

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 2012-P/K-20 du 30 juillet 2012

Affaire CONC-P/K-03/0006 : Tondeur Diffusion S.A./Presstalis S.A.R.L.

I. Procédure

1. Le 7 février 2003, la S.A. Tondeur Diffusion (ci-après : Tondeur) a déposé une plainte au Conseil de la concurrence sur la base de l'article 3 de la Loi sur la protection de la concurrence économique (ci-après : LPCE). La plainte a été enregistrée sous le numéro CONC-P/K-03/0006. La plainte visait la société AMP S.A. (ci-après : AMP), ainsi que la S.A.R.L. Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne, (NMPP). Depuis décembre 2009, la nouvelle dénomination sociale de NMPP est Presstalis S.A.R.L..
2. Le 31 décembre 2010, l'auditeur a déposé un rapport motivé au Conseil de la concurrence. Le rapport propose au Conseil de la concurrence de constater un abus de position dominante dans le chef de Presstalis S.A.R.L. (ex NMPP, ci-après : « NMPP/Presstalis »). Le rapport motivé a été notifié à la partie incriminée.
3. Le 4 février 2011, le dépôt du rapport de l'auditeur a été notifié au plaignant, Tondeur, conformément à l'article 48, §1, deuxième alinéa de la LPCE.
4. Par une décision du 29 avril 2011, la chambre a donné accès à la version non confidentielle du rapport de l'auditeur à Tondeur. Auparavant, AMP et NMPP/Presstalis ont été invités à indiquer les éléments confidentiels dans le rapport motivé.
5. Le 29 avril 2011 un délai a également été accordé à Tondeur pour le dépôt éventuel d'observations écrites. Tondeur n'a pas déposé des observations écrites dans le délai qui lui a été accordé.
6. Un calendrier pour l'échange des observations écrites entre l'auditeur et NMPP/Presstalis a été établi et communiqué aux parties le 25 juillet 2011.
7. Le 26 juillet 2011, Tondeur adresse un courrier au Conseil de la concurrence et demande d'être entendu et d'avoir accès à la version non confidentielle des observations déposées par la partie incriminée.
8. Le 22 novembre 2011, le président de la chambre décide de ne pas octroyer l'accès aux observations écrites de NMPP/Presstalis à Tondeur. Le même jour le plaignant, Tondeur, est convoqué à l'audience fixée le 30 novembre 2011.
9. Le 29 novembre 2011, le président de chambre est remplacé pour cause d'empêchement légitime.
10. NMPP/Presstalis et l'auditeur, ainsi que le plaignant, Tondeur, ont été entendus lors de l'audience du 30 novembre 2011.
11. A la suite de l'audience, la chambre a donné la possibilité à NMPP/Presstalis de répondre par écrit à certaines questions soulevées lors de l'audience. Dans un courrier du 17 janvier 2012, quelques informations précises ont été demandées à NMPP/Presstalis. NMPP/Presstalis a déposé des observations écrites le 2 février 2012 et une copie en a été communiquée à l'auditeur.
12. Ensuite, l'auditeur et NMPP/Presstalis ont été entendus lors d'une audience du 20 mars 2012 afin de permettre à NMPP/Presstalis de clarifier ses réponses écrites ainsi que de permettre à l'auditeur de réagir aux informations transmises par NMPP/Presstalis à la chambre.

II. Le rapport de l'auditeur

2.1. La plainte de Tondeur et les autres procédures en matière de concurrence

13. La plainte de Tondeur du 7 février 2003, qui est à l'origine de cette affaire, était dirigée aussi bien contre AMP que contre NMPP/Presstalis.

En particulier, Tondeur soutenait que AMP détenait une position dominante sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro sur le territoire belge et qu'il abusait de cette position. Tondeur prétendait également que Hachette (Lagardère Media) possédait aussi une position dominante au niveau de la distribution de la presse française dans le monde et qu'il en abusait en appliquant, via la société NMPP/Presstalis, un système de bonification d'exclusivité appelé « BSC » aux éditeurs qui confiaient à NMPP/Presstalis l'exclusivité de la distribution de leurs titres sur la Belgique (via AMP), la Suisse (via Naville) et le Canada (via LMPI).

14. Il ressort du rapport que des plaintes similaires étaient déposées auprès de l'Autorité de la concurrence française ainsi qu'auprès de la Commission européenne.

15. En ce qui concerne le système « BSC » qui fait l'objet du rapport dans cette affaire, l'auditeur confirme que l'Autorité de la concurrence française a examiné la « BSC » depuis au moins le 30 août 2005 et que cette enquête s'est poursuivie jusqu'au moins le 12 juin 2008. Cette enquête se situait dans le cadre de deux affaires : d'une part, une saisine d'office relative à certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de la presse à l'export, et, d'autre part, une plainte concernant le même sujet de la part de la société Messageries Lyonnaises de Presse relative aux pratiques de mise en œuvre dans le secteur de la distribution de la presse à l'export (affaires 05/0076 F et 07/0006 F). Les deux affaires ont été clôturées par des décisions de classement du 14 novembre 2008 et du 22 décembre 2008.

16. Au niveau européen, Tondeur a déposé, le 17 décembre 2003, une plainte contre NMPP/Presstalis concernant la « BSC » (affaire IV/38.877). La plainte a été rejetée par la Commission européenne le 8 décembre 2006 après notamment des demandes de renseignements adressées à NMPP/Presstalis. Sur la base de l'article 13 du Règlement 1/2003, la Commission faisait notamment référence à l'enquête en cours en France qui concernait les mêmes éventuelles infractions.

17. L'auditeur explique dans son rapport que, suite à ces classements successifs, Tondeur a repris contact avec l'Autorité belge de la concurrence au début de l'année 2009.

18. Le rapport mentionne que les décisions de classement au niveau français et au niveau européen sont fondées exclusivement sur des questions de procédure et ne se prononcent en aucune manière sur le fond. Selon l'auditeur, elles ne s'opposent dès lors pas à la poursuite de la procédure belge pour ce qui concerne la bonification « BSC ».

2.2. Les griefs de l'auditeur et la demande au Conseil

19. Vu que l'auditeur n'a finalement retenu que des griefs à l'encontre de NMPP/Presstalis, la partie du rapport motivé qui concerne AMP ne sera pas traitée dans cette décision.

20. En ce qui concerne NMPP/Presstalis, le rapport motivé retient un grief qui concerne l'instauration et la mise en œuvre du système de bonification « BSC » que l'auditeur qualifie de pratique restrictive, et plus particulièrement d'abus de position dominante au sens de l'article 3 de la LPCE ainsi qu'au sens de l'article 102 du TFUE.

21. L'auditeur décrit que selon lui le marché concerné est le marché de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro au niveau mondial. Selon l'auditeur, NMPP/Presstalis occupait une position dominante sur le marché de l'exportation de la presse d'origine française vendu au numéro, durant la période 2000 à 2004.

Version publique

22. Le rapport qualifie la bonification « BSC » comme abusive sur base de ses caractéristiques, de l'intention de NMPP/Presstalis ainsi que de l'objet du système de la bonification et de ses aspects fidélisants. L'auditeur considère que ces pratiques abusives résultent en une restriction de la concurrence pour laquelle NMPP/Presstalis n'a pas apporté de justification économique crédible. Finalement, le rapport considère également la bonification sous l'angle d'un rabais en tant que pratique discriminatoire. Cependant, pour ce grief de discrimination, l'auditeur conclut à l'absence de compétence territoriale de l'Autorité belge de la concurrence (rapport de l'auditeur, numéro 328).

23. Il ressort du rapport que l'auditeur retient la période de la mise en œuvre de la bonification « BSC » du 1^{er} avril 2000 au 30 octobre 2004 (55 mois) comme la période infractionnelle. L'infraction en question est qualifiée de grave puisque l'abus aurait eu comme but d'évincer un concurrent ou du moins de retarder son entrée sur le marché.

24. Pour l'auditeur, il ressort également de l'instruction que la bonification « BSC », en tant que pratique tarifaire de fidélité, était susceptible d'avoir des effets restrictifs de concurrence sur le marché belge de la distribution de la presse magazines destinée à la vente au numéro. La bonification avait pour objet d'inciter les éditeurs français à faire appel exclusivement à NMPP/Presstalis pour l'exportation de leurs titres en Belgique et de les fidéliser de la sorte, ce qui représentait un désavantage important en matière de concurrence pour les distributeurs belges de la presse française autres que AMP. La bonification était également susceptible de restreindre la concurrence à l'égard des distributeurs belges de la presse magazines d'origine française, en les écartant du marché de l'exportation de la presse d'origine française. Sur la base de cette analyse, l'auditeur propose au Conseil :

- de constater que la plainte est recevable;
- de constater que NMPP/Presstalis disposait d'une position dominante sur le marché de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro au niveau mondial au sens de l'article 1, b de la LPCE pendant les années 2000 à 2004;
- de constater que NMPP/Presstalis a du 1^{er} avril 2000 au 31 octobre 2004 enfreint l'article 3 de la LPCE et 102 du TFUE en exploitant de façon abusive cette position dominante par des pratiques restrictives de concurrence consistant en l'instauration d'un système de bonification BSC récompensant la fidélité des éditeurs de publications françaises qui lui accordaient l'exclusivité de l'exportation de l'ensemble de leur titres pour une durée d'un an sur les trois plus importants marchés export (Belgique, Suisse et Canada);
- d'imposer à NMPP/Presstalis en application de l'article 63, §1 de la LPCE, une amende proportionnelle à la gravité de l'infraction retenue et à sa durée.

III. Questions de procédure

3.1. La prescription

3.1.1 Les arguments

25. Lors de la procédure devant le Conseil, NMPP/Presstalis a invoqué que dans le cas d'espèce le délai de prescription prévu à l'article 88, §2 de la LPCE est expiré. A cet égard, NMPP/Presstalis fait valoir qu'il convient de faire une distinction entre le délai de prescription relatif à la procédure d'instruction et de décision prévu par l'article 88, §2 de la LPCE et les deux autres délais de prescriptions figurant à l'article 88 de la LPCE, celui relatif à l'instruction elle-même (l'ouverture de la procédure, article 88, §1) et celui relatif à l'imposition des amendes (article 88, §3).

Version publique

26. L'entreprise concernée soumet que tant la lettre que la ratio legis de l'article 88 LPCE impliquent que le délai de prescription relatif à la procédure d'instruction et de décision prévu à l'article 88, §2 LPCE est expiré.

Selon elle, la ratio legis du délai de prescription relatif à la procédure d'instruction et de la décision prévu à l'article 88, §2 LPCE est de nature à obliger l'autorité de concurrence à prendre des mesures d'instruction dans le délai de 5 ans à partir de la date visée à l'article 88, §1 LPCE, c'est-à-dire la date de la saisine. Selon NMPP/Presstalis, l'autorité de concurrence doit en tout cas avoir effectué des actes d'instruction concernant les faits endéans un délai de 5 ans à compter de la saisine ou de l'auto-saisine.

27. Dans ce cas, le délai de prescription relatif à la procédure d'instruction et de décision aurait commencé à courir le 7 février 2003, date à laquelle la plainte a été déposée. C'est cette date qui, selon NMPP/Presstalis, constitue aux termes de l'article 88, §2 LPCE la date visée au premier paragraphe. Le délai de prescription prévu à l'article 88, §2 LPCE a donc expiré le 6 février 2008, soit 5 ans après le dépôt de la plainte, sauf interruption par des mesures d'instruction prises par l'Autorité belge de la concurrence ou par de nouvelles demandes que le plaignant lui aurait éventuellement adressées.

Or, il ressort selon NMPP/Presstalis du rapport et du dossier qu'aucun acte d'instruction portant sur le système BSC, seule pratique visée dans le rapport, n'a été diligenté avant le 6 février 2008. L'entreprise concernée ajoute que les mesures d'instruction éventuellement prises par les autorités de concurrence d'autres Etats membres de l'Union n'interrompent pas davantage le délai de prescription.

28. L'auditeur constate que NMPP/Presstalis part du principe qu'aucun acte d'instruction spécifique n'ayant été posé dans le cadre de l'instruction entre 2003 et 2009 pour ce qui concerne les griefs relatifs à la BSC, il y aurait lieu de constater la prescription pour cette partie de l'instruction seulement, les autres griefs contenus dans la plainte initiale ayant été traités par ailleurs.

29. Premièrement, l'auditeur avance pour sa part que rien dans le texte de l'article 88, §2 de la LPCE n'indique que les actes d'instruction posés par l'auditeur doivent être analysés grief par grief. Il propose une lecture littérale de l'article 88, §2 de la LPCE, ce dernier prévoyant seulement que tout acte d'instruction dans le cadre d'un dossier a pour conséquence de faire courir un nouveau délai d'égale durée pour l'instruction dans son ensemble sans qu'une distinction doive être faite entre les griefs dans le cadre d'un même dossier.

30. Deuxièmement, l'auditeur considère qu'en tout état de cause le délai de prescription de 5 ans prévu à l'article 88, §2 de la LPCE pour la procédure d'instruction, n'est pas atteint en l'espèce. Selon lui, l'instruction a démontré que l'infraction relative à la BSC a pris fin le 31 octobre 2004, la date de prescription à prendre en considération serait donc le 31 octobre 2009 (5 ans à dater du 31 octobre 2004) et non pas le 6 février 2008 comme avancé par NMPP/Presstalis. Le premier acte d'instruction cité (et non contesté) par NMPP/Presstalis étant fixé au 28 avril 2009, le délai de prescription n'est pas atteint selon l'auditeur.

31. Troisièmement, l'auditeur attire l'attention sur l'article 13 du Règlement 1/2003. Cet article stipule que le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités du réseau européen un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou pour rejeter la plainte. L'Autorité de la concurrence française ayant poursuivi l'instruction en tant qu'autorité de la concurrence la mieux placée, l'instruction menée par l'autorité française aurait eu pour effet de suspendre le traitement de la plainte par l'Autorité belge de concurrence. Pour l'auditeur, cette suspension aurait eu comme effet direct que le délai de prescription n'a pas couru entre 2004 et 2008 et que le délai de 5 ans n'était pas non plus atteint sur cette base lors de l'instruction de la BSC.

3.1.2 L'analyse du Conseil

32. L'article 88, §2 se lit comme suit : « *Le délai de prescription en ce qui concerne la procédure d'instruction et de décision est de cinq ans à partir de la date visée au § 1^{er}* »

La « *date visée au §1^{er}* » est « *la date de la décision de l'Auditorat de procéder à une instruction d'office ou la date de saisine de l'Auditorat conformément à l'article 44, § 1^{er}* ».

33. Le Conseil constate que la plainte a été déposée le 7 février 2003. Le délai de prescription de l'article 88, §2 de la LPCE qui est invoqué par NMPP/Presstalis, commence à courir à cette date.

34. Le délai est interrompu par des actes d'instruction ou des décisions prises dans le délai de cinq ans ou par une demande motivée adressée au Conseil par le plaignant ou le demandeur. Ces actes font courir un nouveau délai d'égale durée (article 88, §2, deuxième alinéa de la LPCE).

35. Le Conseil se doit donc d'abord d'examiner s'il y a eu des actes d'instruction qui ont fait courir un tel nouveau délai.

Il considère que c'est à juste titre que l'auditeur a invoqué qu'il faut entendre par acte d'instruction, tout acte dans le cadre de l'affaire qui a débuté à la date dont on tient compte sur la base de l'article 88, §1 de la LPCE (dans le cas d'espèce : la plainte) et dans laquelle finalement un rapport a été déposé. Dans cette affaire, tout au long de l'instruction, les différentes mesures d'instruction portent comme référence CONC-P/K-03/0006, Tondeur/AMP et NMPP/Presstalis. Il s'agit d'une seule instruction, traitée en tant que telle au niveau de l'Auditorat.

36. NMPP/Presstalis a reconnu qu'une demande d'assistance de la Direction générale de la Concurrence du Service Public Fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie à l'Autorité de la concurrence française du 28 avril 2009 constitue un acte d'instruction au sens de l'article 88, §2, deuxième alinéa de la LPCE, mais par contre elle considère que les mesures d'instruction ne portant pas sur la BSC ou étant adressées à AMP ne rentrent pas en compte. Pourtant dans les deux cas, il s'agit de mesures entreprises dans la même affaire.

37. Le fait que l'orientation des actes d'instruction ait éventuellement changé au fil de l'instruction par l'Auditorat ne peut pas justifier l'interprétation que défend NMPP/Presstalis de l'article 88, §2 de la LPCE. Cette interprétation consiste à ne tenir compte que des actes d'instruction qui concernaient la BSC, sujet du grief finalement retenu dans le rapport motivé. Or, le Conseil a déjà eu l'occasion de souligner que l'auditeur n'est pas tenu par les griefs comme ils sont formulés dans la plainte (voir par exemple Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil du 26 octobre 2007, Ordre des pharmaciens).

Ce n'est qu'au moment de rédiger le rapport et après avoir décidé de poursuivre l'affaire qu'il appartient à l'Auditorat de formuler exactement les griefs retenus à l'encontre d'une entreprise. Ce n'est aussi qu'à ce moment-là que l'auditeur décide quelles entreprises seront visées par le rapport motivé. Si le Conseil suivait l'approche de NMPP/Presstalis, cela voudrait dire qu'un tel choix pourrait avoir des implications rétroactives pour les délais de prescription.

38. Il faut d'ailleurs souligner que le rapport ne présente nullement une réorientation complète de l'instruction, comme le prétend NMPP/Presstalis. Le Conseil constate que la plainte de Tondeur se focalisait sur le marché sur lequel le plaignant était lui-même actif, mais touchait aussi à l'exportation de la presse française, les différents acteurs sur ce marché de l'exportation (principalement NMPP/Presstalis), les liens entre NMPP/Presstalis et AMP ainsi qu'au système de la BSC et à ses objectifs (voir la plainte, doc. 11 du dossier).

39. Même en faisant abstraction des différents actes qui se situent dans le cadre des échanges d'informations entre autorités européennes de concurrence dans la période entre 2005-2009 (reconnus par NMPP/Presstalis comme des actes d'instruction pertinents), le Conseil constate qu'il y a eu des

Version publique

demandes de renseignements le 1^{er} septembre 2004 (demande de renseignements formelle à AMP, doc. 36 dans le dossier) et puis le 26 juin 2009 (demande de renseignements formelle à Tondeur, doc. 92).

40. Il n'y a donc en tout cas pas eu une période de cinq ans lors de laquelle aucun acte d'instruction n'a été effectué. L'application de l'article 88, §2 de la LPCE ne donne pas lieu à constater la prescription. Le moyen de NMPP/Presstalis est rejeté.

3.2. Intérêt légitime à poursuivre la procédure

41. NMPP/Presstalis a également invoqué qu'il n'existe pas d'argument d'opportunité en faveur de la poursuite de la présente procédure. Selon l'entreprise concernée, il ressort clairement de la pratique décisionnelle de l'auditeur et du Conseil que des considérations d'opportunité peuvent justifier la clôture sans suite d'une procédure en cours. NMPP/Presstalis fait référence d'une part à la durée de la procédure, et d'autre part, à la possibilité pour l'Auditorat de classer une plainte sur la base de l'article 45, §2 de la LPCE en raison de sa politique de priorité et des moyens disponibles. NMPP/Presstalis invoque aussi la suppression de la BSC sept ans avant le dépôt de ses observations écrites du 30 septembre 2011. L'ancienneté de la pratique poursuivie placerait NMPP/Presstalis dans l'impossibilité d'assurer sa défense de façon utile car de nombreux éléments nécessaires à cette défense ne seraient plus disponibles. Finalement, sur ce point, NMPP/Presstalis fait référence à l'historique des enquêtes effectuées également par la Commission européenne et du Conseil de la concurrence français et évoque le risque d'une contrariété de décision entre les deux autorités nationales de concurrence.

42. Dans le cadre de l'analyse juridique que le Conseil fera des pratiques incriminées ci-dessous ainsi que dans la partie sur la détermination de la sanction, il reviendra sur la durée de la procédure ainsi que les décisions prises au niveau européen et au niveau français (voir ci-dessous, numéro 136).

En ce qui concerne la demande de NMPP/Presstalis au Conseil d'abandonner la procédure pour absence d'intérêt légitime, force est de constater que NMPP/Presstalis n'a pas indiqué sur quelle base légale le Conseil pourrait, pour des raisons d'opportunité, s'abstenir de se prononcer dans une affaire dans laquelle un rapport motivé de l'auditeur a été déposé.

43. Il faut rappeler que l'évaluation de l'opportunité de poursuivre a lieu dans la phase d'instruction. Le système institutionnel actuel de la LPCE implique qu'une fois saisi par un rapport, le Conseil doit rendre une décision. Aussi bien l'article 51 que l'article 52 de la LPCE, prévoient de façon explicite une décision motivée de la part du Conseil. Il ressort de ces dispositions que le dépôt du rapport d'instruction a pour effet qu'en tout état de cause le Conseil doit se prononcer par une décision motivée. Une telle décision implique un examen des dispositions de la LPCE auxquelles une infraction a été commise selon l'auditeur. La chambre ne dispose pas de marge d'appréciation quant à l'opportunité de prendre une telle décision motivée au terme de la procédure (voir également la Décision n° 2009-I/O-11 du 28 mai 2009, Accord de partenariat BCT).

IV. Marchés en cause

4.1. Les arguments des parties

44. Dans son rapport motivé, l'auditeur retient le marché de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro comme le marché concerné. Il considère que l'exportation de la presse française est un service spécifique et limité de la distribution de la presse qui présente notamment une organisation logistique particulière, des services de transport supplémentaires, des barèmes et des réseaux de distribution spécifiques. L'auditeur se base également sur la législation et la pratique décisionnelle de l'autorité de concurrence en France où de telles définitions de marché ont déjà été appliquées.

Version publique

45. La société NMPP/Presstalis est présente sur ce marché de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro, ainsi que la société Export Press qui était le concurrent le plus important de NMPP/Presstalis pendant la période décrite dans le rapport. Parallèlement aux services offerts par ces deux sociétés, l'auditeur souligne que certains éditeurs exportent directement eux-mêmes leurs titres, non pas en passant par un distributeur-exportateur comme NMPP/Presstalis mais par l'intermédiaire de filiales ou de sociétés de distribution implantées dans le pays d'exportation telles que Tondeur en Belgique.

46. En ce qui concerne la dimension géographique du marché pertinent, l'auditeur considère que dans le secteur des media la dimension géographique correspond à leurs zones de diffusion. Ce marché aurait, par sa nature, une dimension géographique mondiale qui représente donc sa zone de diffusion.

Le marché concerné retenu par l'auditeur est donc le marché de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro au niveau mondial.

47. NMPP/Presstalis conteste la position que prend l'auditeur dans son rapport motivé. Elle considère que la définition du marché en cause est confuse et erronée. Selon NMPP/Presstalis, le seul marché concerné dans cette affaire est le marché belge de la distribution de la presse magazines destinée à la vente au numéro, à l'exclusion du marché de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro.

48. Selon NMPP/Presstalis, aucune restriction de concurrence n'a pu se produire sur le marché de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro au détriment des distributeurs belges (comme le plaignant) car aucun distributeur belge n'y était actif à l'époque des faits et cela pour des raisons étrangères au système BSC. Le rapport entretiendrait une confusion entre la fonction d'exportation/importation et la fonction de distribution locale. Encore selon NMPP/Presstalis, la BSC n'a pas pu écarter des distributeurs belges du marché de l'exportation de la presse d'origine française sur lequel ils n'étaient pas actifs. Il n'y a donc pas lieu d'examiner les prétendues restrictions de concurrence que la BSC aurait produites sur ce marché. Selon NMPP/Presstalis, le seul marché sur lequel il convient d'apprécier la légalité de la BSC est le marché belge de la distribution de la presse magazines destinée à la vente au numéro sur lequel NMPP/Presstalis n'occupe aucune position dominante.

4.2. Analyse par le Conseil

49. Le rapport motivé dans cette affaire concerne un abus de position dominante allégué dans le chef de NMPP/Presstalis. La définition du ou des marchés concernés au sens de la Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 5) a comme premier objectif d'établir si l'entreprise concernée se trouve en position dominante au regard aussi bien du droit belge et européen de la concurrence. Le marché concerné est alors le marché sur lequel l'entreprise incriminée est active et l'exercice de la définition de marché vise à établir quelle est la pression concurrentielle qui existe sur ce marché. En cas de position dominante, la pression concurrentielle est faible et certains comportements sur ce marché ou sur d'autres marchés avoisinants peuvent constituer un abus de position dans le chef de l'entreprise concernée (voir TUE 8 septembre 2010, affaire T-29/05, Deltafina/Commission, numéro 48).

50. Une fois que le marché concerné est établi et qu'une éventuelle position dominante s'avère exister, il peut donc être important dans le cadre de l'analyse de la pratique restrictive d'examiner d'autres marchés, notamment si la pratique restrictive a lieu sur un ou plusieurs autres marchés ou encore parce que les effets réels ou potentiels de la pratique se font sentir sur d'autres marchés. Ces marchés ne sont pas forcément des marchés où l'entreprise concernée est active mais ce sont des marchés qui sont affectés par le comportement de cette entreprise.

Version publique

51. NMPP/Presstalis ne conteste pas qu'elle est active sur le marché mondial de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro, qui est le marché concerné retenu par l'auditeur. En réalité sa thèse est que le marché concerné devrait uniquement être le marché belge de la distribution de la presse magazines destinée à la vente au numéro, puisque c'est sur ce marché que les effets de la BSC se feraient sentir. NMPP/Presstalis insiste sur le fait qu'elle n'est pas active sur ce marché de distribution et qu'à l'inverse, les distributeurs belges (comme le plaignant), ne sont pas actifs sur le marché de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro.

52. Selon le Conseil, cette approche proposée par NMPP/Presstalis ne peut aboutir. L'évaluation de l'existence de position dominante se fait sur le marché où NMPP/Presstalis est actif. L'activité concernée de NMPP/Presstalis est incontestablement l'exportation de la presse française à partir de la France vers d'autres pays dont la Belgique.

La pression concurrentielle que ressent NMPP/Presstalis dans le cadre de ces activités vient de la société Export Press, ainsi que des éditeurs qui se chargent eux-mêmes de l'exportation, notamment vers la Belgique. Export Press a une part de marché substantiellement plus réduite (voir ci-dessous, numéros 65 et 67 dans la partie sur la position dominante).

53. Au travers de plusieurs de ses décisions, le Conseil français de la concurrence a reconnu l'existence d'un marché de l'exportation de la presse nationale vendue au numéro. Ce marché est généralement décrit comme se reposant sur une organisation de trois niveaux : les exportateurs rassemblent les titres de plusieurs éditeurs et les transmettent à des dépositaires implantés dans les pays destinataires (niveau 1). Ces dépositaires distribuent les titres aux diffuseurs de presse (niveau 2) et ces diffuseurs assurent la vente au détail (niveau 3). Chaque niveau est généralement rémunéré par une commission. Les éditeurs n'ont qu'un interlocuteur qui leur propose un prix qui couvre également le coût de la rémunération des agents de distribution locale de presse (Décision 04-D-45 du 16 septembre 2004, Décision 06-D-01 du 7 février 2006 du Conseil français, voir également Cour d'Appel de Paris, 12 février 2004, SAEM et NMPP/Conseil et Cour d'Appel de Paris, 12 avril 2005, Export Press/Conseil). Il ressort du dossier que l'existence de ce marché a également été affirmée par la société Export Press.

54. Il est vrai que les pratiques qui étaient à la base de la plainte concernaient la distribution de la presse française en Belgique. Cependant, comme il a été indiqué ci-dessus au numéro 50, la pratique restrictive ou ses effets peuvent se présenter sur un autre marché que celui sur lequel une position dominante existe. Afin de déterminer si un abus existe et, éventuellement, où les effets sur la concurrence existent, le Conseil doit examiner les marchés avoisinants (voir ci-après dans le cadre de l'analyse sous les numéros 104 et 105). Le marché belge de la distribution de la presse magazines destinée à la vente au numéro sera examiné dans la présente décision.

55. La pratique qui fait l'objet du rapport était un système de bonification offert aux éditeurs qui confiaient l'exclusivité de leurs exportations à destination de la Belgique, de la Suisse et du Canada à NMPP/Presstalis. Les conditions commerciales appliquées par NMPP/Presstalis dans la relation avec ces clients (éditeurs) ont nécessairement un impact potentiel sur le marché en amont (le marché de l'exportation) et le marché en aval (le marché de la distribution en Belgique). La nature même du système BSC lie les deux marchés : la bonification donnée par NMPP/Presstalis (qui dit être active uniquement sur le marché de l'exportation) est donnée si l'éditeur confie l'exportation à NMPP/Presstalis (marché en amont) vers les marchés de la Belgique, de la Suisse et du Canada (les marchés en aval). Pour la Belgique, l'exportation pour laquelle la BSC était appliquée était alors suivie de la distribution vers les points de vente par la société AMP avec laquelle NMPP/Presstalis avait un accord.

56. Il faut constater que des liens étroits existent entre le marché de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro et le marché belge de la distribution de la presse

Version publique

magazines destinée à la vente au numéro. Il y a non seulement le lien entre l'activité de l'exportation et l'activité de la distribution, mais le dossier montre également qu'un acteur sur le marché en aval (la distribution) exerce aussi une pression concurrentielle sur le marché en amont. Par ailleurs, le fait que certains éditeurs travaillent directement avec les distributeurs en Belgique renforce les liens entre les marchés.

4.3. Conclusion sur les marchés en cause

57. Afin de déterminer si NMPP/Presstalis a une position dominante au sens de l'article 3 de la LPCE et l'article 102 TFUE, il faut examiner sa position sur le marché de l'exportation de la presse d'origine française. Ce marché est donc le marché concerné. Cependant, aussi bien le marché de l'exportation de la presse d'origine française que le marché belge de la distribution de la presse magazines destinée à la vente au numéro, doivent être examinés par le Conseil dans le cadre de son analyse de marché. Ces marchés sont étroitement liés, ils se situent dans la même chaîne de distribution en amont et en aval. NMPP/Presstalis est actif sur le marché de l'exportation de la presse d'origine française et le marché de la distribution de la presse magazines destinée à la vente au numéro est destinataire de ses exportations.

V. Commerce entre Etats membres

58. Sur la base de l'article 3 du Règlement 1/2003 (JO (2003) L 1, p. 1), le Conseil de la concurrence doit d'abord examiner si les pratiques qui font l'objet de cette affaire doivent également être analysées sous l'angle de l'article 102 TFUE.

59. L'auditeur estime que l'article 102 TFUE s'applique puisque les comportements de NMPP/Presstalis affectent sensiblement le commerce entre Etats membres au sens requis par le droit de l'Union.

60. Selon les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE (JO (2004) C 101, p. 7), le comportement d'une entreprise en position dominante qui fait partie d'une stratégie générale doit être apprécié quant à son incidence globale. Lorsqu'une entreprise en position dominante adopte diverses pratiques dans la poursuite d'un même objectif, par exemple des pratiques visant à éliminer ou à évincer des concurrents, il suffit, pour que l'article 102 soit applicable à toutes les pratiques faisant partie de cette stratégie générale, que l'une d'elles soit susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres (§17 des Lignes Directrices).

61. Par sa nature même le marché d'exportation dont il est question implique au moins deux Etats membres de l'Union. Le commerce entre la France et la Belgique fait l'objet même de ce dossier. Au surplus, le marché géographique est défini mondialement.

En particulier, en ce qui concerne les comportements d'éviction ayant un lien avec plusieurs Etats membres, ces comportements sont susceptibles d'avoir une incidence négative sur le commerce interétatique en détournant le commerce du cours qu'il aurait suivi en l'absence du comportement abusif. A cet égard, les Lignes directrices de la Commission citent de façon explicite les rabais de fidélité (§75 et 76).

62. La partie incriminée n'a pas contesté l'application parallèle de l'article 102 TFUE sur la base de l'article 3 Règlement 1/2003.

Dans la présente décision, les pratiques qui font l'objet du rapport seront donc examinées aussi bien sur la base de l'article 3 de la LPCE que sur la base de l'article 102 TFUE.

VI. L'existence d'une position dominante

63. Le point de départ de toute analyse basée sur l'article 3 LPCE et l'article 102 TFUE est que l'existence d'une position dominante n'est pas interdite et qu'une entreprise dominante peut rentrer en concurrence par les mérites, tout comme tout autre opérateur économique actif sur le marché pertinent. Cependant, l'entreprise en question a une responsabilité particulière de ne pas rendre la concurrence inefficace par son comportement.

64. Il est rappelé qu'une position dominante au sens de l'article 3 LPCE et l'article 102 TFUE est une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui confère 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.

65. Pour ce qui est de NMPP/Presstalis, l'auditeur base l'existence d'une position dominante au sens de l'article 3 LPCE et de l'article 102 du TFUE principalement sur la part de marché très élevée de l'entreprise concernée. Il déduit de l'existence de cette part de marché importante une présomption d'existence de position dominante.

Il ressort du rapport qu'à plusieurs reprises, le Conseil de la concurrence français a constaté la position dominante de NMPP/Presstalis sur le marché de l'exportation de la presse nationale sur lequel NMPP/Presstalis détient, une position largement dominante (avec 90% de part de ce marché, Décision 04-D-45 du 16 septembre 2004 du Conseil français, et également la Cour d' Appel de Paris, 12 février 2004, MLP/NMPP). La décision explique que le seul concurrent de NMPP/Presstalis est la société Export Press, qui estime sa propre part de marché à 4 %. Les 6% restant correspondaient aux quelques éditeurs qui prennent eux-mêmes en charge l'exportation de leurs titres.

66. En 2004, NMPP/Presstalis a confirmé une part de marché importante de 88% pour l'exportation de la presse française. Ces renseignements ont été donnés lors de l'instruction (voir doc. 69, page 563 et doc. 73, page 597).

67. Il importe selon l'auditeur de relever d'une part que NMPP/Presstalis agissait en qualité de sous-traitant pour les deux autres messageries de presse, SAEM-TP et MLP, pour l'exportation des titres de leurs éditeurs clients (qui sont membres de leurs coopératives) et d'autre part que l'unique distributeur concurrent à l'export – Export Press – est une société créée seulement en 1999 à Edimbourg, transférée en 2001 à Paris et qui, dès lors, ne détenait que de faibles parts de marché pour la période 2000 à 2004 faisant l'objet de l'investigation. Ainsi, alors que le chiffre d'affaires de NMPP/Presstalis concernant les ventes (au prix fort) de l'ensemble des publications à l'export s'élève à 295 millions d'euros pour 2004, le montant des ventes à l'export d'Export Press en 2003 - après cinq années d'activités - restait limité à 15 millions d'euros.

68. L'auditeur ajoute que les parts de marché de NMPP/Presstalis sont non seulement très élevées mais qu'elles restent également constantes sur une longue période. NMPP/Presstalis passant d'un quasi-monopole durant les années '90 et antérieures à une position qui reste nettement dominante après l'apparition du concurrent Export Press.

Finalement, l'auditeur souligne que NMPP/Presstalis avait pour actionnaire principal la société Hachette, filiale du groupe Lagardère, un des premiers groupes en matière de media au niveau mondial. Le rapport motivé de l'auditeur conclut que NMPP/Presstalis occupait une position dominante sur le marché d'exportation de la presse d'origine française vendue au numéro, durant la période 2000 à 2004.

69. Il n'existe pas de contestation de la part de NMPP/Presstalis sur l'existence d'une position dominante sur le marché de l'exportation de la presse d'origine française vendue au numéro. Son argumentation consiste cependant à dire que le seul marché sur lequel il convient d'apprécier la

Version publique

légalité de la BSC est le marché belge de la distribution de la presse magazines destinée à la vente au numéro sur lequel NMPP/Presstalis n'occupe aucune position dominante et n'est même pas active.

70. Il apparaît de l'analyse ci-dessus (marchés en cause) que le Conseil ne suit pas l'approche de NMPP/Presstalis concernant les marchés en cause.

71. Le Conseil peut constater que la part de marché de NMPP/Presstalis est effectivement considérable pour toute la période décrite dans le rapport. La part de marché est également nettement plus élevée que celle du plus proche concurrent sur le marché de l'exportation, Export Press. La part de marché importante est donc renforcée par la structure de la concurrence et de la position des concurrents.

VII. Le(s) grief(s)

7.1. Le système BSC

72. Le rapport vise le système dit « BSC » (Bonifications Belgique – Suisse - Canada) qui fait partie des conditions commerciales appliquées par NMPP/Presstalis pendant la période définie dans le rapport. Ces conditions étaient composées principalement du barème et des bonifications.

73. Les commissions pour l'exportation de la presse étaient fixées par pays, pour lesquels un barème de base est déterminé (exemple pour les publications : Belgique 57%, Suisse 58%, Canada 62%). Ces commissions sont calculées sur le prix fort (ou PVL, prix de vente local), c'est-à-dire sur le prix public hors taxes sur les marchés export.

Aux commissions s'ajoutait le tarif transport facturé par NMPP/Presstalis à l'éditeur. L'encaissement net de l'éditeur pour un PVL en Belgique de 100 € s'élève donc à $100 \text{ €} - 57 \text{ €}$ (la commission de base) – 3 € (par hypothèse pour le coût de transport) = 40 € .

74. Par rapport à ce barème de base, des bonifications de diverses natures pouvaient réduire les commissions et donc augmenter le revenu éditeur.

75. Le rapport mentionne d'abord la bonification « vente » (boni-vente). Cette bonification est déterminée en fonction du volume moyen mensuel de vente et était destinée à prendre en compte les économies d'échelle réalisées sur les publications à fort niveau de diffusion (plus de 10.000 exemplaires). Elle démarre à 1,4% et augmente proportionnellement aux ventes jusqu'à maximum 6,5% (pour 46.429 exemplaires). Ce plafond s'explique selon le rapport par la nécessité de préserver une marge minimale pour rétribuer le service assuré par NMPP/Presstalis.

76. Ensuite, il y avait la bonification acquise (pour la Belgique et le Canada). Cette bonification permet de réduire le coût de distribution des publications petites et moyennes sur deux importants marchés d'exportation. 4% étaient attribués même en dessous de 10.000 exemplaires/parution. Au-delà de 4%, et jusqu'à 6,5%, la boni-vente reprend naturellement ses droits en fonction des volumes vendus.

Le rapport note que les barèmes de base intègrent directement ces 4% (les 57% deviennent directement dans les tableaux 53% pour la Belgique et 58% pour le Canada).

77. Finalement, il y avait la bonification « BSC ». Il s'agissait d'une remise de fidélité de 2,5% maximum qui s'appliquait une fois par an en octobre. Elle était calculée une fois par an et était déduite directement sur la facture du mois d'octobre de l'année. Contrairement aux boni-vente et boni-acquise, son calcul était différé et attribué aux éditeurs qui confient la totalité de la distribution de leurs titres conjointement sur les trois marchés en cause (Belgique, Suisse et Canada) pendant 12 mois. Le cumul des bonifications (boni-vente + BSC) était plafonné à 7,5% pour la Belgique et la Suisse et à 9% pour

Version publique

le Canada. Par exemple, la BSC applicable à un titre bénéficiant d'une boni-vente de 6,5% n'est que de 1% pour la Belgique et la Suisse.

78. Ce résumé des conditions commerciales de NMPP/Presstalis en 2000-2004 et des caractéristiques de la BSC est clairement confirmé par les documents dans le dossier (voir doc. 146, page 951) et n'a pas été contesté en tant que tel par NMPP/Presstalis devant le Conseil.

79. Concrètement, l'auditeur qualifie la bonification BSC comme système de rabais qui a comme objet et pour effet de restreindre la concurrence et qui constituerait un abus de position dominante de la part de NMPP/Presstalis.

7.2. Les arguments quant au caractère abusif

80. Tondeur avait dénoncé le fait que les conditions de mise en œuvre de cette bonification BSC l'obligeaient – s'il voulait démarcher un éditeur exportant dans les trois pays concernés – à compenser sur le seul marché belge les remises dont bénéficie un éditeur sur base de la bonification "BSC". Un éditeur n'avait intérêt à changer de distributeur pour le seul marché belge que si l'offre intégrait, outre une remise supplémentaire "belge" de 1 à 2,5% (qui compensait la quote-part « belge » de la bonification BSC et dont le montant est déterminé en fonction du plafond NMPP/Presstalis de 7,5%), une remise supplémentaire compensant l'absence de la bonification "BSC" qu'il aurait obtenue de NMPP/Presstalis pour ses exportations au Canada et en Suisse.

81. Le rapport explique que si la Belgique représentait approximativement 50% des exportations de l'éditeur démarché sur les trois marchés en question, Tondeur devait proposer au minimum une remise de 1 à 2,5% sur le volume belge (en fonction des plafonds NMPP/Presstalis) ainsi qu'une remise complémentaire qui compense les 1 à 2,5% de remise que l'éditeur n'obtiendra pas de NMPP/Presstalis lors de l'exportation de ses titres en Suisse et au Canada. Au total, Tondeur pouvait ainsi être amené à devoir proposer des remises complémentaires allant jusque 5% dans l'hypothèse d'une répartition approximative des ventes export de 50% pour la Belgique et 50% pour le Canada et la Suisse, et ce uniquement pour s'aligner sur les tarifs proposés par NMPP/Presstalis.

Ce montant était d'autant plus important selon l'auditeur que ce pourcentage s'applique sur le prix fort et avait dès lors un impact nettement plus important sur son chiffre d'affaires et sa marge bénéficiaire. Or, au même titre que NMPP/Presstalis, tout distributeur se voit obliger de préserver une marge minimale pour rétribuer le service qu'il assure.

82. La BSC comporte des caractéristiques fidélisantes selon l'auditeur et il estime qu'un système de remises accordées par une entreprise en position dominante et destinées à lui assurer l'exclusivité de l'approvisionnement d'un client n'est pas admis par le droit de la concurrence. Les rabais de fidélité peuvent avoir des effets d'éviction, dans ce cas sur le marché de la distribution de la presse française magazines en Belgique.

83. Partant de la situation du plaignant, l'auditeur défend que la BSC avait comme objectif de favoriser AMP sur le marché belge de la distribution. AMP était le concurrent principal de Tondeur et occupait une position importante sur ce marché. Cette position était renforcée par son intégration verticale : AMP contrôlait également un grand nombre de points de vente en Belgique, notamment par sa participation dans la chaîne des Press Shops.

84. L'auditeur met en avant les caractéristiques suivantes de la BSC :

- la bonification, à savoir le rabais, portait sur la distribution de la totalité des titres d'un éditeur;
- en Belgique, au Canada et en Suisse;
- elle porte sur une période déterminée d'un an, de novembre de l'année n-1 à octobre de l'année n;
- elle se traduit par une remise versée au mois d'octobre de l'année n (remise de fin d'année);

Version publique

– cette remise s’élève à 2,5% maximum sur le chiffre d’affaires réalisé sur les marchés belge, canadien et suisse.

85. L’auditeur relève notamment que sur les marchés belge, canadien et suisse, NMPP/Presstalis entretenait des relations privilégiées avec les principales sociétés de distribution : AMP en Belgique ([...] % de part de marché de la distribution de la presse française à la vente au numéro), Naville en Suisse ([...] % également pour la partie francophone du pays) et LMPI au Canada, qui étaient toutes les trois des sociétés filiales du groupe Lagardère, et dès lors des sociétés apparentées à NMPP/Presstalis.

86. Dans la mesure où seuls les éditeurs confiant l’exclusivité de l’exportation de leurs titres conjointement sur ces trois marchés avaient le droit de bénéficier de la bonification “BSC”, le fait que ces trois marchés soient liés et représentent une partie importante de l’exportation en valeur et en titres distribués, constituait selon l’auditeur un incitant supplémentaire pour les éditeurs de confier la totalité de leurs titres à l’export à NMPP/Presstalis.

87. Sur la base de l’analyse contenue dans le rapport, l’auditeur conclut que (i) l’engagement d’approvisionnement exclusif contenu dans la bonification “BSC” qui portait sur la totalité des besoins des clients (à savoir tous les titres d’un éditeur) sur un territoire déterminé, (ii) le fait qu’elle portait sur un ensemble de trois marchés qui sont les plus importantes destinations d’exportation de la presse française, (iii) les liens privilégiés entretenus avec les plus importants distributeurs locaux, (iv) la durée de la période de référence de la bonification BSC, (v) son caractère de remise de fin d’année, ainsi que (vi) la position ultra-dominante de NMPP/Presstalis sur le marché concerné (exportation) sont des critères fortement incitatifs pour les éditeurs dans leur choix de NMPP/Presstalis comme fournisseur de services d’exportation.

Sur cette base, il conclut à l’existence d’un abus de position dominante au sens de l’article 3 de la LPCE et l’article 102 TFUE.

88. Comme il a été décrit ci-dessus, la principale argumentation de NMPP/Presstalis concernait la définition des marchés concernés et l’absence de position dominante dans le chef de NMPP/Presstalis sur le marché de la distribution de la presse française pour la vente au numéro en Belgique.

89. En ce qui concerne la qualification de la BSC en tant qu’abus de position dominante, NMPP/Presstalis a soulevé que la BSC n’avait ni un objet anticoncurrentiel, ni des effets sur la concurrence sur le marché concerné. Les moyens de NMPP/Presstalis sont résumés très brièvement ci-dessous et seront ensuite repris dans le cadre de l’analyse par le Conseil.

D’abord, NMPP/Presstalis prétend que l’auditeur fait une application incorrecte de la notion d’objet anticoncurrentiel en s’appuyant notamment sur de prétendues intentions anticoncurrentielles de NMPP/Presstalis. Par ailleurs, pour NMPP/Presstalis, il n’existe ni d’apparement entre NMPP/Presstalis et AMP au sein du groupe Lagardère, ni d’autres relations privilégiées entre elles. L’objectif prétendu de vouloir favoriser AMP est réfuté. En ce qui concerne l’objet de la BSC proprement dit, NMPP/Presstalis estime que le système ne revêtait pas de caractère fidélisant. Dans ce contexte, NMPP/Presstalis invoque principalement qu’AMP n’était pas son distributeur exclusif.

De façon générale, NMPP/Presstalis estime que l’auditeur a omis d’examiner la BSC dans son contexte juridique et économique et qu’il n’a pas procédé à un examen des justifications économiques apportées par NMPP/Presstalis. Finalement, selon NMPP/Presstalis, l’auditeur a entièrement renoncé, à tort, à démontrer l’existence des effets anticoncurrentiels, ce qui était nécessaire selon elle vu l’absence d’objet anticoncurrentiel du système BSC visé par le rapport.

7.3. L'analyse par le Conseil

90. Les caractéristiques de la BSC comme décrites par l'auditeur et énumérées ci-dessus au point 83 ne sont pas contestées en tant que telles par NMPP/Presstalis. L'entreprise concernée conteste la qualification juridique de ces caractéristiques proposée par l'auditeur. L'analyse du grief par le Conseil peut donc prendre comme point de départ la description de la BSC dans les numéros 72 à 77 ci-dessus.

91. Pour déterminer si un comportement peut être considéré comme un abus, et plus spécifiquement en présence d'un système de rabais, il faut apprécier l'ensemble des circonstances, et notamment les critères et les modalités d'octroi des rabais, et il faut examiner si les rabais tendent, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui les justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée. Cet examen doit avoir égard au contexte dans lequel les pratiques s'inscrivent (TUE 9 septembre 2010, affaire T-155/06, Tomra, n^{os} 214-215 et en appel, affaire C-549/10 P, CJUE 19 avril 2012, numéros 70-71).

92. L'octroi d'un rabais en contrepartie d'une obligation pour un client d'acheter l'entièreté ou la majeure partie de ses achats auprès de l'entreprise dominante est susceptible d'être contraire à l'article 3 de la LPCE et l'article 102 TFUE (voir TUE 25 juin 2010, affaire T-66/01, Imperial Chemical Industries, numéros 296 et 297). Ce sont principalement les aspects fidélisants de ce genre de rabais qui comportent des risques pour la libre concurrence : de tels rabais peuvent empêcher, par la voie de l'octroi d'avantages financiers, l'approvisionnement des clients auprès de fournisseurs concurrents de services.

93. En cas d'application de l'article 3 LPCE et de l'article 102 TFUE, il ne convient pas de faire une distinction aussi nette entre l'objet et les effets, comme le fait NMPP/Presstalis dans ses observations. A cet égard, l'interdiction d'abus de position dominante est différente de celle de l'article 2 LPCE et de l'article 101 du TFUE. Un comportement qui peut être qualifié d'abus de position dominante est interdit. L'interdiction ne spécifie pas la nature de la restriction (objet, effet). La jurisprudence citée par NMPP/Presstalis qui est basée sur la différence entre l'analyse de l'objet d'un accord et l'analyse des effets d'un accord anticoncurrentiel, est sans pertinence. Aux fins de l'application de l'interdiction d'abus de position dominante, la démonstration d'objet et d'effets se confond (voir également TUE 30 septembre 2003, affaire T-203/01, Michelin/Commission, numéro 241).

94. Si les conditions d'application sont remplies, l'interdiction s'applique puisqu'il n'y a pas d'exception semblable à l'article 2, §3 de la LPCE ou l'article 101, §3 du TFUE mais uniquement la possibilité pour l'entreprise en question de démontrer qu'il existe éventuellement une justification objective pour l'avantage que le rabais représente. Il apparaît de la jurisprudence citée au numéro 91 ci-dessus que si l'entreprise apporte les preuves nécessaires pour justifier son comportement, le comportement ne sera pas considéré comme abusif (voir également la Communication de la Commission du 9 février 2009 contenant les orientations sur les priorités pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, C(2009) 864 final, n^{os} 28-31). Dans ce cas, l'interdiction ne s'applique pas. Il conviendrait pour ce type d'abus, que l'entreprise démontre l'existence de gains d'efficacité d'une ampleur suffisante (voir les conditions cumulatives énumérées au numéro 30 et le numéro 46 de la Communication de la Commission citée) et plus particulièrement des avantages de coût ou d'autres avantages qui sont répercutés sur les consommateurs.

95. Le rapport cite le barème export de NMPP/Presstalis qui présentait la BSC comme une bonification supplémentaire pour récompenser la fidélité des éditeurs. Cependant, selon

Version publique

NMPP/Presstalis, l'objet réel de la BSC était (i) d'inciter les éditeurs à déployer eux-mêmes des efforts de commercialisation dans les trois pays d'exportation les plus importants, ce qui permettrait à NMPP/Presstalis de réduire ses propres charges et (ii) de leur rétrocéder une économie résultant de la réduction des coûts unitaires obtenue grâce à la répartition des frais fixes sur un volume plus important.

En ce qui concerne les points (i) et (ii) mentionnés, il s'agit en réalité d'une justification économique invoqué par NMPP/Presstalis, qui sera traitée ci-dessous aux numéros 113 à 126.

96. Le Conseil estime que l'auditeur pouvait effectivement accorder une certaine importance à la communication de la BSC comme elle était faite par NMPP/Presstalis même vers les clients éditeurs (voir par exemple doc 58, ... « *Le principe ... instauration d'une bonification spéciale BSC de 2,5% du CA réalisé sur les marchés belge, canadien et suisse, dès le moment où nous assurons la totalité à la distribution de tous les titres édités par un même éditeur, et ce, sur une période déterminée...* »).

Si l'objet d'un système de rabais est un élément pertinent dans l'analyse juridique, il peut être déduit, entre autres, de la communication qu'en fait l'entreprise concernée à ses clients. Il est difficile de qualifier la BSC autrement que comme un rabais fidélisant. Les déclarations faites par NMPP/Presstalis et qui se trouvent dans le dossier d'instruction confirment d'ailleurs que l'entreprise voulait encourager les éditeurs à lui confier la totalité de leurs titres pour les trois plus grands marchés d'exportation (voir la réponse de NMPP/Presstalis à la DGCCRF en 2005 et plusieurs autres documents cités par le rapport, numéros 283-286). La BSC s'ajoutait aux bonifications existantes, et se présentait comme un outil supplémentaire pour s'assurer de la majeure partie de la distribution des titres des éditeurs français.

97. L'auditeur a cité l'existence d'une relation privilégiée entre NMPP/Presstalis et AMP comme étant un facteur qui permet de croire que l'objet de la BSC était également de favoriser AMP. Il fait également référence au lien entre AMP et Hachette. NMPP/Presstalis, de son côté, insiste sur le libre choix des éditeurs quant au distributeur local en Belgique et, à l'inverse, sur la possibilité pour les distributeurs actifs sur le marché belge de la distribution de traiter directement avec les éditeurs français.

98. Pour le Conseil, la relation entre NMPP/Presstalis et AMP est clairement un élément important dans l'analyse du grief formulé par l'auditeur, notamment parce qu'elle fait le lien entre les deux marchés concernés mentionnés ci-dessus.

99. Il paraît indiscutable que des liens existaient entre NMPP/Presstalis (le plus grand distributeur de presse en France et le plus grand exportateur de la presse française dans la période concernée) et AMP (le plus important distributeur de la presse française pour la vente au numéro en Belgique).

100. Il est vrai qu'un éditeur ne souhaitant pas recourir à AMP pour la distribution de ses titres en Belgique tout en recourant aux services de NMPP/Presstalis pour ses exportations vers la Belgique, le Canada et la Suisse, n'était pas pénalisé par la bonification "BSC" et pouvait en garder le bénéfice. L'on peut admettre également que les éditeurs étaient au courant de la possibilité de travailler avec un autre distributeur en Belgique (voir doc. 74, pages 601 et 603) et qu'ils n'auraient pas voulu ou accepté qu'AMP soit favorisé par NMPP/Presstalis étant donné qu'il s'agissait d'une filiale de Hachette (observations écrites de NMPP/Presstalis du 30 septembre 2011, numéro 93).

101. Néanmoins, le contrat entre NMPP/Presstalis et AMP stipulait que NMPP/Presstalis « s'engageait à ne pas commercialiser sur le territoire de la Belgique les produits en vue de leur vente au numéro au public, que ce soit directement ou indirectement, par la désignation d'un autre agent distributeur (sauf exception à la date de conclusion du présent contrat ou sauf demande expresse et par écrit d'un éditeur). « Il fallait donc qu'un éditeur entreprenne une démarche proactive et explicite

Version publique

pour confier éventuellement la distribution en Belgique de ses publications à un concurrent d'AMP. A défaut d'un tel acte, la distribution était automatiquement faite par AMP.

En l'absence d'une exclusivité stricte au sens juridique du terme, il y a avait certainement un lien privilégié de fait entre NMPP/Presstalis et AMP vu le contrat cité ci-dessus.

102. De plus, comme la BSC offrait la facilité pour les éditeurs de s'appliquer pour la Belgique, la Suisse et le Canada, et proposait pour chaque pays une formule qui incluait un distributeur (exportation par NMPP/Presstalis et distribution par AMP dans le cas de la Belgique), il n'y avait que peu d'incitants pour les éditeurs d'essayer de garder l'avantage de la BSC tout en déviant de la solution toute faite (« package ») proposée par NMPP/Presstalis en choisissant un autre distributeur pour un seul pays.

103. NMPP/Presstalis pouvait offrir un tel « package » précisément parce qu'elle avait les liens avec les trois plus grands distributeurs dans les trois grands pays d'exportations et parce qu'elle était quasi incontournable vu sa position très forte aussi bien sur le marché de la distribution en France que sur le marché de l'exportation qui fait l'objet de cette affaire.

104. La restriction de la concurrence pouvait alors se situer au niveau du choix réel des clients de NMPP/Presstalis, qui étaient incités à confier à NMPP/Presstalis l'exportation de tous leurs titres vers la Belgique, le Canada et la Suisse et lui étaient ainsi fidélisés. De ce fait, les concurrents de NMPP/Presstalis sur le marché d'exportation (principalement Export Press) pouvaient avoir un accès plus difficile à ces clients, mais les distributeurs (autres que AMP) sur le marché belge de la distribution avaient également un accès plus difficile à ces éditeurs clients puisque la BSC impliquait que, si pas en droit, en tout cas en fait, la distribution se faisait par AMP. Le choix des clients était donc influencé par un tel système en faveur de NMPP/Presstalis et des effets restrictifs sur l'accès au marché étaient possibles dans les deux marchés concernés.

105. Dans cette perspective, la coexistence de la position dominante de NMPP/Presstalis sur le marché d'exportation d'une part, et la part de marché très importante d'AMP sur le marché de la distribution des magazines français à la vente au numéro en Belgique d'autre part, renforçaient le caractère restrictif de la BSC vu le lien entre les deux marchés (voir l'analyse des marchés concernés, numéros 49 à 56 ci-dessus). Il n'est pas nécessaire de pouvoir établir si NMPP/Presstalis a eu l'intention de favoriser AMP, il est suffisant pour l'examen sous l'angle de l'article 3 de la LPCE et de l'article 102 TFUE que le système BSC comme il était conçu et appliqué, était de nature à pouvoir favoriser AMP en lui assurant la clientèle apportée par NMPP/ Presstalis.

106. Le rapport constate en outre que peu d'éditeurs avaient fait usage de la possibilité d'avoir recours à un autre distributeur qu'AMP. NMPP/Presstalis soulève qu'elle avait pourtant elle-même attiré l'attention des éditeurs sur la possibilité en leur envoyant une étude comparative des prestations offertes par NMPP/Presstalis et par Tondeur, mais qu'à l'issue de cette démarche, aucun éditeur n'avait préféré travailler avec Tondeur (voir doc. 146, page 955, points 68 et 69 de la réponse de NMPP/Presstalis du 2 juillet 2010 à la demande de renseignements du 20 mai 2010). Dans ses observations, NMPP/Presstalis soumet que l'explication doit être que les services rendus par AMP étaient en meilleure adéquation à leurs besoins que ceux proposés par Tondeur.

107. Il semble cependant que NMPP/Presstalis n'avait aucun intérêt à réellement inciter ses clients à contracter directement avec Tondeur et qu'il ne paraît pas opportun d'attacher beaucoup de valeur à une étude comparative que NMPP/Presstalis a rédigée elle-même à cet égard. Par contre, le fait que peu d'éditeurs aient fait usage de la possibilité de choisir un autre distributeur, confirme plutôt le caractère fidélisant de la BSC.

108. Il est important de noter à cet égard que la remise qui était accordée pouvait difficilement être contrée par les autres distributeurs comme Tondeur, même sous l'angle d'un concurrent aussi efficace.

Version publique

Certes, NMPP/Presstalis tend à démontrer que les opérateurs prétendument évincés comme Tondeur disposaient de contre-stratégies réalistes et efficaces. Ainsi, sur la base de chiffres présentés dans l'annexe 6 à sa réponse du 2 juillet 2010 à la demande de renseignements du 20 mai 2010 (observations écrites de NMPP/Presstalis du 30 septembre 2011, numéros 137 et 138 ; doc. 146, page 954 et annexe 6 intitulée « Tableaux de simulation BSC », pages 983 à 985; ci-après : « Annexe 6 »), NMPP/Presstalis se livre à une simulation des commissions qui auraient été perçues par Tondeur d'un éditeur qui retirerait à NMPP/Presstalis l'exportation de ses titres pour la Belgique (en assurant lui-même directement leur acheminement auprès de Tondeur) tout en conservant à NMPP/Presstalis ses exportations vers la Suisse et le Canada, et qui perdrait de ce fait le bénéfice de la BSC. Selon NMPP/Presstalis, il ressort de ces simulations que la commission maximale que Tondeur aurait dû facturer à l'éditeur se situait environ à [...]%, chiffre à comparer au taux de [...] ou [...]% appliqué à l'époque par AMP à NMPP/Presstalis.

109. NMPP/Presstalis veut ainsi démontrer que les éditeurs français avaient le choix, pour l'exportation de leurs titres, entre (i) faire appel à une société fournissant ce service, au nombre de deux en France (NMPP/Presstalis ou Export Press) ou (ii) exporter eux-mêmes leurs titres, soit par l'intermédiaire de leurs filiales étrangères, soit par relation directe avec les distributeurs étrangers tels que Tondeur ou Imapress.

110. Le Conseil n'est pas convaincu par cette tentative de démonstration. Du premier tableau de simulation de l'Annexe 6, dans le cas d'une bonification « vente » (boni-vente) de 4%, il apparaît qu'en accordant en sus la BSC, NMPP/Presstalis réduit sa commission pour l'exportation vers la Belgique de 53% (cas où la seule boni-vente à 4% s'applique, voir supra numéro 75) à 50,5%. Du deuxième tableau de simulation de l'Annexe 6, dans le cas d'une boni-vente à 6,5% et d'une BSC à 1%, ou d'une boni-vente à 5% et d'une BSC à 2,5%, NMPP/Presstalis réduit sa commission à 49,5%.

Or, NMPP/Presstalis dit qu'une commission de 49,5% et même de 50,5% ne lui laisse qu'une marge minimale pour rétribuer les services qu'elle assure (doc. 146, page 979). Cette affirmation de NMPP/Presstalis est vraisemblable : en effet, NMPP/Presstalis recourt pour la Belgique à AMP qui applique à NMPP/Presstalis un taux de [...] ou de [...]%. La marge de NMPP/Presstalis dans ce cas est en effet minimale (50,5% ou 49,5% - ([...] à [...]%)). Vu le lien privilégié entre NMPP/Presstalis et AMP (supra, numéro 99), on peut supposer que la commission de [...] à [...]% que paie NMPP/Presstalis à AMP est, elle aussi, minimale.

Pour Tondeur, la réduction de sa commission à [...]% n'est donc pas une contre-stratégie très réaliste à long terme. Elle n'est pas non plus une contre-stratégie efficace, parce que la compression par Tondeur de sa commission à [...]% ne suffit qu'à assurer qu'un éditeur soit indifférent entre recourir aux services de NMPP/Presstalis et recourir aux services de Tondeur, tout en supposant une qualité égale du service (malgré le fait que les activités de Tondeur ne s'étendent pas à la distribution de quotidiens) et en négligeant l'effet de réputation et d'image.

111. Le risque d'exclusion encouru par Tondeur apparaît en outre de l'analyse dite contrefactuelle. Cette analyse consiste à s'interroger, dans l'hypothèse où la BSC de NMPP/Presstalis n'avait pas été d'application, si Tondeur aurait pu avec succès s'adresser directement aux éditeurs français, non seulement à ceux qui effectivement exportent eux-mêmes (sans passer par NMPP/Presstalis ni Export Press), mais aussi à ceux qui pour le moment recourent aux services de NMPP/Presstalis (ou d'Export Press). Il apparaît de cette analyse contrefactuelle que la commission que Tondeur aurait pu pratiquer pour qu'un éditeur soit indifférent entre le recours à ses services et le recours aux services de NMPP/Presstalis est de 53%, à comparer à [...]% dans l'hypothèse de la BSC. Une telle commission de 53% aurait donné à Tondeur une marge pour réduire – fût-ce de 1 ou 2% - son taux de commission afin de compenser l'éventuelle différence de qualité du service (en particulier, le fait que les activités de Tondeur ne s'étendent pas à la distribution de quotidiens) et afin de compenser son possible déficit de réputation et d'image. En l'absence de la BSC, Tondeur aurait donc eu un meilleur accès aux

éditeurs français souhaitant exporter vers la Belgique. Cela aurait favorisé, non seulement une plus grande étendue de choix pour ces éditeurs qui ont été naturellement induits à travailler avec NMPP/Presstalis, mais aurait assuré aussi une plus grande diversité d'acteurs dans le marché en aval.

112. Mise à part l'objet de la bonification BSC, les conséquences du lien avec AMP et les risques d'exclusion des concurrents, le Conseil suit également l'auditeur pour dire que d'autres caractéristiques du système BSC contribuaient à son caractère restrictif. En particulier, ce genre de rabais supplémentaire qui est octroyé à la fin d'une certaine période relativement longue et de façon rétroactive (voir la description au numéro 84) est toujours plus problématique qu'un rabais octroyé tout de suite sur le prix d'achat en fonction de la quantité. Le caractère conditionnel (les éditeurs s'engageaient à confier à NMPP/Presstalis la totalité de leurs titres pour trois marchés d'exportation) est également un élément qui renforce les effets de fidélisation et d'exclusion.

113. NMPP/Presstalis a encore invoqué que la BSC était économiquement justifiée et que donc la bonification ne pouvait pas être considérée comme abusive. Pour l'auditeur, NMPP/Presstalis n'a pas apporté suffisamment de preuves à ce sujet.

114. Pour rappel, l'appréciation de la justification économique d'un système de rabais s'effectue sur la base de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il importe de déterminer si l'effet d'éviction qui résulte d'un tel système, désavantageux pour la concurrence, peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également au consommateur. Si l'effet d'éviction de ce système est sans rapport avec les avantages pour le marché et les consommateurs ou s'il va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces avantages, ledit système doit être considéré comme abusif (CJUE 15 mars 2007, affaire C-95/04 P, British Airways, au numéro 86). Il faut donc établir un rapport entre les gains d'efficacité et les effets restrictifs du système de rabais et ces derniers ne peuvent en tout cas pas être disproportionnels par rapport aux gains d'efficacité présumés.

115. Selon NMPP/Presstalis, en synthèse, la justification économique de la BSC réside dans (i) une réduction des coûts de NMPP/Presstalis grâce à l'incitant qu'ont les éditeurs, grâce à la BSC, de déployer eux-mêmes des efforts de commercialisation dans les trois pays d'exportation les plus importants que sont la Belgique, la Suisse et le Canada, (ii) l'existence d'économies d'échelle liées à l'exportation permettant de répartir les frais fixes sur un volume plus important (supra, numéro 95).

116. Concernant la première justification, NMPP/Presstalis avance notamment les éléments suivants :

- les éditeurs déploient sur la Belgique, le Canada et la Suisse, des moyens spécifiques qui se traduisent pour NMPP/Presstalis à la fois par des diminutions de charges et par des gains de vente;
- les charges d'administration (relations avec l'importateur local, etc.) sont réparties sur un plus grand nombre de titres exportés, d'où des économies d'échelle significatives;
- du fait des quantités expédiées pour chaque parution, la manutention est très différente pour ces trois pays : la majorité des expéditions se fait par palette homogène, voire en « direct imprimerie », c'est-à-dire sans passage par les centres NMPP/Presstalis. Dans tous les cas, il n'existe pas ou peu de livraisons d'appoint ; le rôle de NMPP/Presstalis peut même se limiter à la tenue de la comptabilité.

117. NMPP/Presstalis n'explique pas pourquoi l'octroi de la BSC était conditionné à l'exportation de la totalité des titres d'un éditeur conjointement en Belgique, au Canada et en Suisse. NMPP/Presstalis n'a pas apporté d'éléments concrets montrant que si un éditeur avait confié à un concurrent la vente de ses titres pour, par exemple le Canada (le Canada représentant environ [...] % des exportations vers ces trois destinations prises conjointement, et environ [...] % des exportations totales de NMPP/Presstalis), mais avait continué à recourir aux services de NMPP/Presstalis pour la Suisse et la Belgique, NMPP/Presstalis n'aurait plus bénéficié de diminutions de coûts et d'économies d'échelle suffisantes, en dépit des volumes et du nombre de références élevés pour ces deux derniers pays, et qu'il ne lui

Version publique

aurait plus été possible de financer une part significative de l'ensemble de sa structure export et d'assurer l'exportation vers les plus petites destinations.

118. Concernant la seconde justification économique de la BSC, elle réside dans la prépondérance des frais fixes dans le secteur de la distribution de la presse et dans les économies d'échelle liées au volume de titres pris en charge permettant de réduire les coûts unitaires.

Cet argument justifie notamment, selon NMPP/Presstalis, que la durée de référence de la BSC soit d'un an : pour que l'importance du volume d'exportations traité conduise à une baisse durable des coûts unitaires, il faut que ce volume important soit observé sur une période suffisamment longue ; une catégorie de coûts fixes est constituée par les frais de transports, pour lesquels les contrats conclus par NMPP/Presstalis sont d'au moins [...], en contrepartie de quoi NMPP/Presstalis bénéficie d'un tarif plus avantageux, mais fixe pendant [...] (observations écrites de NMPP/Presstalis du 30 septembre 2011, numéros 160 à 163).

Et si la BSC s'applique aux éditeurs confiant exclusivement à NMPP/Presstalis leurs exportations réalisées conjointement à destination de la Belgique, du Canada et de la Suisse, c'est selon NMPP/Presstalis parce que ces trois destinations représentent près de [...]% des exportations totales de NMPP/Presstalis, contribuant significativement à la couverture des frais fixes et à la formation de la marge brute de l'activité export de NMPP/Presstalis (observations écrites de NMPP/Presstalis du 30 septembre 2011, numéros 148 in fine et 154). Ainsi, la Belgique représente [...]% des exportations cumulées de NMPP/Presstalis en Belgique, Suisse et Canada et environ [...]% des exportations totales de NMPP/Presstalis, et la marge dégagée par les exportations vers la Belgique permet de couvrir [...]% de la totalité des frais fixes des activités d'exportation de NMPP/Presstalis (numéro 106 des « Observations des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne sur la version non confidentielle de la plainte de Tondeur Diffusion en date du 17 décembre 2003 communiquée par la Commission », 2 mars 2004, jointes comme annexe 1 aux observations écrites de NMPP/Presstalis du 30 septembre 2011).

119. Cette seconde justification économique semble reposer sur l'existence de coûts fixes spécifiques à l'exportation. Cependant, NMPP/Presstalis n'en a pas apporté la démonstration. L'analyse du Conseil ne peut donc porter que sur les coûts fixes totaux. Dans ce cadre, cette seconde justification économique avancée par NMPP/Presstalis, en particulier le fait que le prix pratiqué à l'exportation vers la Belgique, la Suisse et le Canada, soit inférieur au prix pratiqué sur le marché domestique de NMPP/Presstalis en vue de stimuler les ventes dans ces trois pays, suppose que les exportations vers ces trois destinations prises conjointement représentent une part significative du volume total d'activité de NMPP/Presstalis. C'est à cet effet qu'il avait été demandé lors de l'audience du 30 novembre 2011 à NMPP/Presstalis de donner la répartition de son chiffre d'affaires entre le marché domestique (France) et les exportations pour lesquelles la BSC est d'application (Belgique, Suisse, Canada).

120. Le Conseil constate, sur la base des chiffres transmis le 2 février 2012 par NMPP/Presstalis, que la part des exportations (vers la Belgique, la Suisse, le Canada et autres destinations) dans le chiffre d'affaires total de NMPP/Presstalis est faible, soit [...] à [...]% pour les années 2000 à 2004 et 2011; pour les destinations pour lesquelles la BSC est d'application (Belgique, Suisse, Canada), ce pourcentage est donc d'environ [...]%. Au demeurant, NMPP/Presstalis reconnaît elle-même que l'exportation est une activité accessoire dans ce secteur de la distribution de la presse en France (numéro 56 des « Observations des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne sur la version non confidentielle de la plainte de Tondeur Diffusion en date du 17 décembre 2003 communiquée par la Commission », 2 mars 2004, jointes comme annexe 1 aux observations écrites de NMPP/Presstalis du 30 septembre 2011).

Version publique

121. Ensuite, cette justification économique basée sur la prépondérance des frais fixes et l'importance de les répartir sur des volumes plus élevés suppose que la diminution de la commission de NMPP/Presstalis de 1 à 2,5%, suite à l'octroi de la bonification BSC, soit au moins compensée par la hausse du volume, en l'occurrence, par le fait que la hausse des titres et des volumes que les éditeurs français exportateurs confient à NMPP/Presstalis suite à la baisse des revenus de NMPP/Presstalis (la BSC) et donc suite à la hausse du revenu éditeur (ou encaissement net), soit supérieure ou égale à 1 à 2,5%. Si tel était le cas, la BSC serait une forme de rabais pouvant s'expliquer par la rationalité économique d'augmenter ou à tout le moins de garder constants les profits totaux de NMPP/Presstalis.

122. Que la demande de services d'exportations de l'éditeur vers une destination soit suffisamment élastique par rapport à la commission retenue par NMPP/Presstalis pour ladite destination est possible, mais le Conseil doit disposer d'éléments concrets faisant état d'une hausse des exportations suite à l'application de la BSC, et/ou d'une baisse des exportations vers la Belgique suite à la suppression de la BSC.

123. Or, à cet égard, NMPP/Presstalis se borne à déclarer que l'effet volume vient en compensation d'une baisse des revenus (doc. 70, page 569). Pourtant, dans une réponse au questionnaire export qui lui avait été adressé par la DGCCRF, à la demande de fournir une liste des titres gagnés et perdus en 2002, 2003 et 2004, NMPP/Presstalis répond qu'elle ne tient pas à jour une liste des titres gagnés ou perdus ; NMPP/Presstalis transmet toutefois à la DGCCRF une liste d'éditeurs qui ont été identifiés comme transférant un titre ou quelques titres de leur portefeuille vers la concurrence (doc. 70, page 569). De ces éléments de fait apportés par NMPP/Presstalis, il n'apparaît pas qu'une hausse du volume d'activité consécutive à la BSC soit établie.

124. NMPP/Presstalis a déclaré que ni l'adoption de la BSC, ni sa suppression n'ont produit d'effets sensibles sur le portefeuille clients de NMPP/Presstalis. Dans les observations écrites déposées le 2 février 2012 (supra, numéro 11), NMPP/Presstalis a joint un tableau relatif aux chiffres d'affaires réalisés au cours de la période 2000 à 2004 et au titre de l'année 2011, NMPP/Presstalis ne disposant cependant pas de données chiffrées pour les exportations vers la Belgique pour 2000 et 2001. De ce tableau, il apparaît que les chiffres d'exportation sont assez stables entre 2002 et 2004 (moins [...] % en 2003, plus [...] % en 2004). NMPP/Presstalis mentionne, dans une note sous le tableau, qu'elle a enregistré une forte baisse de son chiffre d'affaires total entre 2004 et 2011, donc pas seulement pour l'export, et que, «

[...]

». NMPP/Presstalis n'attribue donc nullement la baisse de ses exportations vers la Belgique après 2004 à la suppression de la BSC.

125. L'instruction a également montré que non seulement le plaignant, Tondeur, a insisté sur les effets restrictifs de la BSC, mais que le seul concurrent de NMPP/Presstalis sur le marché de l'exportation, Export Press, a également identifié la BSC comme un élément d'influence dans le cadre de ses rapports de concurrence avec NMPP/Presstalis (voir par exemple doc. 79, pages 668 et 669; doc. 80, page 673).

126. Le Conseil conclut de cette analyse qu'il n'y a pas d'éléments suffisamment convaincants pour retenir une justification économique qui pourrait avoir comme conséquence que le système BSC ne devrait plus être considéré comme abusif au sens de l'article 3 de la LPCE et l'article 102 TFUE.

127. Finalement, NMPP/Presstalis a invoqué en dernier lieu que l'auditeur a manqué à son obligation de démontrer les effets réels de la BSC dans le marché concerné (pour NMPP/Presstalis, le marché de l'exportation). Pour le Conseil, l'auditeur n'était pas dans l'obligation de démontrer de façon approfondie de tels effets réels (voir également sur l'objet et les effets ci-dessus au numéro 93 et également CJUE 19 avril 2012, affaire C-549/10 P, numéro 79). De toute façon, à travers l'analyse des

arguments des parties et sur la base du dossier, le Conseil constate cependant que même à défaut de devoir le faire, l'analyse effectuée par l'auditeur contient des indications non négligeables d'effets réels ou potentiels sur les marchés concernés. En outre, le Conseil a analysé de façon détaillée ci-dessus l'effet de la BSC pour la position des distributeurs et les arguments d'ordre économique qui ont été soulevés par NMPP/Presstalis.

7.4. Conclusion au sujet de l'abus de position dominante

128. La BSC appliquée par NMPP/Presstalis avait, de fait, par son objet et par ses caractéristiques un effet fidélisant. La part de marché très élevée de NMPP/Presstalis fait également partie de l'ensemble du contexte dans lequel son comportement dans la période examinée doit être évalué et contribue à son caractère restrictif. Le système de rabais était de nature à restreindre le choix des clients sur le marché de l'exportation par ses caractéristiques et d'influencer l'accès à ces clients qu'avaient des distributeurs sur le marché en aval. En outre, le lien avec AMP faisait que le système était également de nature à avoir un impact sur la structure de la concurrence sur le marché en aval, la distribution des magazines vendus au numéro en Belgique et à limiter la diversité des acteurs pouvant offrir leurs services aux éditeurs. La BSC pouvait contribuer à entraver sérieusement les possibilités des distributeurs en Belgique de concurrencer, ne fût-ce que pour une portion plus élevée de la demande, NMPP/Presstalis et AMP.

Sur la base de ces considérations, le Conseil conclut qu'une infraction à l'article 3 LPCE et à l'article 102 du Traité CE a été établie dans le chef de la partie incriminée, NMPP/Presstalis.

129. La bonification BSC a été mise en place en mars 2000 par la communication aux éditeurs (voir numéro 78 ci-dessus). La BSC a été supprimée le 22 octobre 2004 avec un effet rétroactif au mois de novembre 2003. Selon NMPP/Presstalis, elle a mis fin au système pour mettre fin au différend qui l'opposait à la Commission européenne et/ou pour éviter des procédures contentieuses.

130. L'effet rétroactif de la suppression n'a pas de réelle pertinence pour la détermination de la durée infractionnelle puisque ce n'est qu'à sa suppression que le caractère fidélisant et les effets d'exclusion perdaient leur caractère problématique. La période infractionnelle s'étale donc du 1^{er} avril 2000 au 31 octobre 2004.

VIII. Sanction

131. Dans la présente décision, le Conseil a constaté une infraction au droit de la concurrence qui est imputable à Presstalis, anciennement NMPP.

Dans son rapport, l'auditeur demande au Conseil d'imposer à NMPP/Presstalis une amende proportionnelle à la gravité de l'infraction retenue et à sa durée.

132. En ce qui concerne une éventuelle sanction, il convient d'une part de constater que les nouvelles Lignes directrices du Conseil en matière du calcul d'amendes ne s'appliquent pas puisque l'audience dans cette affaire avait déjà eu lieu le 30 novembre 2011 (voir numéro 46 des lignes directrices, MB du 18 janvier 2012, Ed. 2, pp. 3217 - 3223).

133. D'autre part, comme le Conseil a déjà indiqué dans plusieurs décisions, les Lignes directrices de 2004 pour le calcul des amendes (M.B. du 30 avril 2004, Ed. 2, pp. 36261 - 36264) qui ont été publiées dans le cadre de l'ancienne LPCE et dont la formulation s'articulait entièrement sur l'ancienne LPCE, ne sont plus d'application depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle LPCE, sauf dans les cas où le Conseil a prévu explicitement qu'il les appliquera encore au titre de droit transitoire (Communication du Conseil du 22 octobre 2007 sur l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires dans les affaires portant sur les ententes, M.B. 22 octobre 2007, pp. 54708 - 54718, §50).

Version publique

134. Les facteurs les plus importants pour le calcul de l'amende sont la nature et la gravité de l'infraction ainsi que sa durée (Décision n° 2008-I/O-13 du 4 avril 2008, BBP et Décision n° 2010-I/O-11 du 20 mai 2010, Staalplaatradiatoren). En exerçant son pouvoir d'infliger des amendes sur la base de l'article 63 de la LPCE, la loi prévoit uniquement que le Conseil doit tenir compte d'un montant maximal de 10 % du chiffre d'affaires total de l'entreprise ou de l'association (article 86, §1^{er} de la LPCE). Dans ce contexte, le Conseil dispose clairement d'une large marge d'appréciation.

135. Il faut tenir compte des circonstances particulières dans cette affaire lors de la détermination de la sanction.

136. Il y a lieu de constater tout d'abord que l'instruction dans cette affaire a été longue. La première plainte datait de 2003. Il est certain que la durée de la période s'explique en grande partie par le fait que plusieurs autorités étaient saisies des plaintes de Tondeur et que l'Auditorat pouvait légitimement en tenir compte pour déterminer le degré de priorité de l'affaire au niveau belge. Le Conseil estime devoir tenir compte tout de même de la durée de l'instruction par un souci d'équité (voir également Décision n° 2007-I/O-19 du 22 août 2007, Orde der Dierenartsen et Décision n° 2008-P/K-43 du 7 juillet 2008, FAB).

137. L'élément temporel est aussi pertinent pour la détermination de la sanction dans cette affaire puisque la pratique spécifique visée par le rapport, le système de bonification BSC, a été abrogé en 2004, donc bien avant le dépôt du rapport de l'auditeur.

138. En vue de déterminer le montant de base des amendes sur la base de la nature et de la gravité de l'infraction, le Conseil prend généralement en considération une proportion des ventes réalisées sur le marché qui est en relation directe avec l'infraction.

139. Dans cette affaire, il y a deux marchés affectés par le comportement jugé abusif. Les activités de NMPP/Presstalis directes se situent sur le marché de l'exportation de la presse française magazines pour la vente au numéro. Les services rendus par NMPP/Presstalis à ses clients sont prestés en France mais aussi indirectement dans les pays de l'exportation où les commissions perçues par NMPP/Presstalis pour ses services sont incorporées dans le prix de vente local au numéro (PVL).

140. Ces marchés présentent donc la particularité que NMPP/Presstalis ne réalise pas de chiffre d'affaires en tant que tel sur le marché belge de la distribution des magazines même si ce dernier marché est le marché destinataire des services prestés. Cette particularité est typique pour les marchés d'exportation de cette nature.

141. Dans ce cas, si le Conseil applique le principe qu'il faut rester le plus près possible du chiffre d'affaires en lien avec l'infraction, il y a lieu de prendre en considération le chiffre d'affaires de NMPP/Presstalis généré par l'exportation vers la Belgique, c'est-à-dire le montant des commissions perçues par NMPP/Presstalis et liées à l'exportation des titres d'éditeurs français vers la Belgique (montant repris dans le tableau communiqué au Conseil par NMPP/Presstalis le 2 février 2012) pour la dernière année complète de l'infraction, c'est-à-dire l'année 2003. Il s'agit d'un montant de [...] euros.

Ce montant de commissions perçues par NMPP/Presstalis ne représente qu'une fraction du chiffre d'affaires éditeurs réalisé en Belgique. Le chiffre d'affaires éditeurs réalisé en Belgique par les éditeurs clients de Presstalis peut être estimé comme suit : les exportations totales (Belgique, Suisse, Canada et autres destinations) des éditeurs clients de NMPP/Presstalis représentent en 2003 un chiffre d'affaires de [...] euros (montant repris dans le tableau communiqué au Conseil par NMPP/Presstalis le 2 février 2012). Les exportations vers la Belgique s'élèvent d'après l'instruction (rapport de l'auditeur, numéro 298 ; doc. 72, page 586 ; doc. 46, page 428) de [...] % à environ [...] % de ces exportations totales, soit un chiffre d'affaires éditeurs réalisé en Belgique en 2003 d'environ [...] à [...] euros.

Version publique

142. De ce chiffre d'affaires éditeurs d'environ [...] à [...] euros, le montant de [...] euros retenu comme base de calcul de l'amende (ci-dessus au numéro 141, premier alinéa) représente [...] % à [...] %.

143. Vu la nature de l'infraction et toutes ses caractéristiques et vu le pouvoir de marché très important de NMPP/Presstalis sur les marchés concernés, le Conseil estime devoir retenir un pourcentage de [...] % de la base de calcul pour cette infraction qu'il qualifie de grave. Les circonstances de l'affaire sont particulières et le calcul se fait dans le cadre d'un régime transitoire avant l'application des nouvelles Lignes directrices de 2011. Pour ces raisons, l'amende est calculée sans appliquer de majoration pour le facteur durée.

144. Le Conseil arrive alors à une amende de 245.530 euros.

145. Il est essentiel de pouvoir imposer une sanction pour un abus de position dominante et il faut pouvoir s'assurer que la sanction soit effective. Pour cela il faut aussi tenir compte des particularités des marchés concernés et des activités de NMPP/Presstalis lors de l'examen du respect du seuil maximal de l'article 63 de la LPCE, et en particulier de la phrase « chiffre d'affaires sur le marché national et à l'exportation » contenue dans l'article 86 de la LPCE auquel l'article 63 fait référence.

146. Il est vrai que Presstalis, agissant dans le cadre d'un contrat de dépôt-vente et non pas d'achat-vente, n'est pas propriétaire des publications et, par conséquent, ne vend pas formellement celles-ci aux dépositaires, diffuseurs ou clients finals localisés en Belgique.

147. Comme vu plus haut (notamment au numéro 55 et au numéro 104), les conditions commerciales appliquées par NMPP/Presstalis dans ses relations avec les clients (éditeurs) ont nécessairement un impact non seulement sur le marché amont (exportation) mais aussi sur le marché aval. Ainsi, la BSC donnait lieu à un revenu éditeur (encaissement net) plus élevé, et cette hausse du revenu éditeur grâce à la BSC pouvait profiter, fût-ce indirectement, aux dépositaires, diffuseurs et/ou consommateurs en Belgique, Suisse et au Canada, sous la forme de meilleurs services à l'exportation des éditeurs français voire, à titre d'hypothèse, sous la forme d'un PVL moins élevé au profit du consommateur.

148. Au demeurant, le contrat d'agence conclu entre NMPP et AMP contient la disposition suivante sous le titre « Article V – Rémunération / Dispositions fiscales / Déclarations » :

« ...5.2. Sur le plan fiscal, les NMPP seront réputées vendeur des produits. Il appartiendra en conséquence à AMP de faire son affaire de toute déclaration à l'occasion de l'importation des produits et du règlement de toutes taxes qui en serait la conséquence, notamment la TVA » (doc. 74, page 605).

Vu de cette perspective, il y a donc bien importation en Belgique.

149. De toute façon, le Conseil estime que dans le cas d'espèce, il faut comprendre l'article 86 de la LPCE en ce sens qu'il fixe un montant maximum de l'amende à un niveau qui est suffisamment élevé pour donner à l'autorité de concurrence le pouvoir d'imposer une sanction financière pouvant dissuader le comportement illégal. Il s'agit de la seule interprétation qui assure un effet dissuasif à l'amende, tenant compte également de l'obligation du Conseil d'imposer des sanctions suffisamment dissuasives au regard du droit de l'Union (sur l'importance de pouvoir sanctionner voir également CJUE 11 juin 2009, affaire C-429/07, Belastingdienst/X, numéros 36-37).

Il ne serait ni équitable ni conforme à l'effet utile du droit de l'Union que Presstalis puisse ne pas être sanctionnée en Belgique uniquement parce que la nature du service rendu à ses clients et le fait que NMPP/Presstalis agisse comme commissionnaire, ont pour conséquence que le chiffre d'affaires en Belgique est en réalité imputé aux activités prestées et déclarées en dehors de la Belgique.

Version publique

Par ces motifs,

Le Conseil de la concurrence,

- Constate que Presstalis S.A.R.L., anciennement S.A.R.L. Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne, a enfreint l'article 3 de la Loi sur la protection de la concurrence économique et l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ayant mis en œuvre du 1^{er} avril 2000 au 1^{er} octobre 2004 un système de rabais appelé « bonification BSC »
- Impose à Presstalis S.A.R.L. une amende de 245.530 euros.

Ainsi décidé le 30 juillet 2012 par la Première chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Laura Parret, président de chambre f.f., Monsieur Christian Huveneers, vice-président du Conseil, Madame Dominique Smeets, conseiller.

Conformément à l'article 67 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, la notification de la présente décision sera effectuée à Presstalis S.A.R.L., Tondeur Diffusion S.A. et au Ministre qui a l'économie parmi ses attributions.