L. 420-5 (prix anormalement bas), dans le

contrôle de la légalité des actes et des contrats des collectivités locales. En particulier, la collectivité doit veiller à ne pas donner à son opérateur un avantage sans équivalent par rapport aux concurrents présents sur le même marché.

67. Les seuls avantages acceptables, au regard des règles de concurrence précitées, sont ceux indispensables à la réalisation de la mission de service public confiée à cet opérateur. Un bon fonctionnement de la concurrence n'implique pas en effet des conditions d'exercice de l'activité identiques pour tous les acteurs présents sur un marché. Le but poursuivi par le contrôle concurrentiel est d'éviter que l'intervenant public sur un marché concurrentiel n'exploite un avantage non reproductible et injustifié, qui ferait ainsi obstacle au développement d'une concurrence par les mérites sur le marché concerné, quel que soit par ailleurs le niveau des performances des opérateurs.
68. Parallèlement, le Tribunal des conflits a précisé la ligne de partage des compétences entre les deux juridictions, en réservant au juge administratif l'examen de la compatibilité avec les règles de concurrence des actes des personnes publiques caractérisés par l'emploi de prérogatives de puissance publique, tout en reconnaissant au Conseil de la concurrence la possibilité d'examiner les actes des collectivités qui sont détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte ou d'un contrat administratif.
69. Ces règles de partage des compétences pour le contrôle concurrentiel peuvent être illustrées dans le cas d'un cinéma public.
70. L'ensemble des décisions de la collectivité en amont de l'exploitation proprement dite d'un cinéma, devrait ainsi relever du juge administratif.
71. Sans prétendre établir une liste exhaustive, il s'agirait des actes concernant :
 - la décision de créer ou de subventionner un cinéma local, ce qui en particulier recouvre la réalité d'un intérêt public et l'appréciation de la défaillance de l'initiative privée locale justifiant une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie,
 - le choix du mode d'intervention de la collectivité (par exemple, le Conseil a décliné sa compétence sur la décision d'une commune de recourir à une délégation de service public, *Tramway de Grenoble*, n° [01-D-16](#)),
 - l'octroi et les conditions mises à une subvention annuelle à l'exploitant du cinéma,
 - le contenu de la mission confiée par la collectivité à son opérateur et le contrôle exercé sur lui, en particulier la fixation des tarifs par la collectivité dans le cas où l'exploitant du cinéma n'en a pas la maîtrise.
72. En application de la jurisprudence *société Million et Marais*, le juge administratif examinera l'acte en cause de la collectivité au regard des règles prévues aux articles L. 420-1 à L. 420-5 du Code de commerce et pourra annuler les dispositions de cet acte ne respectant pas ces règles.
73. Pour sa part, le Conseil de la concurrence sera compétent pour les actes sans lien avec l'exercice par la collectivité de ces prérogatives de puissance publique, c'est à dire les actes semblables à ceux rencontrés dans une relation commerciale entre deux entreprises.

LES RECOMMANDATIONS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE FORMULEES PAR LE CONSEIL :

74. Les cinémas publics sont soumis dans l'exercice de leur activité au respect des règles de concurrence comme toute autre entreprise dès lors qu'ils opèrent sur un marché concurrentiel, c'est-à-dire économiquement contestable.
75. Dès lors, la forme juridique prise par l'intervention de la collectivité locale importe peu pour la recherche et la qualification des pratiques anticoncurrentielles par le juge, qui sera, selon la nature des actes mis en cause, le juge administratif ou le Conseil de la concurrence sous le contrôle de la juridiction judiciaire.

Ces recommandations ont trait aux aspects suivants :

a) Clarifier les relations entre la collectivité locale et le cinéma public

- La collectivité locale décidant de créer un cinéma municipal (ou départemental) devrait fixer à celui-ci un véritable cahier des charges détaillant la mission de service public confiée, comme le CGCT le prévoit déjà dans le cas d'une simple subvention à un cinéma existant.
L'article R. 1511-41-6° du CGCT demande alors un dossier présentant : « *le projet cinématographique présentant les actions prévues, notamment en matière de programmation en direction de publics déterminés, de formation à la culture cinématographique ou de prospection de nouveaux publics, ainsi que les engagements en matière de politique tarifaire, d'accueil du public ou de travaux d'aménagement* ».
- La collectivité devrait se donner les moyens juridiques d'assurer l'autonomie et la transparence financières de l'entité chargée de l'intervention.
Cela passe par la création d'une personne morale indépendante pour l'exploitation du cinéma public en cas d'intervention directe de la collectivité, ou par l'emploi des procédures du marché public de gestion, ou de la délégation de service public, dans l'hypothèse du choix d'un tiers extérieur comme opérateur. La mise en concurrence, préalable à l'établissement d'une délégation, permet en outre d'améliorer le service obtenu du prestataire en contrepartie du montant de subvention prévu. Une délégation prévoit l'établissement obligatoire d'un rapport annuel du délégataire au délégant : ce devrait être le moyen privilégié de suivre le degré d'exécution du service public délégué et son coût.

b) Préférer les solutions les moins distorsives de concurrence

- Une intervention publique en matière économique peut ne pas constituer la meilleure solution par rapport à l'objectif poursuivi par la collectivité locale.
La recherche de tarifs de cinéma plus adaptés pour la population devrait conduire une collectivité à arbitrer entre supporter durablement les coûts d'un cinéma public ou verser une aide directe aux personnes concernées (chèques cinéma). Les aides à la personne, qui sont directement redistributives, sont moins distorsives de concurrence que le maintien de prix déconnectés des coûts : il s'agit de transferts plus ciblés, et qui n'affectent pas l'ensemble du marché.

- De même, la recherche d'une programmation cinématographique plus « culturelle » n'implique pas nécessairement que la collectivité en cause se dote d'un établissement cinématographique propre mais pourrait faire l'objet de convention prévoyant une rémunération adéquate avec le ou les cinémas privés existants qui accepteraient de modifier leur programmation dans le sens voulu par la collectivité. Tous les intervenants sur un marché peuvent exercer le rôle que la collectivité locale voudrait assigner à une salle publique (programmation, accès du publics scolaires...), pourvu que la rémunération offerte soit adéquate.

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

La rapporteure générale adjointe,
Irène Luc

Le président,
Philippe Nasse

© Conseil de la concurrence