

Décision n° 09-D-04 du 27 janvier 2009
relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de
Presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des
Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la
distribution de la presse

NOR ECEC0903731S

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre enregistrée le 8 août 2003, sous le numéro 03/0051 F, par laquelle les Messageries Lyonnaises de Presse ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne ;

Vu la lettre enregistrée le 20 septembre 2004, sous le numéro 04/0064 F, par laquelle les Messageries Lyonnaises de Presse ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne et la Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse ;

Vu la décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 du Conseil de la concurrence relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les MLP, ainsi que les arrêts de la cour d'appel de Paris du 12 février 2004 et du 31 janvier 2006, et de la Cour de cassation du 12 juillet 2005 et 20 février 2007 ;

Vu la décision n° 05-D-01 du 12 janvier 2005 du Conseil de la concurrence relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les MLP ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ;

Vu la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;

Vu l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, et notamment son article 5 ;

Vu la décision du rapporteur général du Conseil de la concurrence du 31 janvier 2005 procédant à la jonction des saisines enregistrées sous les numéros 03/0051 F et 04/0064 F ;

Vu la décision du rapporteur général du Conseil de la concurrence du 31 janvier 2007 procédant à la disjonction des saisines 03/0051 F et 04/0064 F en plusieurs affaires ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 07-DSA-135, n° 07-DSA-136, n° 07-DSA-160, n° 07-DSA-162, n° 07-DSA-163, n° 07-DSA-164, n° 07-DSA-172, n° 07-DSA-173,

n° 07-DEC-29 concernant les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne ;

n° 07-DSA-159, n° 07-DSA-166, n° 07-DSA-167, n° 07-DSA-168, n° 07-DSA-171,

n° 07-DSA-189, n° 07-DEC-28 concernant la Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse ; n° 08-DSA-175 concernant les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne et la Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse ; n° 07-DSA-165, n° 07-DEC-33, n° 07-DEC-35 concernant les Messageries Lyonnaises de Presse ; n° 07-DSA-161 concernant la société Export Presse ;

Vu les observations présentées par les Messageries Lyonnaises de Presse, les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne et la Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse, et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu la note en délibéré produite par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne le 2 décembre 2008 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des Messageries Lyonnaises de Presse, de la Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse et des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne entendus lors de la séance du Conseil de la concurrence du 21 novembre 2008 ;

Adopte la décision suivante :

-

I. Constatations

Par lettres en date du 8 août 2003 et du 20 septembre 2004, les Messageries Lyonnaises de Presse (les MLP) ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (les NMPP) et la Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse (TP) dans le secteur de la distribution de la presse vendue au numéro. En application de la décision du rapporteur général du Conseil de la concurrence en date du 31 janvier 2007, sont disjointes de la présente affaire les pratiques relatives à l'accès au logiciel Presse 2000 ainsi que les pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de la presse à l'export.

Dans leurs saisines, jointes par la décision du rapporteur général du Conseil de la concurrence en date du 31 janvier 2005, les MLP dénoncent le système de « bonification exceptionnelle » proposé depuis 2000 par les NMPP et TP ainsi que la « prime de fidélité » accordée par cette dernière société. Elles critiquent l'octroi d'avantages tarifaires conditionnels (la « bonification pour distribution régulée » et le « crédit nouveauté ») à certains éditeurs alors que leurs publications ne satisfont pas aux conditions prévues dans les barèmes. Elles soulignent le caractère restreint de l'accès aux informations essentielles contrôlées par les NMPP relatives, d'une part, aux diffuseurs dits qualifiés et, d'autre part, à la recomposition des zones de distribution. Les MLP soutiennent enfin que des facilités de financement sont accordées à certains éditeurs par les NMPP et TP en contrepartie du transfert des titres vers les NMPP.

A. Le secteur de la distribution de la presse

La presse est distribuée selon trois modalités : par abonnement, par portage ou par le biais de la vente au numéro. Seul ce dernier mode de distribution est concerné par la présente affaire.

1. Le cadre légal de la distribution de la presse

a) La loi Bichet

La loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, dite « Bichet », organise le cadre du groupage et de la distribution de la presse autour du principe coopératif : soit l'éditeur assure lui-même la distribution de ses titres, soit il se groupe avec d'autres éditeurs au sein d'une société coopérative de messageries de presse. Ces sociétés coopératives constituées par les éditeurs peuvent remplir elles-mêmes la fonction de messageries, en assurant, par leurs propres moyens, le groupage et la distribution des parutions éditées par leurs adhérents. Mais les coopératives peuvent également confier à des entreprises commerciales l'exécution des opérations de groupage et de distribution des titres de leurs adhérents, auquel cas elles doivent s'assurer une participation majoritaire dans la direction de ces entreprises, leur garantissant l'impartialité de cette gestion et la surveillance de leurs comptabilités.

Les dispositions de l'article 12 de la loi Bichet prévoient que les barèmes des tarifs de messageries sont soumis à l'approbation de l'assemblée générale et s'imposent à tous les éditeurs clients de la coopérative. La loi Bichet consacre également un droit à la distribution puisque les coopératives sont tenues d'accepter de distribuer tout titre pour lequel l'éditeur en fait la demande.

Aux termes des dispositions de son article 17, la loi Bichet prévoit la création du Conseil supérieur des messageries de presse (CSMP) qui est chargé du contrôle comptable, de la coordination de l'emploi des moyens de transport à longue distance utilisés par les messageries et, de façon générale, de faciliter l'application de la loi Bichet.

La loi Bichet ne définit pas précisément les caractéristiques des journaux et publications périodiques concernés par ses dispositions. L'évolution du secteur de l'édition a conduit le CSMP à engager, dès 1992, un travail de concertation sur la définition du « produit presse », étant entendu que les dispositions de la loi Bichet ne s'appliquent qu'aux titres répondant à cette définition. Les titres et parutions ne relevant pas de cette définition sont qualifiés de produits « hors presse ». La première définition du « produit presse » résulte d'accords interprofessionnels conclus en 1993 (cote 9884). Le CSMP publie, depuis 1998, la définition du « produit presse » (cotes 3546 à 3548 pour la définition des produits presse et hors presse).

b) La rémunération des agents de la vente de publications

Les conditions de rémunération des agents de la vente de publications ont été précisées par la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social et notamment son article 11 : *« Afin d'assurer le respect du principe de neutralité dans les conditions de distribution de la presse, la rémunération des agents de la vente de publications quotidiennes et périodiques est déterminée en pourcentage du montant des ventes desdites publications réalisées par leur intermédiaire, dans des conditions fixées par décret. Sont considérés comme "agents de la vente" les concessionnaires globaux, les dépositaires centraux, les marchands vendant directement au public – sous-dépositaires, marchands en kiosque, en terrasse et en boutique – et les vendeurs colporteurs ».*

Le décret n° 88-136 du 9 février 1988 pris en application de la loi n° 87-39 précitée fixant les conditions de rémunération des agents de la vente de presse encadre les taux de commission des agents de la vente et s'applique à toute convention conclue avec les agents de la vente. Ce décret a été récemment modifié par le décret n° 2005-1455 du 25 novembre 2005.

Un accord portant sur la rémunération des diffuseurs a été conclu le 18 septembre 2001 (cotes 10176 à 10184) entre les NMPP, TP, l'Union nationale des diffuseurs de presse (UNDP) et le Syndicat national des dépositaires de presse (SNDP) sous l'égide et en présence du CSMP. Cet accord prévoit que les diffuseurs satisfaisant à un certain nombre de conditions relatives à la présentation de la presse, à l'étendue de l'assortiment offert et aux heures d'ouverture sont désignés comme « diffuseurs qualifiés » et reçoivent à ce titre une rémunération sensiblement supérieure à celle des autres diffuseurs.

2. Le fonctionnement du secteur

Le circuit de distribution de la presse compte trois niveaux :

- le niveau 1 est assuré par les messageries de presse, dont le rôle est de réceptionner, trier et répartir les titres de presse auprès des dépositaires ;
- le niveau 2 est constitué par les dépositaires ou grossistes répartiteurs qui assurent la répartition des journaux auprès des diffuseurs ;
- le niveau 3 recouvre l'ensemble des diffuseurs de presse, c'est-à-dire les détaillants qui assurent la vente de la presse auprès du consommateur final.

Les messageries fixent librement leur coût d'intervention, à travers l'établissement d'un barème. Ce coût inclut celui du dépositaire et du diffuseur qui est plafonné conformément aux dispositions du décret n° 88-136 précité.

a) La demande

Sur le marché de la diffusion de la presse, la demande est exercée par les éditeurs de journaux et périodiques, dont les principaux sont Hachette Filipacchi associés, filiale du groupe Lagardère, Prisma Presse, Emap France, devenu Mondadori France en 2006 et le groupe Dassault/Socpresse. Viennent ensuite des éditeurs tels que Bayard presse, Milan presse, le groupe Entreprendre Robert Lafont, la société éditrice du Monde, le groupe Alain Ayache, etc.

Cette demande est relativement concentrée : en 2000, 5 % des éditeurs ont réalisé un chiffre d'affaires de plus de 50 millions de francs et ont représenté 83 % du chiffre d'affaires généré par l'ensemble des titres distribués par les NMPP ; à l'inverse, 251 éditeurs ont réalisé un chiffre d'affaires inférieur à 500 000 francs cette même année, et ont représenté moins de 1 % du chiffre d'affaires généré par l'ensemble des titres distribués par les NMPP (cote 1492).

Lorsqu'un éditeur souhaite faire distribuer par une coopérative un titre dont les caractéristiques correspondent à la définition du « produit presse », il adhère à cette coopérative et signe avec elle un contrat de groupage auquel est notamment annexé le barème des tarifs de messageries.

Étant donné le cadre réglementaire en vigueur, il convient de distinguer, au sein des services de distribution demandés par les éditeurs, d'une part, ceux qui relèvent du groupage et font l'objet du barème visé par l'article 12 de la loi Bichet et d'autre part, ceux qui, ne faisant pas l'objet du groupage, ne sont pas concernés par ces barèmes et sont dits « prestations hors barèmes ». Parmi ces « prestations hors barèmes », les principaux besoins des éditeurs sont la récupération des invendus, l'accès aux bases de données, les logiciels informatiques de réglage (le réglage est la détermination, par l'éditeur, du nombre d'exemplaires acheminés par point de vente) et le transport non groupé, ce dernier concernant essentiellement les quotidiens.

La presse quotidienne régionale (PQR) n'est pas diffusée par les messageries de presse. En effet, la PQR, comme le permet la loi Bichet, a décidé de se distribuer elle-même. Toutefois, les titres de la PQR peuvent parfois avoir recours aux prestations des messageries pour assurer leur distribution hors de leurs zones de diffusion d'origine.

Les éditeurs choisissent, pour chaque titre qu'ils publient, les services de messagerie qui leur semblent les mieux adaptés. Les éditeurs peuvent être amenés à recourir, en pratique, aux services des différentes messageries en fonction des caractéristiques de leurs titres, des barèmes et de la qualité des services offerts.

Les représentants du groupe d'édition Emap France ont déclaré lors de l'enquête : (cote 8134)

« Du fait de la diversité de ses publications qui comprennent à la fois des magazines à très forte diffusion et des publications très spécialisées, le groupe a souhaité recourir en même temps aux services des trois messageries, le choix s'opérant selon trois critères.

Le premier est la capacité des messageries à rendre le service approprié. Les NMPP sont plus adaptées aux tirages en grandes quantités, elles connaissent mieux les marchés importants, fournissent des statistiques plus fiables et sont plus aptes aux opérations promotionnelles et aux demandes spécifiques (couplage avec un DVD, par exemple).

Le deuxième est la tarification. C'est ainsi que le magazine NOUS DEUX, dont la vente est en déclin mais qui connaît une diffusion stable, a été confié aux MLP dont les tarifs sont moins chers. Par contre, la diffusion de TELE POCHE a été maintenue aux NMPP, le risque d'erreurs de mise en place étant considéré comme trop élevé si elle était confiée aux MLP, pourtant meilleur marché.

Le troisième est la question du réglage pour laquelle les NMPP possèdent un avantage certain »

Le directeur des ventes du groupe Entreprendre Robert Lafont a indiqué lors de l'enquête :

« Lorsque j'ai pris mes fonctions, [...] une de mes premières décisions a été de mettre en concurrence les messageries : NMPP et MLP. En fin d'année, je demandais des simulations de

prix pour l'ensemble des titres, puis je choisisais la messagerie selon deux paramètres principaux : le prix et la diffusion par la messagerie du ou des titres de référence du secteur dans lequel se trouve la publication à diffuser. Lorsque des transferts s'opéraient de messagerie à messagerie, tous les titres du pôle concernés suivaient pour des raisons d'efficacité. [...]

Il est à noter que les transferts d'une messagerie à l'autre occasionnent peu de pertes de ventes, même si le réglage opéré est moins fin lorsqu'il passe par les MLP », (cote 7137).

b) L'offre

À l'exception de la coopérative Rhône Alpes Diffusion, qui distribue localement *Le Progrès* et *Le Dauphiné libéré*, il existe actuellement neuf sociétés coopératives de messageries de presse offrant, au niveau national, des services de groupage et de distribution de la presse vendue au numéro. Ces neuf coopératives se regroupent en trois ensembles : les cinq coopératives contrôlant conjointement 51 % du capital des NMPP ; les trois coopératives contrôlant conjointement 51 % du capital de TP ; les MLP. Seules les NMPP et TP proposent une offre de distribution des quotidiens.

La distribution de la presse vendue au numéro est une activité de logistique pour laquelle la complexité augmente avec la rapidité d'acheminement : le traitement de titres « à chaud », c'est-à-dire en flux tendu, est plus coûteux que le traitement de titres « à froid ». La production de ces services requiert des investissements dans des plateformes de traitement ainsi que le recours à des moyens de transport. Le traitement des quotidiens nationaux sur l'ensemble de la métropole est, à ce titre, une distribution très particulière car caractérisée par la présence d'importants coûts fixes (cote 2933) Le secteur est donc caractérisé par des économies d'échelle et des besoins en capitaux importants constituant autant de barrières à l'entrée.

Les messageries proposent couramment aux éditeurs qui le demandent des avances sur recettes afin de leur apporter de la trésorerie pour les périodes de faibles ventes (cote 5834).

c) Principes de fonctionnement des barèmes

Conformément aux articles 6 et 12 de la loi Bichet, les messageries soumettent les barèmes à l'approbation des assemblées générales des coopératives. Une fois approuvés, ces barèmes s'imposent à l'ensemble des éditeurs. Les coopératives des NMPP d'une part, et de TP d'autre part, ont toujours approuvé des barèmes rédigés en des termes identiques. Il existe par ailleurs, aux NMPP et à TP, un barème spécifique aux quotidiens. Les pratiques dénoncées par les MLP concernant la distribution des publications (c'est-à-dire à l'exclusion des quotidiens), les barèmes relatifs à la distribution des quotidiens ne seront pas présentés.

Les barèmes des NMPP et de TP

Les barèmes des messageries sont des documents d'apparence complexe, faisant intervenir de nombreuses formules mathématiques. La « contribution éditeur », résultant de l'application du barème, est calculée par parution et correspond aux commissions destinées à rémunérer l'ensemble de la chaîne de distribution, c'est-à-dire les niveaux 1 (messageries), 2 (dépositaires) et 3 (diffuseurs). Les sommes correspondantes sont déduites du montant des ventes au prix fort (ce montant correspond à la valeur des exemplaires fournis aux messageries, moins la valeur des exemplaires invendus). Les NMPP et TP reversent ainsi aux éditeurs le produit des ventes net de la contribution éditeur.

Les barèmes publications des NMPP et de TP sont constitués d'une commission dite « *remise provisionnelle de base* » augmentée de frais. Diverses bonifications viennent en déduction du montant à la charge de l'éditeur.

La remise de base est une commission correspondant à un certain pourcentage du montant des ventes au prix fort ; il s'agit donc d'une tarification *ad valorem*, fonction de la valeur des ventes. En 2000, cette remise de base était de 36 % aux NMPP et de 37 % à TP. En 2004, elle s'élevait à 34,3 % aux NMPP et à 35,9 % à TP. À partir du 1^{er} janvier 2004, les NMPP et TP ont distingué, au sein de la

remise de base, la rémunération des messageries (niveau 1) et la rémunération du réseau (niveaux 2 et 3), cette dernière étant estimée à 27 % (dont environ 10 % pour le niveau 2 et 17 % pour le niveau 3).

Les frais et bonifications venant augmenter ou réduire la remise de base correspondent, pour nombre d'entre eux, à des aménagements à la tarification *ad valorem* afin de rapprocher les montants à la charge des éditeurs des coûts de distribution effectivement supportés par les messageries.

Divers frais sont facturés aux éditeurs en sus de la remise de base. Hormis les frais particuliers, trois types de frais peuvent s'analyser comme des correctifs à la tarification *ad valorem* : les « *frais de pagination* » (seulement pour les NMPP), les « *frais de distribution et de traitement des invendus* » (pour les NMPP et TP) et la « *contribution forfaitaire à l'exemplaire distribué* » (seulement pour TP). Bien que communs aux barèmes des NMPP et de TP, les « *frais de distribution et de traitement des invendus* » sont calculés suivant des modalités différentes aux NMPP et à TP.

Concernant les réductions tarifaires sur la remise de base, les NMPP et TP accordent plusieurs types d'avantages aux éditeurs. Les NMPP et TP accordent un « *crédit nouveauté* » sur les « *frais de pagination* », les « *frais de distribution et de traitement des invendus* » et la « *contribution forfaitaire à l'exemplaire distribué* » aux nouveaux titres. Jusqu'au 1^{er} juillet 2005, les conditions d'octroi du crédit nouveauté sont identiques entre les NMPP et TP ; ce crédit concerne les nouveaux titres dont la périodicité est inférieure ou égale au trimestre.

Un certain nombre de remises, appelées « *bonifications* », sont accordées par les NMPP et TP en fonction des caractéristiques des titres : la « *bonification vente* », la « *bonification prix* », la « *bonification pour distribution régulée* », la « *bonification exceptionnelle* » et la « *prime de fidélité* » (seulement pour TP).

La « *bonification vente* » est une remise comprise entre 3 % et 4,5 % des montants des ventes au prix fort et est accordée à partir d'un certain montant de ventes. Cette remise peut s'analyser comme un correctif à la tarification *ad valorem* puisque, à nombre d'exemplaires vendus donné, les titres à forte valeur faciale perçoivent une « *bonification vente* » plus élevée.

La « *bonification prix* » peut également s'analyser comme un correctif à la tarification *ad valorem* puisqu'aux termes des barèmes des NMPP et de TP, cette bonification est croissante avec le prix de vente de la parution. Les formules de calcul de la « *bonification prix* » sont très proches entre les NMPP et TP et font toutes intervenir la fonction tangente hyperbolique. La « *bonification prix* » est au maximum de 3 % aux NMPP et de 2 % à TP, ce taux de remise s'appliquant sur le montant fort des ventes.

La « *bonification pour distribution régulée* » est présente dans les barèmes des NMPP ainsi que dans les barèmes « *Publications C* » de TP. Elle a pour objet d'inciter les éditeurs à ne pas recourir systématiquement à un traitement en urgence de leurs parutions et à accepter ainsi un délai de traitement plus long, ce qui permet, du côté des messageries, de limiter le volume de titres distribués en flux tendu. Le respect des conditions relatives à la « *distribution régulée* » ouvrait le droit à une remise maximale de 2,2 % aux NMPP. Chez TP, le taux de remise maximum de la « *bonification pour distribution régulée* » était de 3 % en 2000 et 2001, 6 % en 2002 et 2003 et 8,6 % en 2004.

L'application de ces barèmes a conduit l'ensemble NMPP/TP à facturer aux éditeurs un montant total de 618,1 millions d'euros en 2003 (cote 16395) (soit 36,52 % du montant des ventes au prix fort égal à 1 692,7 millions d'euros) (cote 16418) et de 626,3 millions d'euros en 2004 (cote 16830) (soit 36,76 % du montant des ventes au prix fort égal à 1 703,9 millions d'euros). Ces sommes ont servi à rémunérer les trois niveaux de la chaîne de distribution. La rémunération moyenne des niveaux 2 et 3 étant estimée à 27 % des ventes au prix fort (voir paragraphe 0), il ressort que la rémunération du niveau 1 (messageries) a été, en 2003, de 9,52 % des ventes au prix fort et, en 2004, de 9,76 % des ventes au prix fort.

Les barèmes des MLP

Les barèmes des MLP prévoient également une rémunération de base constituée d'une part, du « *coût réseau* », destiné à couvrir les commissions versées aux agents de la vente et, d'autre part, de la

« *commission de base* » fixée à 7 % des ventes au prix fort. Les parutions à faible prix public de vente se voient facturer un surcoût à la commission de base.

Le barème des MLP prévoit un certain nombre de « bonus » (« *bonus ventes* », « *bonus coopératif sur chiffre d'affaires* », « *bonus coopératif nouveauté* » et « *bonus coopératif fidélité* ») et de « frais » (« *frais de mise en diffusion* » et « *frais sur invendus* » avec possibilité d'un « *abattement nouveauté* ») sur la commission de base. Les MLP accordent également une « *remise commerciale groupe* », fonction du niveau de chiffre d'affaires réalisé par un éditeur sur les titres distribués par les MLP.

B. Les entreprises concernées

1. Les NMPP

La société Nouvelles Messageries Presse Parisienne est une société commerciale de messageries de presse constituée sous forme de SARL. Le capital social des NMPP est détenu à 51 % par cinq coopératives d'éditeurs et à 49 % par la société Hachette SA, l'opérateur de l'entreprise, filiale du groupe Lagardère.

Toute société éditant une publication répondant à la définition du « produit presse » peut adhérer à la coopérative de son choix, en souscrivant une action. Le représentant de la société est invité aux assemblées statutaires où il dispose d'une voix selon le principe coopératif. À tout moment, l'éditeur peut démissionner de la coopérative, moyennant un préavis de trois mois. Le montant de son action lui est alors remboursé.

Les actionnaires sont représentés au sein d'un conseil de gérance qui détermine les orientations stratégiques des NMPP et propose les tarifs. Chaque coopérative délègue au conseil son président. De son côté, l'opérateur délègue trois représentants. Le président du conseil de gérance des NMPP est statutairement l'un des cinq gérants représentant les coopératives.

Les NMPP ont également une activité, dite « hors coopératives », qui consiste, pour une très large part, à distribuer le « hors presse » et d'autre part, à offrir des services non inclus dans le contrat de groupage (logiciel, marketing, récupération des invendus, transport non groupé, etc.). Ces activités « hors coopératives » n'entrent pas, par définition, dans le champ d'application de la loi Bichet et leur distribution fait l'objet de tarifs spécifiques (cotes 11290 à 11372).

Les NMPP sont en outre présentes aux niveaux 2 et 3 à travers plusieurs filiales :

- la Société d'agences et de diffusion (SAD) qui assure la diffusion de la presse en tant que dépositaire dans les vingt principales villes de province ;
- la Société presse Paris services (SPPS) qui assure la diffusion des titres en tant que dépositaire sur Paris et sa proche banlieue ;
- la Société administration d'affichage et de publicité (AAP) qui assure le développement des kiosques, leur implantation, leur maintenance et leur affichage publicitaire ;
- la société Seddif qui anime et développe les enseignes « Maison de la Presse » et « MagPresse », réseau de magasins indépendants spécialistes de presse.

2. La SAEM Transports Presse (TP)

La Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse est une société commerciale de messageries de presse constituée sous forme de SARL. Son capital social est détenu à 51 % par trois coopératives d'éditeurs et à 49 % par la société anonyme Sopredis, filiale du groupe Hachette.

L'adhésion d'un éditeur à l'une des coopératives se fait par l'achat d'une action auprès d'une des trois coopératives. La démission d'un éditeur est possible avec un préavis contractuel de trois mois (cotes 3574 à 3577, 3633 à 3639 et 3664 à 3667).

TP dispose d'un personnel restreint qui se compose d'un directeur général, d'un adjoint au directeur général, d'un directeur des coopératives, de deux secrétaires et d'un service commercial de cinq personnes.

La logistique de TP est confiée aux NMPP, dans le cadre d'un contrat de sous-traitance dont la version actuelle date du 23 juillet 2004 (cotes 1402 à 1410 et 3888 à 3896). Le contrat initial avait été signé le 15 octobre 1986 (cotes 1398 à 1401), puis régulièrement réactualisé par échange de lettres. Les NMPP assurent également pour le compte de TP un ensemble de prestations dont le détail figure dans le contrat.

3. Les MLP

La société Messageries Lyonnaises de Presse est une coopérative de messageries de presse regroupant des éditeurs de presse magazine. L'entreprise est organisée sous la forme d'une société anonyme coopérative à capital variable. Les MLP ne traitent pas les quotidiens, bien qu'elles aient procédé jusqu'en 1970 à la distribution de deux quotidiens régionaux, dont *Le progrès de Lyon*.

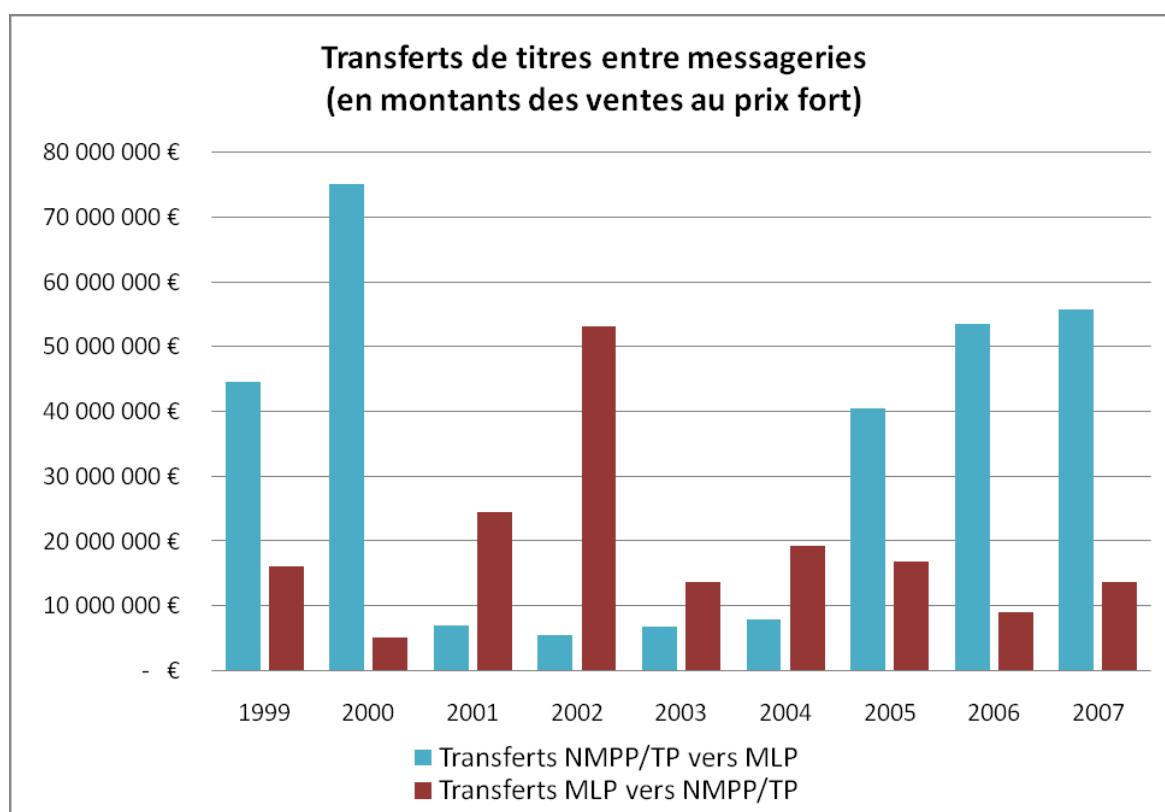
Jusqu'en 1993, la coopérative sous-traitait la distribution de ses titres aux NMPP. Elle a repris la distribution à son compte en 1994 et assure en direct la diffusion sur Paris depuis 1996.

4. La répartition des titres entre messageries

Pour l'année 2000, l'ensemble NMPP/TP rassemblait 750 éditeurs et 2 800 titres, contre 600 éditeurs et 1 500 titres aux MLP. Les ventes au prix fort des publications (y compris les hebdomadaires distribués avec les quotidiens) distribués par les NMPP et TP ont été, la même année, de 12,6 milliards de francs (soit 1 921 millions d'euros) contre 3 milliards de francs (soit 457 millions d'euros) pour les MLP. Par titre, les ventes moyennes au prix fort ont été de 5 millions de francs aux NMPP contre 2 millions de francs aux MLP en 2000, (cote 1492).

Concernant l'année 2004, les ventes au prix fort des publications (y compris les hebdomadaires distribués avec les quotidiens) ont été de 1 197 millions d'euros pour les NMPP (taux d'inventus de 48,1 %) cote 1352), de 745,9 millions d'euros (taux d'inventus de 52,7 %) pour TP (cote 3783) et de 473,3 millions d'euros (taux d'inventus de 58,4 %) (cote 4238) pour les MLP.

Les transferts de titres entre l'ensemble NMPP/TP et les MLP peuvent être analysés suivant trois périodes : jusqu'en 2000, le solde des transferts a été favorable aux MLP ; entre 2001 et 2004, celui-ci l'a été au profit de l'ensemble NMPP/TP ; enfin, à partir de 2005, les MLP ont à nouveau conquis plus de titres à l'ensemble NMPP/TP qu'elles ne lui en ont concédés. Les montants de ces transferts sont illustrés par le graphique suivant.



Source : annexe 1 du mémoire en réponse des NMPP et de TP du 13 octobre 2008.

C. Les faits relevés

Dans un premier temps seront présentés, les liens structurels et comportementaux entre les NMPP et TP. Puis, seront décrites diverses pratiques relevées par la saisissante. Certaines de ces pratiques sont relatives à l'existence même de certaines bonifications ou stipulations contractuelles, tandis que d'autres ont trait à la façon dont les NMPP et TP appliquent les conditions qu'elles ont elles-mêmes définies pour bénéficier de certaines réductions tarifaires.

1. Les liens entre les NMPP et TP

Le capital social de TP est détenu à 51 % par trois coopératives d'éditeurs et à 49 % par la société anonyme Sopredis, filiale de Hachette. Les statuts de TP stipulent que la nomination du directeur général de TP s'effectue sur présentation par les représentants de la Sopredis au sein du conseil de gérance de TP (cote 3776).

Le capital social des NMPP est détenu à 51 % par cinq coopératives d'éditeurs et à 49 % par Hachette, l'opérateur de l'entreprise.

M. Yves Sabouret, directeur général des NMPP jusqu'en 2003, était en outre président du conseil d'administration de la Sopredis. L'actuel président de la Sopredis, M. Thierry Funck-Brentano, est également gérant des NMPP.

À propos des relations entre les NMPP et TP, le directeur général de TP a déclaré : « *Ce sont des relations très anciennes puisque depuis plus de 20 ans, TP a demandé aux NMPP de sous-traiter progressivement une partie de ses activités* », (cote 11543).

Le champ fonctionnel couvert par cette relation de sous-traitance est très large. Le directeur général de TP a déclaré : « TP sous-traite tout sauf la relation commerciale avec les éditeurs qui sont 100 % TP », (cote 11543). Pour ses activités propres, TP ne dispose que d'un personnel limité.

Les éditeurs, simultanément présents dans une coopérative des NMPP et dans une coopérative de TP, ont généralement un interlocuteur commercial unique. Le directeur général de TP a ainsi déclaré que : « Pour les éditeurs qui ne sont pas 100 % TP, la relation commerciale est sous-traitée aux NMPP, car les éditeurs ne souhaitent pas avoir deux interlocuteurs différents lorsqu'ils sont présents dans les deux messageries. Il arrive que TP conserve la relation commerciale si un titre passe aux NMPP, c'est l'exemple de X qui pour des aspects liés au barème est allé aux NMPP mais qui commercialement a souhaité rester chez TP », (cote 11543).

Le représentant de la SARL Les Éditions Rotative, éditeur de *Charlie Hebdo*, a déclaré lors de l'enquête : « *Charlie Hebdo* a été distribué par les NMPP depuis l'origine. Après discussions en 2004, la distribution de la publication a été transférée à la SAEM-TP qui pouvait offrir une 'boni régulée' d'un montant équivalant à 3,5 % du CA, soit 195 000 €. Ce changement n'a eu aucune conséquence sur nos interlocuteurs habituels qui sont restés ceux des NMPP, soit Jocelyne Brunel pour les opérations commerciales et Hervé Lecoindre pour la logistique.(...)Nous avons été à plusieurs reprises démarchés par les MLP, dont j'ai reçu les responsables dans nos locaux en 2004. Les MLP nous ont également adressé une simulation de coûts qui de fait était intéressante pour nous. Mais nous n'avons jamais eu l'intention de quitter les NMPP car nous sommes satisfaits de leurs services. De plus, les NMPP ont été très efficaces lors du lancement de *Charlie* en 1992, si bien que P. Val a toujours été formel sur ce point : la diffusion de *Charlie* doit rester aux NMPP. Le passage des NMPP à la SAEM-TP ne constitue pas un changement par rapport à cette position puisqu'il s'est fait sur la proposition des NMPP », (cote 7035). (soulignement ajouté)

Le représentant du Groupe Entreprendre Robert Lafont a déclaré lors de l'enquête : « En 2004, les NMPP, apprenant que je souhaitais passer une quinzaine de titres aux MLP, m'ont proposé leur transfert à la SAEM-TP, pour un prix plus intéressant. Je précise qu'à cette occasion, mes interlocuteurs des NMPP n'ont pas changé, ni avant ni après le passage à la SAEM-TP », (cote 7137).

Un courrier en date du 7 juillet 2003 adressé à la société SARL Cavok, éditeur du magazine *Volez !*, par une chargée de clientèle de la direction commerciale publications des NMPP, est ainsi rédigé :

« Suite à votre demande, nous vous prions de trouver ci-joint les simulations qui ont été réalisées sur vos titres dans le cadre de l'élaboration des nouveaux tarifs et qui pourraient être appliqués au 1er janvier 2004 sous réserve de leur approbation par les Assemblées Générales de Coopératives.

Ces simulations comprennent quatre pages : (...)

↳ Les troisième et quatrième pages présentent le résultat des simulations réalisées avec :

- l'indication du tarif qui vous est le plus favorable (NMPP / TP) » (cote 4763).

Dans une proposition commerciale adressée le 25 août 2003 à Everstar éditions, éditeur de *Réciproq magazine*, dont le lancement a eu lieu en décembre 2003, la responsable « développement commercial et lancements » de la direction commerciale des NMPP indique :

« Vous trouverez en annexe une synthèse des simulations des coûts de distribution sur la base des tarifs TP, plus avantageux que ceux des NMPP.

L'écart avec les MLP est réduit par rapport à celui qui avait été calculé sur la base des tarifs NMPP », (cote 4893).

La distribution de *Réciproq magazine* a finalement été confiée à TP (cote 15165, codif n° 6469).

Un courrier électronique en date du 2 octobre 2003, adressé par les NMPP à l'éditeur Mégastar, est ainsi rédigé : « comme je vous l'avais déjà proposé dans mon courrier du 8 mai, nous pouvons optimiser les coûts de distribution en transférant les derniers titres NMPP vers TP et ce rétroactivement au 1er septembre [...] Pour répondre à vos besoins de trésorerie à court terme, nous vous proposons un versement anticipé de la bonification exceptionnelle de 1,1 % NMPP/TP et du

0,8 % supplémentaire TP estimée respectivement à 278 K et 122 K sur la base du CA 2002 », (cote 10621).

Le représentant de la société Européenne de Communication et de Stratégie, éditeur de *15 Jours de télé*, a déclaré lors de l'enquête : « Lors du lancement [de 15 Jours de télé], j'ai contacté les 2 messageries, NMPP et MLP. La première proposition des NMPP était moins intéressante que celle des MLP. Par la suite, lorsque j'ai fait part de mon intention de passer par les MLP, mes interlocuteurs des NMPP m'ont fait une deuxième proposition m'orientant vers TP pour un prix plus avantageux », (cote 8830).

Dans son rapport, l'enquêteur constate que « par ailleurs, il est significatif que les responsables de la SAEM-TP disposent d'une adresse mèl se terminant par 'nmpp.fr' », (cote 783).

Dans la *Lettre aux cent* (publication interne aux NMPP, exclusivement réservée aux cent cadres salariés intervenant dans les équipes de direction des NMPP) du 22 mai 2002, la directrice des publications des NMPP indique, concernant « la réforme des barèmes publications » : « Ces nouveaux barèmes ont vocation à répondre aux attentes des éditeurs et à être compétitifs afin de fidéliser ces derniers et reconquérir ceux qui nous ont quitté pour les MLP. Le groupe de travail interne en charge de cette réflexion tarifaire est composé à la fois de responsables financiers et de responsables commerciaux. (...) Notez que Georges Lussier participe à toutes les réunions du groupe de travail, et veille ainsi à ce que TP reste en ligne avec ces orientations », (cotes 1492 et 1493). M. Georges Lussier était, en 2002, directeur général de TP.

Dans la *Lettre aux cent* du 4 février 2002, la directrice des publications des NMPP indique : « En 2001, les barèmes, revus à la baisse, ainsi qu'une politique commerciale offensive, ont permis de reconquérir certains titres en provenance des MLP ou de maintenir certains autres grâce aux barèmes de TP. Grâce à cet effet combiné, nos parts de marché ont pu être améliorées », (cote 1480).

La copie de transparents projetés lors d'un séminaire NMPP du 7, 8 et 9 avril 1999 (cotes 10073 et 10083) montre que les effectifs des équipes commerciales « NMPP/TP » sont présentés dans leur globalité, soit 70 personnes équivalent temps plein. Ils contiennent également les propositions suivantes :

« Mieux identifier les risques et opportunités pour cibler et intensifier les contacts auprès :
des clients à risque,
des clients à potentiel (mixte MLP/NMPP-TP),
des éditeurs MLP (prospection avec le barème TP) ».

Les barèmes 2000 à 2004 des NMPP et de TP présentent de nombreuses similarités, tant en ce qui concerne leur structure que les termes employés :

- la remise est qualifiée de « remise provisionnelle de base » tant pour les NMPP que pour TP ;
- les bonifications « vente » des NMPP et de TP présentent de nombreuses similarités, dont l'utilisation de la fonction tangente hyperbolique dans les formules de calcul ;
- la bonification exceptionnelle est rédigée en des termes identiques dans les barèmes NMPP et TP ;
- les crédits nouveautés des NMPP et TP ont une structure identique ; seuls certains taux diffèrent ;
- la contribution minimale est identique entre les NMPP et TP ;
- les formules d'indexation sont identiques.

2. La mise en place de la bonification exceptionnelle

La mise en place de cette bonification, qui vise à fidéliser les éditeurs dans la durée, a été réalisée sous deux formes différentes selon la période considérée.

a) La bonification exceptionnelle en vigueur du 1^{er} juin 2000 au 31 décembre 2002

Dans les barèmes des NMPP et de TP en vigueur entre le 1^{er} juin 2000 et le 31 décembre 2002, apparaît une clause intitulée « *bonification exceptionnelle* ». Celle-ci est rédigée en des termes identiques aux NMPP et à TP. La bonification exceptionnelle des barèmes NMPP est ainsi rédigée :

« La réussite du plan stratégique mis en œuvre par les NMPP repose sur une solidarité des éditeurs avec leur société de messageries pendant la durée du plan.

Afin de valoriser à sa juste mesure cette confiance de la part des éditeurs qui exprimeront leur volonté d'être solidaires de la réforme des NMPP et d'accompagner jusqu'en 2002 sa mise en œuvre, les NMPP souhaitent mettre en place une bonification exceptionnelle pluriannuelle et progressive qui sera attribuée dans les conditions ci-après :

Taux de bonification :

Année 2000 : 0,20 % des ventes du 1^{er} juin 2000 au 31 décembre 2000 ;

Année 2001: 0,30 % des ventes du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2001 ;

Année 2002 : 1,10 % des ventes du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2002.

Conditions de règlement :

le 15 mars de l'année suivante par crédit sur le CRD.

Conditions d'attribution :

Cette bonification exceptionnelle sera attribuée aux Éditeurs qui confieront la distribution de leurs titres aux NMPP sans interruption depuis le 1^{er} juin 2000.

Au préalable, les Éditeurs qui souhaitent bénéficier de cette mesure devront signifier formellement avant le 31 décembre 2000 leur volonté de maintenir la distribution de leurs titres par les NMPP.

Le départ d'un titre dans le courant de l'une des périodes ci-dessus définies lui fera perdre le bénéfice de la bonification exceptionnelle pour la période considérée.

Les nouveaux titres qui rejoindraient les NMPP à compter du 1^{er} juin 2000 pourront prétendre à cette bonification exceptionnelle aux conditions prévues pour la première période et selon les progressivités prévues pour les périodes ultérieures.

Exemples :

a) un titre qui rejoindrait les NMPP le 1^{er} octobre 2000 aura droit à :

0,20 % du 01/10/2000 au 31/12/2000

0,30 % du 01/01/2001 au 31/12/2001

1,10 % du 01/01/2002 au 31/12/2002

b) un titre qui rejoindrait les NMPP le 1^{er} février 2001 aura droit à :

0,20 % du 01/02/2001 au 31/12/2001

0,30 % du 01/01/2002 au 31/12/2002 » (NMPP voir cotes 2032 à 2033 et 2048 à 2049 ; TP voir cotes 15093 à 15094, 4125 à 4126, 4135 à 4136 et 4146 à 4147).

En juillet 2000, les NMPP et TP ont adressé une lettre aux éditeurs portant sur le « *Barème transitoire 2000-2002 / Bonification exceptionnelle* » (NMPP voir cotes 2934 à 2937 ; TP voir cotes 4225 à 4228). Celle envoyée par les NMPP indique :

« L'ensemble des Coopératives associées au capital des NMPP viennent d'adopter, à l'occasion de leurs dernières Assemblées générales, les barèmes transitoires pour la période 2000-2002 qui s'inscrivent dans le cadre du plan de réforme et de modernisation de l'entreprise dont la mise en œuvre a été approuvée par le Conseil de Gérance des NMPP [...]

La troisième mesure, qui a pour finalité la fidélisation des éditeurs, représente une enveloppe de 136 millions de francs.

Ce dispositif de fidélisation (dont le détail figure en pièce jointe à cette lettre) prévoit une bonification exceptionnelle pour les titres qui confieront leur distribution aux NMPP sans interruption à compter du 1^{er} juin 2000.

Il a été décidé par vos Coopératives, en accord avec les NMPP et dans le cadre du plan stratégique proposé par l'Opérateur, que cette bonification exceptionnelle ne pourrait être versée qu'aux éditeurs exprimant leur volonté explicite d'être solidaires du plan mis en œuvre et d'accompagner l'entreprise pendant toute la durée du plan.

Cet engagement individuel qui viendra compléter l'engagement collectif exprimé par les Coopératives constituera un signe fort en direction de l'entreprise et de ses collaborateurs qui, à tous les niveaux, sont prêts à s'investir dans la réussite du plan dont les éditeurs en tant que clients sont la raison d'être et les seuls bénéficiaires.

Signe fort, il le sera également à l'égard des Pouvoirs Publics dont l'engagement aux côtés des NMPP se manifeste par leur compréhension des enjeux de l'entreprise et leur implication à divers niveaux, notamment par des contributions financières qui seront indispensables à la réussite du plan.

Enfin, cette solidarité exprimée par les éditeurs viendra conforter l'engagement pris par l'Opérateur sur le plan financier par l'abandon de sa redevance ainsi que par son implication dans la conduite et le succès du plan de réforme et de modernisation.

Afin de formaliser l'engagement qui vous permettra de percevoir la bonification exceptionnelle précitée, nous vous remercions de nous retourner la présente lettre datée et signée à titre d'accord, de même que la pièce jointe détaillant le dispositif de fidélisation ainsi que la liste des titres pour lesquels vous entendez bénéficier de cette bonification. » (souligné dans le texte).

L'annexe de ces lettres reprend les termes de la clause « bonification exceptionnelle », figurant dans les barèmes.

Les représentants des NMPP ont déclaré au cours de l'instruction que :

« La bonification exceptionnelle était attachée à un plan de modernisation des NMPP qui prévoyait, en contrepartie d'économies, de demander un certain attachement des éditeurs aux NMPP. En contrepartie d'un gros effort de productivité interne, on souhaitait que nos éditeurs continuent à nous témoigner de leur confiance.

Il y avait une remise exceptionnelle progressive : 0,2 % en 2000, 0,4 % en 2001 et 1,1 % en 2002. qui permettait de récompenser les éditeurs pour leur confiance dans le plan de restructuration mis en œuvre et qui permettait de réduire les coûts de distribution d'environ 3 points.

En cas d'arrivée d'un titre, il démarrait au début de l'évolution : s'il arrivait en deuxième année, il bénéficiait d'une bonification de 0,2 % et non de 0,4 %. » (cote 11391).

Les sommes versées par les NMPP aux éditeurs au titre de la bonification exceptionnelle ont représenté un montant de : (cote 16422)

- 7 900 240,05 francs en 2000, soit 1 204 383,83 euros ;
- 3 082 677,84 euros en 2001 ;
- 11 276 986,35 euros en 2002.

Les sommes versées par TP aux éditeurs au titre de la bonification exceptionnelle ont représenté un montant de :

- 1 626 063,10 francs en 2000 (cote 15179), soit 247 891,72 euros ;
- 930 588,71 euros en 2001 (cote 15176) ;
- 4 833 873,49 en 2002 (cote 15172).

b) La bonification exceptionnelle en vigueur du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2003

Dans leur barème publications en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2003, les NMPP ont inséré la clause suivante intitulée « bonification exceptionnelle » :

« Il est rappelé que la réussite du plan stratégique mis en œuvre par les NMPP repose sur la solidarité des Éditeurs avec leur société de messagerie.

Il est par conséquent décidé de verser aux Éditeurs une bonification exceptionnelle au titre de l'ensemble de l'année 2003 d'un montant équivalent à 1,10 % des ventes réalisées, et ce dans les conditions suivantes :

Conditions d'attribution

Cette bonification exceptionnelle sera attribuée aux Éditeurs qui auront confié la distribution de leurs titres aux NMPP sans interruption du 1^{er} janvier au 31 décembre 2003.

Le départ d'un titre en cours d'année lui fera perdre le bénéfice de la bonification exceptionnelle.

Un nouveau titre qui sera distribué par les NMPP en cours d'année bénéficiera de la bonification exceptionnelle au prorata du temps à courir sur 2003.

Le montant de la bonification exceptionnelle sera versé le 15 mars 2004 par crédit sur le CRD », (cote 2062).

Concernant TP, la clause intitulée « bonification exceptionnelle » dans les barèmes « publications » et « publications C » en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2003 (voir cotes 4153 à 4162 pour le barème « publications » de 2003 et cotes 4163 à 4173 pour le barème « publications C » de 2003) n'a pas été modifiée par rapport à celle de 2002.

Bien que les barèmes TP ne prévoient pas explicitement le versement de la bonification exceptionnelle en 2003, il apparaît que TP a reconduit la bonification exceptionnelle, puisqu'elle a versé, en 2003, des sommes aux éditeurs au titre de la « bonification exceptionnelle » et que pour chaque titre, les montants versés en 2003 sont proches des montants versés en 2002 (voir la liste des titres ayant reçu une bonification exceptionnelle en 2003, cotes 15160 à 15166 et la liste des titres ayant reçu une bonification exceptionnelle en 2002, cotes 15167 à 15172).

Les sommes versées en 2003 au titre de la bonification exceptionnelle ont représenté 10 835 996,94 euros pour les NMPP (cote 16422) et 4 953 912,42 euros pour TP (cote 15166).

3. La mise en place de la prime de fidélité

Du 1^{er} juillet 1999 au 31 décembre 2003, TP a mis en place une bonification intitulée « prime de fidélité », non cumulable avec la bonification exceptionnelle, dont les termes sont les suivants :

« Cette prime pourrait être accordée au(x) titre(s) bénéficiant du présent barème dès le moment où le groupe de presse auquel il appartient confie la distribution de la totalité de ses produits à la SAEM TRANSPORTS PRESSE.

Le taux est fixé à 0,5 % des ventes 'métropole' pour les titres ayant plus d'un an de présence au sein de TP.

Ce taux sera porté à 1,-% des ventes 'métropole' pour les titres ayant plus de 2 ans au sein de TP.

Le point de départ de la période de référence pour la mise en œuvre de cette mesure est fixée au 1er janvier 1999. Cette prime sera donc appliquée pour la première fois le 1er janvier 2000 pour le taux de 0,5 % et le 1^{er} janvier 2001 pour le taux de 1 %. » (cotes 4115, 4125, 4146, 4167).

Contrairement à la bonification exceptionnelle, qui cherche à fidéliser les éditeurs dans la durée, la prime de fidélité cherche à inciter les éditeurs à confier tous leurs titres à TP.

Le concept de « *groupe de presse* » auquel il est fait référence n'est pas explicitement défini. Les représentants de TP ont précisé, lors de leur audition par le rapporteur, que : « *Concernant les groupes de presse, nous appliquons la règle société par société et non sur l'ensemble du groupe* », (cote 11544).

Concernant l'existence de contreparties réelles, les représentants de TP ont fourni les éléments suivants lors de l'instruction :

« Y a-t-il des gains d'efficience, du côté des messageries, qui permettraient de justifier qu'un éditeur confie l'intégralité de ses titres à une seule société de messageries ? »

La prime de fidélité a été mise en place dans le cadre du plan stratégique de 2000. Le chiffre d'affaires des NMPP diminuait, il y avait une menace pour les NMPP qui ont donc réagi en mettant en place ce plan stratégique. Le plan stratégique s'étalant sur plusieurs années, une fidélité des éditeurs était demandée en contrepartie d'une baisse de 3 points du coût de distribution », (cote 11544)..

Les sommes versées par TP aux éditeurs au titre de la prime de fidélité ont représenté un montant de : 12 562 273,67 francs, soit 1 915 106,28 euros, en 2000 (cote 15201) ; 1 800 171,49 euros, en 2001 (cote 15194) ; 1 933 922,23 euros, en 2002 (cote 3814) ; 1 955 527,45 euros en 2003 (cote 3816).

4. La clause de résiliation dans les contrats d'avance sur recettes

Les MLP ont transmis le 29 novembre 2004 un contrat d'avance sur recettes, signé le 31 mars 2004 entre les NMPP et un éditeur (cotes 11190 à 11195.), que les MLP indiquent être l'éditeur B&B. Il est stipulé à l'article 5 de ce contrat que :

« La société bénéficiaire s'engage à ne résilier aucun de ses contrats de distribution pendant un délai de 12 mois, à compter du remboursement intégral de l'avance consentie.

En cas de non respect de l'engagement visé à l'alinéa qui précède, la société bénéficiaire devra payer aux NMPP à titre de dommages intérêts une somme correspondant à la moitié du montant de l'avance consentie.

De surcroît, si la résiliation anticipée intervient avant le remboursement intégral de l'avance la société bénéficiaire sera redevable à l'égard des NMPP du solde de l'avance dont elle a bénéficié augmenté des dommages intérêts prévus à l'alinéa précédent, soit 50 % du montant total de l'avance.

Cet engagement constitue l'une des conditions essentielles et déterminantes du consentement de la société NMPP à la présente convention. »

Comme dans le cas de la bonification exceptionnelle, cette clause lie dans la durée les éditeurs aux NMPP.

Dans sa décision n° 05-D-01 concernant l'examen de la demande de mesures conservatoires des MLP enregistrée sous le numéro 04/0065 M dont la séance s'est tenue le 14 décembre 2004, le Conseil de la concurrence a relevé que : « *En séance, les NMPP ont déclaré que la clause, par laquelle les éditeurs s'engageaient à ne résilier aucun de leurs contrats pendant un délai de 12 mois à compter du remboursement intégral de l'avance consentie, n'a été introduite dans les contrats d'avances sur recettes que durant trois mois et n'a jamais été appliquée. Les NMPP se sont engagées à supprimer cette clause et celles prévoyant une pénalité dans tout contrat futur d'avance sur recettes* » (paragraphe 41 de la décision).

Il ressort des éléments du dossier que des clauses similaires à celle constatée au paragraphe 0 ont été introduites entre le 1^{er} octobre 2003 et le 26 octobre 2004 dans des contrats d'avance sur recettes signés entre les NMPP et 29 éditeurs.

Dans un avenant du 15 novembre 2004 à un contrat d'avance sur recettes du 4 octobre 2004 signé entre les NMPP et un éditeur, il est stipulé que :

« la société NMPP souhaite saisir l'opportunité du présent avenant pour revenir sur les termes de la clause de fidélité formulés à l'article 5 du contrat du 4 octobre 2004 en y substituant la rédaction ci-après qui en réduit les effets :

'La société bénéficiaire s'engage à ne résilier aucun de ses contrats de distribution au moins jusqu'au terme du remboursement intégral de l'avance consentie.' » (cote 1971).

Il ressort également du dossier que des clauses similaires à celle constatée au paragraphe 0 ont également été introduites entre le 1^{er} octobre 2003 et le 29 octobre 2004 dans des contrats d'avance sur recettes signés entre TP et quinze éditeurs.

5. L'attribution de la bonification pour distribution régulée

Aux NMPP, les conditions d'attribution de la bonification pour distribution régulée pour 2004 étaient les suivantes (cote 2069) :

- livraison complète du produit trois jours ouvrables avant la date de mise en vente ;
- mise en place dans le réseau étalée sur trois jours avec respect dans tout le réseau d'une date de mise en vente unique ou bien mise en place dans le réseau avec date de mise en vente multiple mais respect d'une date butoir ;
- taux d'invendus inférieur à 65 % ;
- périodicité supérieure à une semaine et au moins une fois par trimestre ;
- destruction des invendus partielle.

Le respect de ces conditions permet à la parution de bénéficier de la bonification pour distribution régulée, qui est calculée sur les ventes en métropole exprimées en montant fort. Le taux de la bonification pour distribution régulée est au maximum de 2,2 %.

Il ressort du dossier qu'aux NMPP, le critère relatif au délai de mise en place n'est contrôlé qu'*a priori* et n'est pas vérifiable *a posteriori*.

Les critères d'attribution de la bonification pour distribution régulée sont légèrement différents à TP. De fait, la bonification pour distribution régulée n'est présente que dans les barèmes « publications C ». Dès lors, les conditions d'attribution de la bonification pour distribution régulée se confondent avec les conditions d'application du barème « publications C ». En 2004, ces conditions étaient les suivantes (cote 4200) :

- livraison trois jours ouvrables avant la date de mise en vente ;
- mise en place dans tout le réseau étalée sur trois jours ;
- taux d'invendus moyen mobile par parution inférieur à 65 % ;
- paraissant au moins une fois par trimestre ;
- prix minimum d'un euro.

Il est précisément stipulé que le non respect d'une de ces conditions fait perdre le bénéfice du barème et donc de la bonification pour distribution régulée.

La condition relative au taux d'invendus est particulièrement imprécise puisqu'elle n'indique pas sur combien de parutions est calculé le taux d'invendus moyen mobile. TP a précisé, lors de l'instruction, les modalités de calcul du taux d'invendus moyen mobile : ce taux d'invendus était calculé sur la base des deux dernières parutions ainsi que de la parution en cours, soit trois parutions (cote 15554).

Il ressort des éléments recueillis lors de l'enquête administrative que les NMPP et TP ont accordé, en 2004, la bonification pour distribution régulée alors que les conditions relatives au taux d'invendus

n'ont pas été respectées. Le dossier fait notamment état d'une trentaine d'exemples de parutions qui ont perçu cette remise alors qu'elles ne pouvaient y prétendre.

6. L'attribution du crédit nouveauté

Les barèmes des NMPP et de TP ne définissent pas explicitement le concept de « nouveaux titres » auquel ils font référence. Il n'est notamment pas précisé si un titre qui change de messagerie est traité de la même façon qu'un nouveau titre qui apparaîtrait sur le marché.

Lors de l'enquête administrative, les représentants des NMPP ont déclaré :

*« en ce qui concerne le crédit nouveauté
Sont concernés les titres nouvellement créés, les titres transférés d'une messagerie à l'autre et les relancements, cette dernière notion ayant récemment été précisée par l'adoption de cinq critères de définition, dont trois au moins doivent être remplis par le titre "relancé".
Si les titres transférés d'une messagerie à l'autre entrent dans la définition des nouveautés, c'est que les informations relatives à sa diffusion par le concurrent soit ne sont pas disponibles, soit ne sont pas fiables.
Les titres transférés de la SAEM-TP à NMPP ne bénéficient en principe pas du "crédit nouveauté", sauf dans des cas très particuliers et exceptionnels tels que le lancement d'une nouvelle formule », (cote 912).*

Les NMPP ont fourni les explications suivantes concernant le crédit nouveauté :

*« Le crédit nouveauté a été créé dans les barèmes en 1997.
Il correspond à une réduction des frais sur invendus facturés à l'éditeur, qui lui est consentie à la seule fin de prendre en compte l'absence d'information sur les ventes réalisées par les diffuseurs, qui lui interdit de fait d'optimiser sa mise en place globale d'une part, la répartition de sa quantité entre les points de vente d'autre part.
La durée de ce crédit doit donc permettre à l'éditeur, au vu de ses résultats, d'optimiser les quantités qu'il met en place dans le réseau. Cet objectif nécessite de disposer d'un certain nombre de parutions de référence, d'où la formule qui a été adoptée.
On considère comme "nouveauté" :*

- Les titres nouvellement créés (numéros 1),*
 - Les titres transférés d'une messagerie à l'autre : en effet, dans de nombreux cas, les titres transférés aux NMPP n'ont pas disposé dans le passé d'historique de vente fiable et n'ont donc pas eu la possibilité d'effectuer ce travail d'optimisation. La problématique à laquelle ils doivent faire face est en tout point comparable à celle d'une nouveauté;*
 - Les relancements : certains titres, tout en continuant à paraître sous le même intitulé, adoptent des changements qui visent à modifier significativement leur diffusion. Là encore, l'historique dont ils disposent ne leur permet donc pas d'optimiser leur mise en place et ils bénéficient donc des mêmes mesures que celles applicables aux nouveautés.*
- Les coopératives ont récemment précisé les critères qui permettaient d'apprécier la notion de relancement. Ces critères ont été explicités dans le cadre de la définition de la "nouvelle formule avérée". Sont considérés comme tels - et peuvent donc bénéficier du crédit nouveauté - les relancements qui satisfont à au moins trois des cinq conditions suivantes :*

- mention "nouveau" ou "nouvelle formule" sur la couverture,*
- nouveau logo,*
- nouvelles rubriques,*
- nouvelle maquette,*
- nouveau format », (voir la note des NMPP du 14 octobre 2005, cote 2019).*

Concernant l'octroi du crédit nouveauté par les NMPP pour les titres en provenance de TP, les représentants des NMPP ont déclaré lors de l'instruction :

« Si l'éditeur nous prouve qu'il y a une vraie recherche de potentiel, les NMPP peuvent l'accompagner et lui faire bénéficier du crédit nouveautés.

Jusqu'en 2004 inclus, la clause dans le barème était relativement floue et pouvait laisser place à interprétation.

C'est pourquoi en 2005, nous avons défini de manière plus précise quels étaient les critères pour pouvoir prétendre à bénéficier de ce crédit dans le cadre d'une nouvelle formule. Ce travail s'est effectué dans le cadre d'une commission inter-coopérative », (cote 11393).

TP apporte les mêmes explications concernant les conditions d'octroi du crédit nouveauté :

« Jusqu'en 2004 inclus, la clause relative à l'octroi du crédit nouveauté et les conditions d'application étaient relativement floues dans le barème et pouvaient permettre une interprétation.

Par contre en 2005, les messageries ont mis en place une procédure afin de définir la notion de nouvelle formule.

Ce travail s'est effectué dans le cadre d'une commission intercoopérative », (cote 15123)

L'enquêteur relève dans son rapport que *« le crédit nouveauté connaît une inflation remarquable en 2004, alors que la SAEM-TP n'a distribué que 117 nouveaux titres en provenance des autres messageries, dont 94 des NMPP. Dans la partie du rapport annuel NMPP intitulé "Marchés et réseau 2004", qui prend en compte l'ensemble des titres distribués par NMPP et SAEM-TP, il est annoncé qu'en 2004, 364 nouveaux magazines ont été distribués par les deux messageries, alors que le crédit nouveauté a été attribué à environ 1 100 titres (610 [pour les NMPP] + 486 [pour TP]). »*

Il ressort des éléments recueillis lors de l'enquête administrative que TP a accordé, en 2004, le crédit nouveauté sans justification objective apparente. Il ressort du dossier qu'un certain nombre de parutions ont ainsi perçu cette remise alors qu'elles ne pouvaient apparemment pas y prétendre.

7. L'attribution de la bonification exceptionnelle

Aux termes des conditions d'attribution de la bonification exceptionnelle stipulées dans les barèmes des NMPP et de TP, le départ d'un titre d'une de ces messageries dans le courant d'une année lui fait perdre le bénéfice de la bonification exceptionnelle pour l'année considérée. Les représentants des NMPP et de TP ont confirmé lors de l'instruction qu'un transfert de messageries, même entre les NMPP et TP, devait normalement impliquer l'absence de versement de la bonification exceptionnelle.

Il ressort de l'examen des tableaux détaillant les transferts de titres entre messageries en 2002 (cotes 2608 à 2613) et 2003 (cotes 2602 à 2607) et des tableaux détaillant les montants versés au titre de la bonification exceptionnelle par les NMPP en 2002 (cotes 2159 à 2181) et 2003 (cotes 2182 à 2208), que les NMPP ont versé la bonification exceptionnelle à des titres ayant quitté cette messagerie, au titre de l'année de leur départ.

Il ressort des éléments du dossier que les NMPP ont versé la bonification exceptionnelle à des titres ayant quitté les NMPP pour TP (40 titres sur 92 en 2002 et 36 titres sur 37 titres en 2003). En outre, les NMPP ont versé la bonification exceptionnelle à des titres ayant quitté les NMPP pour les MLP (5 titres en 2002 et 7 titres en 2003).

De même, TP a versé la bonification exceptionnelle à 6 des 18 titres ayant quitté TP pour les NMPP en 2002 et à 23 des 70 titres ayant quitté TP pour les NMPP en 2003.

8. L'octroi de remises sur les prestations hors barèmes

Les barèmes des NMPP et TP décrivent à la section « *Frais particuliers* » un certain nombre de prestations offertes par ces messageries regroupées sous les rubriques « *Frais d'envois spéciaux* » et « *Prestations spéciales* ». Ces prestations ne sont pas incluses dans le champ du groupage tel que réglementé par la loi Bichet et sont donc qualifiées de prestations « hors barèmes ».

À la rubrique « *Frais d'envois spéciaux* » sont notamment cités les « *Frais supplémentaires de transport par avion* » ainsi que la « *Confection et expédition de 'paquets vendeurs' ou de 'paquets confectionnés'* ».

À la rubrique « *Prestations spéciales* », les prestations citées sont regroupées sous les items « *Publicité auprès des agents-vendeurs* », « *Statistiques et relevés* », « *Travaux du Service des Retours* », « *Transports particuliers* » et « *Suppléments non encartés* ».

Concernant les prestations hors barèmes, les représentants des NMPP ont déclaré au rapporteur que :

« Les NMPP ont toujours eu des prestations hors barème, notamment concernant la récupération des invendus. Les systèmes de bases de données et de logiciel SP2 sont présents depuis plus de 10 ans. Avant 2003, les NMPP n'avaient pas structuré de manière formelle ce type de prestations. [...] Pour certaines prestations (études, sondages) nous avons des conditions générales de vente [...] », (cote 11394).

Les représentants de TP ont déclaré au rapporteur que :

« Sur les prestations hors barèmes (statistiques, sondages, marketing, invendus, transport non groupé,...), l'essentiel du CA est généré par le transport par avion (...) », (cote 11543).

Les NMPP et TP accordent parfois aux éditeurs des remises sur les prestations hors barèmes. Concernant ces remises, les représentants des NMPP ont déclaré lors de l'instruction :

« Nous n'avons pas de conditions générales de remises, mais l'octroi des remises sur les prestations hors barèmes est encadré depuis 2004 par une procédure soumise à validation du conseil de gérance. Ces remises sont auditées par les commissaires aux comptes en même temps que l'arrêté des comptes. [...] »

Quels sont les critères d'attribution de ces remises ?

D'une manière générale, ce sont des remises sur volume, fonction de l'importance de la consommation avec des critères de plafonnement en valeur et/ou en pourcentage (en principe, on ne doit pas aller au-delà de x% du montant brut facturé). En fonction du montant, c'est validé par le directeur financier ou le directeur général. [...]

Les remises sur les prestations hors barème furent-elles, avant 2004, un facteur essentiel pour conserver les éditeurs aux NMPP ?

Ces prestations sont optionnelles pour l'éditeur qui achète ou n'achète pas. Sur ces prestations, l'éditeur peut faire appel à d'autres entreprises.

Le montant des prestations hors barème n'est pas suffisant pour permettre de compenser un écart de tarif sur les barèmes observé vis-à-vis de la concurrence.

Les remises sur les prestations hors barème n'étaient pas un moyen de conserver les éditeurs aux NMPP. » (cotes 11394 à 11395)

Le 11 mars 2003, le directeur général et le directeur financier des NMPP ont adressé au président du conseil de gérance des NMPP, le courrier suivant :

« Monsieur le Président,

Par lettre en date du 7 mars, vous m'avez demandé de proposer au Conseil de Gérance, avant votre prochain Conseil, des critères définissant 'les marges commerciales acceptables' dans les négociations commerciales ainsi que les 'procédures visant à garantir le respect de l'égalité de traitement des éditeurs' et permettant 'aux mandataires sociaux d'exercer complètement leurs responsabilités'.

Dans cette attente, le Conseil a décidé le gel provisoire des négociations commerciales qui seraient éventuellement en cours.

Nous allons donc étudier, sans tarder, avec la Direction des Coopératives, des normes et des procédures susceptibles de répondre à vos demandes.

Par lettre également du 7 mars, Messieurs les Commissaires aux Comptes nous ont précisé les informations qu'ils attendaient des NMPP pour répondre à votre demande de contrôle exhaustif des accords commerciaux passés entre les NMPP et l'ensemble des éditeurs.

Nous pouvons vous assurer que les instructions ont été données aux services compétents pour qu'ils apportent toute la coopération nécessaire au bon déroulement de la mission demandée aux Commissaires aux Comptes.

Il nous apparaît cependant important de vous signaler les problèmes et les risques liés à ce type d'information.

A un moment où la société concurrente adopte des dispositions tarifaires destinées à renforcer ses capacités concurrentielles alors que le niveau des barèmes des coopératives NMPP constitue encore un handicap de plusieurs points pour les NMPP, la négociation des remises sur frais hors barèmes demeure un facteur essentiel pour conserver nos éditeurs-clients dans une conjoncture particulièrement difficile.

La divulgation, pour quelque raison que ce soit, de ces négociations entraînerait inmanquablement un affaiblissement de nos capacités concurrentielles au profit de l'autre société de Messageries avec des conséquences préoccupantes pour la situation économique, relativement fragile, de notre entreprise.

C'est pour répondre à ces risques que nous proposons à votre réflexion et à celles des Commissaires aux Comptes 2 procédures possibles :

- ✓ *Ou bien à l'image de la procédure d'attestation du contrôle des inventus, les Commissaires aux Comptes pourraient dans le cadre de leurs missions annuelles, vérifier que les remises ont été accordées conformément aux procédures mises en place.*
- ✓ *Ou bien, selon les principes déjà appliqués à la Comptabilité Analytique Éditeurs, la Direction Générale pourrait transmettre au Conseil de Gérance les informations relatives aux négociations commerciales, de façon anonyme ou après regroupement par famille de titres.*

Il nous semble que de telles procédures, ajoutées à la mise en œuvre de normes délimitant 'les pratiques commerciales acceptables' seraient de nature à apporter au Conseil de Gérance les moyens de contrôle qu'il souhaite instaurer dans ce domaine », (cotes 8245 à 8246).

Par lettre en date du 28 janvier 2003 adressée à l'éditeur Emap France, Mme Françoise Sampermans a écrit :

« Pour faire suite à nos différents entretiens, nous vous confirmons les termes de nos accords relatifs aux transferts NMPP-TP et aux prestations hors barème pour l'ensemble des titres de votre groupe.

Vous trouverez ci-joint la liste des titres concernés par les transferts [...]

Concernant les prestations hors barème (logiciel SP2, frais de mise à disposition des inventus, études marketing, sondages, ...), nous vous accordons pour 2003 une remise de 50 % sur la totalité du chiffre d'affaires H.T. consommé avec un plafond minimum de 300 K€ H.T.

Nous espérons que l'ensemble de ces propositions vous satisferont et renforceront les liens qui unissent nos deux sociétés, nous permettant de conserver la distribution des titres qui nous sont actuellement confiés », (cote 8232) (soulignement ajouté)

À propos de l'accord commercial conclu entre les NMPP et Emap France début 2003, M. Jean-Luc Breyse, directeur général d'Emap France, précise, dans une lettre du 28 mai 2003 adressée aux NMPP, que : « ces accords portent sur des remises de fin d'année qui ne seront effectives qu'à la fin de l'année 2003 », (cote 8251).

Concernant les remises sur les prestations hors barèmes, les représentants de TP ont déclaré durant l'instruction que :

« Avant 2004, il n'y avait pas de procédure interne encadrée. En pratique, les équipes commerciales de TP accordaient des remises sur les prestations hors barème suivant le volume d'affaires apporté par l'éditeur. Les remises accordées ne sont pas d'un montant tel qu'il permettrait de compenser l'écart de barèmes avec les MLP », (cote 11546).

Il ressort des éléments du dossier qu'en 2003, environ 300 éditeurs n'ont perçu aucune remise sur les prestations hors barèmes alors qu'ils avaient acheté certaines prestations hors barèmes aux NMPP ou à TP tandis qu'au contraire près de 500 éditeurs avaient bénéficié de telles remises sans que le volume d'affaires puisse expliquer, à lui seul, cette différence.

D. Les griefs notifiés

Sur la base des constatations qui précèdent, ont été notifiés aux NMPP et à TP, considérés comme formant une même unité économique, les griefs suivants :

Grief n° 1 :

« il est fait grief aux sociétés NMPP et TP d'avoir abusé de leur position dominante sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro :

- *en ayant octroyé, de façon discriminatoire, en 2003, des remises sur les prestations hors barèmes ;*
- *en ayant attribué, de façon discriminatoire, en 2004, la bonification pour distribution régulée et le crédit nouveauté ;*
- *en ayant attribué, de façon discriminatoire, en 2002 et 2003, la bonification exceptionnelle ;*
- *en ayant mis en place, de juillet 1999 à décembre 2003, une remise intitulée « prime de fidélité » et, de juin 2000 à décembre 2003, une remise intitulée « bonification exceptionnelle ».*

Ces pratiques ont d'une part, eu pour effet d'appliquer aux éditeurs des conditions inégales à des prestations équivalentes et d'autre part, avaient pour objet et étaient de nature à avoir pour effet de restreindre la concurrence effective ou potentielle sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro. Ces pratiques sont prohibées par les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE ».

Grief n° 2 :

« il est fait grief aux sociétés NMPP et TP d'avoir abusé de leur position dominante sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro :

- *en ayant mis en place, de juillet 1999 à décembre 2003, une remise intitulée « prime de fidélité » et, de juin 2000 à décembre 2003, une remise intitulée « bonification exceptionnelle » ;*
- *en liant, de façon excessive, d'octobre 2003 à octobre 2004, des éditeurs, au moyen d'une clause de résiliation introduite dans les contrats d'avance sur recettes.*

Ces pratiques étaient de nature à barrer l'accès du marché aux messageries effectivement ou potentiellement concurrentes et à renforcer la position dominante des NMPP et de TP sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro par une concurrence faussée. Ces pratiques sont prohibées par les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE ».

II. Discussion

A. Sur la procédure

1. Sur l'instruction prétendument à charge

Les parties mises en cause prétendent que l'instruction a été conduite exclusivement à charge, ignorant d'une part, des déclarations d'éditeurs figurant au dossier selon lesquelles leur choix des NMPP et de TP provenait d'une qualité de service nettement supérieure à celle offerte par les MLP et ne présentait aucun lien avec les prétendues pratiques discriminatoires ou de fidélisation imputées aux NMPP ou à TP et d'autre part, le fait que les réformes tarifaires dans lesquelles s'inscrivent les pratiques critiquées ont entraîné des économies significatives au bénéfice des éditeurs et des consommateurs.

Mais les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire ont été respectées tout au long de l'instruction : les parties en cause ont eu la faculté de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins au Conseil de la concurrence, de présenter des observations sur les griefs notifiés et un mémoire en réponse au rapport, enfin, de s'exprimer oralement en séance. Elles ont pu faire état des éléments qui, selon elles, permettaient de contester les griefs notifiés et produire les pièces qui venaient au soutien de leur argumentation. Ce moyen doit donc être écarté.

2. Sur l'irrégularité de la production de certaines pièces

Les NMPP et TP soutiennent que la production des pièces sur lesquelles repose l'instruction pour incriminer l'attribution, en 2004, de la bonification pour distribution régulée est irrégulière. Elles font valoir que ces pièces, versées par la saisissante durant l'instruction de sa seconde demande de mesures conservatoires, sont des captures d'écran d'un logiciel utilisé par les NMPP, logé dans leur système d'information et accessible aux seuls détenteurs d'un mot de passe et d'un code confidentiel. Les parties mises en cause considèrent que ces pièces ont été obtenues de façon déloyale, que leur production est donc irrecevable et que, comme l'a jugé la Cour de cassation dans son arrêt du 3 juin 2008 (société Panasonic), elles ne peuvent être exploitées dans la procédure sans porter atteinte à leurs droits en violation des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme reconnaissant à tous le droit à un procès équitable.

Les MLP affirment, pour leur part, que ces captures d'écran leur ont été transmises de façon anonyme et contestent avoir usé d'un procédé déloyal pour obtenir ces documents.

Il convient d'observer que, dans le cas d'espèce, aucun élément du dossier ne permet de démontrer de manière certaine que les documents concernés ont été obtenus de façon déloyale.

En toute hypothèse, le grief qui s'appuyait sur ces pièces n'étant pas retenu (cf. infra), il n'est pas nécessaire de répondre plus avant à ce moyen.

B. Sur l'application du droit communautaire

Les parties mises en cause affirment qu'aucune autre messagerie de presse que la saisissante et les NMPP et TP ne s'est établie sur le marché depuis l'origine des temps et qu'aucune n'a déclaré envisager de le faire. Elles considèrent que, dans la situation de déclin de la presse écrite et de difficultés financières des messageries de presse en exercice et dans le cadre réglementaire spécifique à la France, prétendre que des concurrents potentiels pourraient se manifester relève de la conjecture et ne peut en aucun cas justifier une quelconque affectation du commerce entre États membres.

Les pratiques d'abus de position dominante qui couvrent l'ensemble d'un État membre affectent généralement, de manière sensible, le commerce intra communautaire et sont donc susceptibles d'enfreindre l'article 82 du traité CE. La France est notamment considérée comme une partie substantielle du marché commun. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt du 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a./Commission* (52/84, Rec. 1975, p.1663, point 371), a considéré « *qu'en vue d'établir si un territoire déterminé revêt une importance suffisante pour constituer "une partie substantielle du marché commun" au sens de l'article 86 du traité (devenu article 82 CE), il faut prendre en considération, notamment, la structure et le volume de la production et de la consommation dudit produit, ainsi que les habitudes et les possibilités économiques des vendeurs et des acheteurs* ».

En outre, l'affectation du commerce est généralement retenue pour les pratiques d'éviction abusives, telles les entraves abusives à l'entrée sur le marché car elles affectent la structure de la concurrence. Ainsi, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a considéré dans son arrêt du 15 décembre 1999, *Kesko/Commission* (T-22/97, Rec. 1999, p. II-3775, point 105) : « *Dans le cadre de l'article 86 du traité (devenu article 82 CE), la Cour de justice et le TPI ont aussi jugé que, lorsque le détenteur d'une position dominante barre l'accès au marché à des concurrents, il est indifférent que ce comportement n'ait lieu que sur le territoire d'un seul État membre, dès lors qu'il est susceptible d'avoir des répercussions sur les courants commerciaux et sur la concurrence dans le marché commun* ».

En l'espèce, les pratiques de fidélisation anticoncurrentielles ayant fait l'objet des griefs sont de nature à barrer l'accès au marché à des concurrents.

S'agissant des barrières à l'entrée, la communication 2004/C 101/07 de la Commission, du 27 avril 2004, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO C 101, p. 81) précise que : « *si des barrières absolues, extérieures à l'accord ou à la pratique, s'opposent au commerce transfrontalier entre États membres, celui-ci ne risquera d'être affecté que si ces barrières sont susceptibles de disparaître dans un avenir prévisible. En revanche, si les barrières ne sont pas absolues, mais rendent simplement les activités transfrontalières plus difficiles, il est extrêmement important d'assurer que les accords et les pratiques n'entraveront pas davantage ces activités, faute de quoi ils pourront affecter le commerce entre États membres* » (paragraphe 32).

Il convient de relever que la réglementation nationale sectorielle, qui interdit à toute entreprise commerciale qui ne serait pas contrôlée par des éditeurs d'effectuer des opérations de groupage et de distribution, ne constitue pas une barrière absolue s'opposant au commerce transfrontalier entre États membres. En effet, la loi Bichet dispose que les éditeurs assurent eux-mêmes, ou se groupent pour assurer, la distribution de leurs titres. Ainsi, tout éditeur ou groupe d'éditeurs est à la fois client des messageries et en mesure de constituer une coopérative de messageries de presse ou de contrôler, directement ou indirectement, une société de messageries de presse. Or, il peut être constaté que d'importants groupes de presse extra-nationaux – tels le groupe allemand Bertelsmann avec sa filiale Prisma presse et le groupe italien Arnoldo Mondadori Editore avec sa filiale Mondadori France – sont présents en France. Dès lors, ces éditeurs communautaires sont, au même titre que tout éditeur de presse français, des entreprises susceptibles de créer ou de contrôler une société de messageries de presse concurrente.

Les barrières à l'entrée, extérieures à la pratique, ne peuvent donc être considérées comme absolues, au sens de la communication du 27 avril 2004 précitée.

Les NMPP et TP font valoir qu'en raison de son caractère marginal et de sa durée, l'introduction de la clause de résiliation dans les contrats d'avance sur recettes ne saurait être considérée comme une pratique de nature à affecter de manière sensible les échanges entre les États membres.

Cependant, la communication du 27 avril 2004 précitée précise que : « *En ce qui concerne l'article 82, c'est l'abus qui doit affecter le commerce entre États membres, mais cela ne signifie pas que chaque élément du comportement doit être apprécié isolément. En effet, le comportement qui fait partie d'une stratégie générale poursuivie par l'entreprise dominante 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 82 soit applicable à toutes les pratiques faisant partie de cette stratégie générale, que l'une d'elles au moins soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres » (paragraphe 17).

L'introduction de la clause de résiliation dans les contrats d'avance sur recettes est une pratique poursuivant le même objectif de fidélisation que la prime de fidélité et la bonification exceptionnelle. Il n'y a donc pas lieu d'apprécier cet élément isolément.

Il résulte de ce qui précède, que les pratiques constatées dans la présente décision sont susceptibles d'avoir affecté, de manière sensible, le commerce entre États membres de l'Union européenne. Leur qualification peut donc être recherchée sur le fondement des dispositions de l'article 82 du traité CE.

C. Sur le fond

Seront successivement examinés :

- la délimitation des marchés concernés ;
- la question de savoir si les NMPP et TP forment une même unité économique ;
- la position occupée par cet ensemble ;
- le bien-fondé des griefs notifiés.

1. Sur les marchés concernés

a) Le marché de la distribution de la presse vendue au numéro

Comme il a été indiqué au paragraphe 0, la presse est distribuée selon trois modalités : par abonnement, par portage ou par le biais de la vente au numéro. Ce dernier mode de distribution est le plus utilisé par les éditeurs et a été reconnu, de façon constante, comme un marché distinct de la vente par abonnement par le Conseil de la concurrence dans ses décisions n° 87-D 8 du 28 avril 1987, n° 00-D-54 du 28 novembre 2000, n° 03-D-09 du 14 février 2003, n° 06-D-16 du 20 juin 2006 et n° 07-D-23 du 12 juillet 2007.

Concernant la délimitation géographique de ce marché, la réglementation présente sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro ainsi que la nature de l'offre et de la demande permettent d'établir que ce marché est de dimension nationale.

b) Les marchés des publications

Dans le secteur de la presse écrite, les autorités de concurrence distinguent traditionnellement la presse spécialisée grand public, la presse spécialisée technique et professionnelle, la presse gratuite, la presse nationale et la presse régionale.

En outre, s'agissant de la presse spécialisée grand public diffusée au niveau national, il ressort de la pratique communautaire et nationale que différents marchés peuvent être segmentés en fonction du contenu éditorial, de la présentation, de la périodicité, de la politique commerciale et des caractéristiques en matière de sexe, d'âge, de catégories socio-professionnelles, de revenus et de domicile des lecteurs. Par analogie avec l'analyse effectuée en matière de presse spécialisée grand public nationale, de telles segmentations peuvent être retenues pour les titres de presse spécialisée à vocation locale (décision de la Commission n° IV/M.665 – CEP / Groupe de la Cité ; lettre C2002-70 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 14 octobre 2002 ; lettre C2007-27

du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 28 août 2007 et avis n° 07-A-09 du Conseil de la concurrence du 2 août 2007).

En outre, pour chacune des catégories de titre de presse ainsi définies, les autorités de concurrence retiennent trois marchés de produits : ceux du lectorat, de la publicité commerciale et des petites annonces (avis n° 93-A-13 du 6 juillet 1993 du Conseil de la concurrence relatif à la prise de participation de la société générale occidentale dans le capital de la société d'exploitation de l'hebdomadaire *Le Point* et n° 05-A-18 du 11 octobre 2005 relatif à l'acquisition du Pôle Ouest de la société Socpresse et de fonds de commerce de la SEMIF par la société SIPA).

S'agissant de la dimension géographique des marchés dans le secteur des médias, les autorités de concurrence considèrent qu'elle correspond à leur zone de diffusion.

2. Sur l'unité économique formée par les NMPP et TP

L'instruction a considéré, sans que ce point ait été contesté par les parties mises en cause, que les NMPP et TP, bien qu'étant deux sociétés distinctes, formaient une unité économique.

Il ressort d'une jurisprudence constante que la notion d'entreprise, pour l'application du droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales. Il n'est pas nécessaire que l'unité économique concernée soit dotée de la personnalité juridique. La séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante : ce qui s'impose est l'existence d'une unité dans le comportement sur le marché. Dans un tel cas, il y a lieu de traiter les deux personnes morales comme une seule entreprise au regard de l'application des règles de concurrence (arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 19 février 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, Rec. p. I-1577, point 46, et du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, points 112-113, et arrêts du Tribunal du 20 mars 2002, *HFB e.a./Commission*, T-9/99, Rec. p. II-1487, points 54, 66, et du 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler/Commission*, T-325/01, Rec. p. II-3319, points 85-88).

En l'espèce, il ressort des éléments rappelés aux paragraphes 0 à 0 de la présente décision que la société Hachette est à la fois l'actionnaire principal des NMPP et aussi, à travers sa filiale Sopredis, de TP. Jusqu'en 2003, le directeur général des NMPP présidait le conseil d'administration de la Sopredis et à ce titre, proposait les candidats à la direction générale de TP. Depuis 2003, le président de la Sopredis est également gérant des NMPP. TP ne dispose d'aucun moyen logistique propre, les NMPP assurant depuis plus de vingt ans la distribution des titres des éditeurs clients de TP. Les NMPP assurent également l'ensemble des fonctions support de TP dans le cadre du contrat de sous-traitance, seule la relation commerciale étant en partie assurée par TP. Ces deux sociétés sont perçues par les éditeurs comme formant un seul ensemble, puisque les interlocuteurs ne changent pas lorsqu'un titre est transféré au sein de ces deux sociétés et que les commerciaux de TP disposent d'une adresse électronique nmpp.fr. Le directeur général de TP a participé à toutes les réunions de réforme des barèmes afin de veiller à ce que TP soit en harmonie avec les orientations définies par les NMPP. Les barèmes des NMPP et de TP présentent de nombreux éléments communs.

Au regard de l'ensemble de ces éléments qui témoignent non seulement de liens structurels mais aussi d'une unité de comportement sur le marché, les sociétés NMPP et TP doivent donc être considérées comme formant une seule unité économique.

3. Sur la position de l'ensemble NMPP/TP

De manière constante depuis 1987, les décisions du Conseil de la concurrence ont retenu que les NMPP sont en position dominante sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro en raison, d'une part, de la détention de parts de marché très importantes et, d'autre part, du

contrôle direct et indirect de l'ensemble des niveaux du réseau de distribution de la vente au numéro. En outre, ce marché est caractérisé par des barrières à l'entrée liées à la présence de coûts fixes et de besoins en capitaux importants. Les parties n'ont pas contesté, dans la présente affaire, détenir une telle position.

Il ressort des éléments du dossier que cette situation n'a effectivement pas évolué durant la période couverte par les faits examinés. En 2000, les ventes au prix fort des publications distribuées par l'ensemble NMPP/TP représentaient 12,6 milliards de francs contre 3 milliards de francs pour les MLP, soit une part de marché de 80,8 % (voir paragraphe 0). En 2004, les ventes au prix fort des publications distribuées par l'ensemble NMPP/TP ont été de 1 942,9 millions d'euros contre 473,3 millions d'euros pour les MLP, soit une part de marché de 80,4 %. De plus, les NMPP sont présentes aux niveaux 2 et 3 à travers la SAD, SPPS, AAP et Seddif.

Dès lors, il est établi que l'unité économique formée par les NMPP et TP dispose d'une position dominante sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro.

4. Sur le grief de pratiques discriminatoires (grief n° 1)

L'article 82(c) du traité CE qualifie d'abusives les pratiques pouvant notamment consister à « *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* ». De même, l'article L. 420-2 du code de commerce cite, au nombre des cas possibles d'abus de position dominante, les « *conditions de vente discriminatoires* ».

Les pratiques discriminatoires peuvent être restrictives de concurrence lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'évincer un concurrent du marché (atteinte de premier niveau) mais aussi lorsque des clients de l'entreprise en position dominante se voient désavantagés dans la concurrence sur leur propre marché (atteinte de second niveau).

Le simple usage ciblé de réductions tarifaires peut aussi avoir un effet d'exclusion ou de verrouillage du marché. Cet effet peut être le même que celui de prix prédateurs à la différence près qu'il se peut que, globalement, l'offreur ne consente pas de pertes, y compris à court terme. En revanche, les prix peuvent, de façon ponctuelle, pour certains profils de demande, être inférieurs aux coûts variables et donc prédateurs. Le TPICE a également rappelé que, comme pour toute pratique tendant à l'éviction d'un concurrent, il convenait également de vérifier si elle prenait place dans le cadre d'un plan de l'entreprise en position dominante ayant pour but d'éliminer un concurrent (arrêt T-228/97 Irish Sugar Commission du 7 octobre 1999).

Il convient donc d'examiner si les discriminations découlant de la nature même et de l'application du système de remises peut porter atteinte à la concurrence soit entre messageries, soit entre éditeurs clients de ces messageries. Pour ce faire, il convient d'examiner si de telles discriminations peuvent avoir pour effet d'exclure, de discipliner ou de pénaliser des concurrents par la mise en œuvre de comportements s'écartant d'une concurrence par les mérites.

a) Sur la transparence du système de remises

Comme l'expliquait une étude thématique, consacrée aux remises, rabais et ristournes, publiée dans le rapport annuel du Conseil pour l'année 2004, l'absence de transparence d'un système de remises peut constituer un indice de son caractère anticoncurrentiel. Lorsque certains acheteurs bénéficient d'un rabais alors que les conditions générales de vente n'en prévoient aucun, il convient en effet de vérifier que ces remises ne sont pas utilisées pour fausser le jeu de la concurrence. Des remises peuvent également être accordées à certains acheteurs alors qu'ils ne remplissent pas les conditions affichées, par exemple dans les conditions générales de vente.

En l'espèce, il apparaît que le système de remises mis en place par l'unité économique formée par les NMPP et TP est dénué de transparence : des remises sur les prestations hors barèmes ont été accordées

alors que les conditions générales de vente n'en prévoient aucune (voir paragraphes 0 et 0) ; les critères d'attribution du crédit nouveauté étaient imprécis et laissaient place à une large interprétation (voir paragraphes 0 à 0) ; la condition du barème « publications C » de TP relative au taux d'invendus moyen mobile était également imprécise (voir paragraphe 0) ; le critère relatif au délai de mise en place conditionnant l'octroi de la bonification pour distribution régulée n'était pas vérifiable *a posteriori* (voir paragraphe 0) ; enfin le concept de « *groupe de presse* », auquel la condition relative à l'attribution de la prime de fidélité fait référence, n'était pas explicitement défini (voir paragraphe 0).

Bien que les dispositions de l'article 12 de la loi Bichet prévoient que les barèmes des messageries s'imposent à tous les clients, le non respect, par une messagerie de presse en position dominante, des conditions d'attribution des remises telles que définies dans ses barèmes ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle en soi. Il convient d'examiner si ce comportement a entraîné une restriction de concurrence sur les marchés des publications ou sur le marché des messageries de presse.

b) Sur la restriction de concurrence entre éditeurs

Ne figurent pas au dossier les différents éléments, de la nature de ceux exposés aux paragraphes 0 et 0 ci-dessus, qui permettraient de délimiter les différents marchés des publications afin de déterminer si les titres qui ont bénéficié de remises de façon discriminatoire ont été avantagés par rapport à leurs concurrents. Le dossier ne contient par ailleurs aucun exemple de l'avantage concurrentiel sur un marché dont aurait bénéficié un titre par rapport à d'autres titres, dont il serait soutenu qu'ils sont ses concurrents.

Le dossier ne permet donc pas d'établir que les pratiques visées par le grief n° 1 ont entraîné une discrimination anticoncurrentielle entre éditeurs.

c) Sur la restriction de concurrence entre messageries

Il ressort de l'instruction ainsi que des débats ayant eu lieu en séance que la concurrence entre messageries s'exerce sur chaque titre présent sur le marché plutôt que sur chaque éditeur. Ce sont donc des titres particuliers que peuvent viser les différentes bonifications accordées par les messageries pour les attirer ou pour les empêcher de rejoindre la messagerie concurrente.

Étant donné que les coûts de distribution dépendent de multiples caractéristiques liées à chaque titre (caractéristiques physiques, nombre d'exemplaires acheminés, nombre d'exemplaires invendus, choix du réglage,...), l'expression de la mise en concurrence des messageries par les éditeurs conduit naturellement à ce que les conditions tarifaires soient adaptées à chaque titre et donc qu'elles diffèrent d'un titre à un autre. Dès lors, l'octroi d'avantages tarifaires en dehors des conditions d'attribution prévues par les barèmes, bien qu'il puisse éventuellement être appréhendé au titre du respect des dispositions de loi Bichet, ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle en soi. Il peut simplement résulter du jeu normal de la concurrence sur ce marché. En effet, si les deux messageries sont en concurrence sur chaque titre, une concurrence par les prix s'exerçant pour attirer un titre doit conduire à ce que les prix se différencient d'un titre à l'autre, tout en se rapprochant du coût de la distribution de ce titre, ce mécanisme de discrimination devenant anticoncurrentiel en cas de prédation ciblée.

Dans ces conditions, il convient d'examiner si les avantages tarifaires accordés par les NMPP et TP ont été ciblés sur les titres pouvant être gagnés par les MLP ou bien ont pu ponctuellement entraîner des prix inférieurs aux coûts variables.

Les éléments recueillis lors de l'enquête et de l'instruction ne sont pas suffisants pour établir que les avantages tarifaires et remises attribués par les NMPP et TP aux éditeurs auraient été ciblés sur les titres les plus susceptibles de quitter l'ensemble NMPP/TP au profit des MLP. Il ressort même du dossier que la bonification exceptionnelle a été indûment attribuée à des titres ayant été transférés aux MLP (voir paragraphe 0), ce qui contredit une telle hypothèse. La seule pièce suggérant une utilisation ciblée des remises est le courrier du 11 mars 2003 (voir paragraphe 0 ci-dessus), indiquant que la divulgation des conditions dans lesquelles les prestations hors barèmes sont négociées entraînerait un affaiblissement des capacités concurrentielles des NMPP au profit des MLP. À elle seule, cette pièce

est cependant insuffisante pour établir que l'utilisation ciblée des prestations hors barème aurait porté atteinte à l'exercice d'une concurrence par les mérites, dans la mesure où celle-ci n'exclut pas que les messageries cherchent à rapprocher les tarifs proposés pour chaque titre des coûts encourus pour leur distribution.

Les éléments présents au dossier ne permettent pas non plus d'établir que l'attribution discriminatoire des remises visées par le grief n° 1 auraient entraîné des prix inférieurs aux coûts variables ou inférieurs aux coûts totaux dans le cadre d'un plan visant à éliminer la concurrence.

Le dossier ne permet donc pas d'établir que les pratiques visées par le grief n° 1 aient entraîné une restriction de concurrence entre messageries sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro.

d) Conclusion sur le grief de pratiques discriminatoires (grief n° 1)

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les NMPP et TP ont mis en œuvre des pratiques discriminatoires prohibées par les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE.

5. Sur le grief de pratiques fidélisantes (grief n° 2)

S'agissant d'apprécier si une entreprise a abusé de sa position dominante en mettant en œuvre un système de rabais fidélisants, la CJCE a jugé, dans son arrêt du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, dit « Michelin I » (322/81, Rec. 1983, p. 3461), qu'il y a lieu « *d'apprécier l'ensemble des circonstances, et notamment les critères et les modalités de l'octroi du rabais, et d'examiner si le rabais tend [...] à enlever à l'acheteur, ou à restreindre [...] la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents [...] ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée* ».

Par ailleurs, dans son arrêt du 17 décembre 2003, *British Airways/Commission* (T-219/99, Rec. p. II-5917, point 293), le TPICE a considéré que [l'entreprise en position dominante] *ne saurait reprocher à la Commission de ne pas avoir démontré que ses pratiques produisaient un effet d'exclusion. En effet, d'une part, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'abus considéré a eu un effet concret sur les marchés concernés. Il suffit à cet égard de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet* ».

Il y a donc lieu de rechercher si les rabais fidélisants mis en place par l'ensemble NMPP/TP ont pu avoir un effet réel ou potentiel d'éviction des concurrents. De telles remises pouvant être justifiées par des contreparties réelles en termes de gains d'efficacité, qui peuvent être positives pour les entreprises clientes, il convient aussi d'examiner les arguments avancés par les parties, auxquelles incombe sur ce point la charge de la preuve, concernant l'existence de telles contreparties.

a) Sur la bonification exceptionnelle

Comme l'étude thématique déjà citée dessus l'exposait, les remises subordonnées à un engagement de s'approvisionner auprès du même fournisseur pendant une certaine durée, peuvent être justifiées, comme les remises liées aux quantités achetées, par l'existence de contreparties réelles pour le fournisseur, dans la mesure où l'engagement de l'acheteur réduit l'incertitude quant à l'évolution de ses ventes. Toutefois, lorsque l'impact de la remise contribue à élever les coûts de changement de fournisseur (« *switching costs* ») de façon à décourager le départ d'un client vers un concurrent et qu'il n'est donc pas possible à un concurrent de proposer aux clients un contrat attrayant pendant la durée de l'engagement, il convient de comparer cette durée d'engagement à la fréquence avec laquelle les ventes aux acheteurs concernés peuvent être remises en concurrence, en l'absence de remise

fidélisante. Si cette remise conduit à allonger de façon artificielle la durée pendant laquelle les clients sont captifs, elle peut avoir pour effet de limiter l'exercice de la concurrence par les autres entreprises présentes sur le marché et d'élever artificiellement les barrières à l'entrée.

Les caractéristiques de la bonification exceptionnelle instaurée en juin 2000, telles qu'exposées dans les barèmes en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 (cf. paragraphe 0), sont rappelées ci-dessous :

- la bonification exceptionnelle est versée pour chaque titre ;
- elle se traduit par une remise de fin d'année : elle est assise sur le montant annuel des ventes au prix fort pour chaque année civile ;
- le départ d'un titre avant le 31 décembre lui fait perdre le bénéfice de la bonification exceptionnelle pour l'année en cours ; en cas d'arrivée en cours d'année, la bonification exceptionnelle est versée *pro rata temporis* ;
- la bonification exceptionnelle est progressive : les titres bénéficient d'une remise égale à 0,20 % des ventes au prix fort pour la première année de présence, à 0,30 % des ventes au prix fort pour la deuxième année et de 1,10 % des ventes au prix fort pour la troisième année ;
- la bonification exceptionnelle devait *a priori* prendre fin au 31 décembre 2002, aucune indication contraire n'ayant été fournie par les NMPP et TP avant la publication des barèmes pour 2003.

En 2003, la bonification exceptionnelle a été reconduite par les NMPP et par TP (voir paragraphes 0 à 0). La bonification exceptionnelle de 2003 partage plusieurs des caractéristiques de la bonification exceptionnelle de 2000 :

- elle est versée pour chaque titre ;
- elle se traduit par une remise de fin d'année : égale à 1,10 % des ventes au prix fort ;
- le départ d'un titre avant le 31 décembre 2003 lui fait perdre le bénéfice de la bonification exceptionnelle pour l'année en cours ; en cas d'arrivée en cours d'année, la bonification exceptionnelle est versée *pro rata temporis*.

Sur l'effet potentiel ou réel d'éviction des concurrents

Les parties en cause contestent que la bonification exceptionnelle puisse être considérée comme fidélisante dans la mesure où elle s'applique titre par titre, les éditeurs restant libres de confier le reste de leurs publications à une autre messagerie. Elles font valoir que les simulations présentées par la saisissante dans ses observations, selon lesquelles les MLP ne pourraient attirer les clients bénéficiaires de la bonification exceptionnelle qu'en leur proposant une rémunération négative à partir du sixième mois, ne sont pas probantes puisque seul un titre hypothétique a été pris en compte et que cette rémunération négative n'aurait, en tout état de cause, dû être proposée qu'entre le sixième et le douzième mois de l'année. Elles relèvent également que, dans les faits, certains éditeurs ont transféré des titres aux MLP malgré l'existence de la bonification exceptionnelle.

De plus, les NMPP et TP considèrent que les sommes versées au titre de la bonification exceptionnelle sont extrêmement faibles et ne sont en aucune façon de nature à inciter un éditeur à conserver sa messagerie puisqu'elles ont représenté 0,85 % des ventes au prix fort en 2002 et 0,93 % en 2003.

La fidélisation des clients peut toutefois prendre appui soit sur la durée, soit sur les quantités. La bonification exceptionnelle incitait les éditeurs présents en début d'année à rester pour l'année entière, alors que les éditeurs peuvent *a priori* réallouer les titres entre les messageries à tout moment, sous réserve de respecter un préavis de trois mois. La perte du bénéfice de la bonification exceptionnelle en cas de départ en cours d'année avait donc pour effet d'accroître, au fur et à mesure du déroulement de l'année, les incitations des éditeurs à ne pas quitter l'ensemble NMPP/TP. De plus, la progressivité initiale de la bonification, telle qu'instituée en 2000, avait pour objet d'inciter les éditeurs à rester au moins trois ans.

En premier lieu, si la complexité des barèmes et la diversité des titres concernés rendent très difficiles une évaluation précise de l'effort tarifaire qui aurait dû être consenti par les MLP pour compenser l'effet fidélisant de la bonification exceptionnelle, plusieurs éléments indiquent cependant que l'effet de cette remise dans le contexte du marché en cause était significatif. En premier lieu, la faiblesse des chiffres en cause, s'agissant du montant de la bonification exceptionnelle (0,2 %, 0,3 % ou 1,1 %), ne doit pas tromper dans la mesure où ces pourcentages sont exprimés par rapport au montant fort des ventes et non par rapport au coût de la distribution pour les éditeurs. Or, comme cela a déjà été indiqué ci-dessus, les coûts de distribution facturés par les NMPP/TP se sont élevés, en 2003, à 618,1 millions d'euros, dont 161 environ pour les messageries elles-mêmes, le reste rémunérant les niveaux 2 et 3 de la distribution, alors que les ventes en montant fort des NMPP/TP s'élevaient à 1692,7 millions d'euros. Une remise de 1,1 % des ventes en montant fort équivaut à une remise de 3 % lorsqu'elle est exprimée par rapport à l'ensemble des coûts de distribution supportés par les éditeurs, soit 36,52 % en moyenne en 2003 (cf. ci-dessus § 0) et à une remise de 11,5 % lorsqu'elle est exprimée par rapport aux seuls coûts de la distribution assurée au niveau 1 par les messageries concernées, soit 9,52 % en moyenne en 2003 (cf. ci-dessus § 0).

La prise en compte des sommes réellement allouées aux éditeurs au titre de la bonification exceptionnelle (cf. ci-dessus aux § 0 et 0) confirme le caractère significatif de l'incitation puisqu'elles ont représenté en 2003 2,5 % du total des coûts de distribution facturés aux éditeurs et 9,8 % des seuls coûts du niveau 1.

En second lieu, l'effet fidélisant de la remise doit aussi être apprécié en prenant en compte la grande disparité entre la part de marché de l'ensemble NMPP/TP, soit en 2000, 80,8 % des ventes en montant fort, et celle des MLP, soit 19,2 %.

Le fait que certains éditeurs aient transféré des titres aux MLP alors qu'ils bénéficiaient de la bonification exceptionnelle ne peut démontrer à lui seul que cette remise n'était pas susceptible d'avoir des effets fidélisants. En effet, il n'est pas nécessaire de démontrer que la pratique a eu un effet constaté de verrouillage du marché en supprimant toute concurrence : il suffit de démontrer qu'elle a eu un effet potentiel d'éviction ou de discipline de la concurrence.

Les NMPP et TP font encore valoir que les déclarations d'éditeurs présentes au dossier démontrent que le choix de la messagerie, loin d'être dicté par la seule modification des barèmes, est avant tout dicté par le type de prestations et le niveau de qualité offert, et qu'en conséquence une mesure tarifaire comme la bonification exceptionnelle ne pouvait pas avoir d'effets significatifs sur la concurrence.

Cependant, le fait que l'ensemble NMPP/TP soit en mesure d'offrir des services de meilleure qualité, notamment concernant la mise en place de parutions à fort volume de diffusion ou le réglage des titres, ne démontre pas que les éditeurs étaient insensibles au prix de ces prestations. Il ressort des déclarations d'éditeurs mentionnées aux paragraphes 0 et 0 que le prix est un des critères pris en considération par les éditeurs au même titre que la qualité des services. Les pratiques tarifaires constatées tendent à restreindre les possibilités de choix de l'ensemble des clients, tant de ceux préférant le rapport qualité/prix des services offerts par l'ensemble NMPP/TP que de ceux optant pour celui des MLP.

Il résulte de ces éléments que la mise en place de la bonification exceptionnelle, de 2000 à 2003, était de nature à fausser le libre jeu de la concurrence entre messageries sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro.

Sur les éventuelles justifications

Les remises de fidélité, tout comme les pratiques de prix discriminantes, peuvent recevoir des justifications par les gains d'efficacité qu'elles reflètent ou qu'elles engendrent. Il revient alors aux entreprises qui les mettent en œuvre d'apporter les éléments de preuve quantitatifs ou qualitatifs nécessaires à la mise en évidence de ces bénéfices concurrentiels. Mais les arguments avancés par les parties en l'espèce ne sont pas convaincants, si bien que les éléments de preuve attendus manquent. En effet, les NMPP et TP font valoir que cette remise s'inscrit dans le cadre du plan de modernisation des NMPP mis en œuvre, entre 2000 et 2003 en vue de compenser le déficit engendré par la distribution des quotidiens. Ce plan devait permettre de baisser les coûts de distribution de 0,75 points en moyenne

par an sur quatre ans de 2000 à 2003. Elles exposent que le montant versé au titre de la bonification exceptionnelle a représenté 0,85 % des ventes en montant fort des publications concernées en 2002 et 0,93 % en 2003, soit à peine plus que la réduction de coût obtenue grâce au plan stratégique. Leurs représentants ont encore expliqué lors de la séance que toute entreprise, lorsqu'elle met en œuvre un tel plan de réduction de coûts doit, afin d'établir ses budgets prévisionnels, s'assurer d'une certaine stabilité de son chiffre d'affaires et partant, de ses clients.

Cependant, l'engagement d'un plan de réduction de coût par les NMPP/TP aurait pu justifier une baisse générale du tarif, qui aurait été de nature à leur procurer un avantage concurrentiel et à leur permettre d'attirer et de conserver des clients. En revanche, l'octroi d'une remise qui a directement pour objet d'augmenter pour les clients les coûts de changement de messageries, en les engageant dans la durée alors même que cet engagement n'est à l'origine d'aucun gain d'efficacité, s'écarte d'un comportement de concurrence par les mérites. Les NMPP font état d'économies d'échelle à l'origine d'une décroissance du coût unitaire avec les quantités traitées : cet argument aurait dû pousser à une baisse générale des tarifs pour augmenter les quantités traitées, mais ne justifie en aucune manière des remises fondées sur la fidélité des clients pendant un, deux ou trois ans.

b) Sur la prime de fidélité

L'effet restrictif de concurrence de remises accordées par un opérateur en position dominante et destinées à lui assurer l'exclusivité de l'approvisionnement d'un client a été sanctionné notamment par l'arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, dit « Hoffmann-La Roche » (85/76, Rec. 1979, p. 461) :

« Attendu que, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier – fût-ce à leur demande – des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité (devenu article 82 CE) soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais ; qu'il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client – quel que soit par ailleurs le montant, considérable ou minime, de ses achats – s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante ; qu'en effet, les engagements d'approvisionnement exclusif de cette nature, avec ou sans la contrepartie de rabais ou l'octroi de rabais de fidélité en vue d'inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas [...] sur une prestation économique justifiant cette charge ou cet avantage, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché aux autres producteurs [...] ».

Pour apprécier le caractère pro ou anticoncurrentiel de cette prime, il convient d'analyser d'une part la force des incitations qu'elle donne aux éditeurs pour confier tous leurs titres à une même messagerie et d'autre part les gains d'efficacité associés à une telle orientation du marché, invoqués par les entreprises en cause.

La prime de fidélité introduite dans les barèmes de TP prévoit que les groupes de presse qui confient la distribution de la totalité de leurs produits presse à TP bénéficieront pour chacun de ces titres d'une remise de 0,5 % des ventes en montant fort la première année et de 1 % à partir de la deuxième année, non cumulable avec la bonification exceptionnelle.

La seule justification avancée par les parties en ce qui concerne la mise en place de cette remise est qu'elles ont réagi à une baisse de leur chiffre d'affaires (voir paragraphe 0). Elle ne permet pas de

conclure à l'existence d'économies de coûts spécifiques qui serait constatée lorsqu'un groupe de presse confierait la totalité de ses titres auprès d'une seule des messageries.

Les NMPP et TP font valoir que la totalité de la demande qui leur est adressée par les éditeurs est contestable et, qu'en conséquence, il suffit aux MLP d'offrir un avantage tarifaire du même ordre que la prime en cause, soit 0,5 % ou 1 % selon la durée de présence du titre chez TP. Or, selon eux, il n'est pas démontré qu'une telle remise entraînerait des pertes pour les MLP.

Les entreprises mises en cause ajoutent qu'à supposer qu'une partie de la demande puisse éventuellement être considérée comme peu contestable, elle ne concernerait que les hebdomadaires. Or, selon elles, près de 90 % des publications hors hebdomadaires distribuées par TP en 2003 appartenaient à des éditeurs dont moins de 10 % des titres étaient des hebdomadaires et il suffit donc aux MLP de proposer une remise légèrement supérieure (de l'ordre de 1,11 %) à la prime de fidélité sur les 90 % de titres en mesure de la rejoindre pour compenser la perte de cette prime pour les 10 % d'hebdomadaires qui resteraient chez TP.

Les MLP ont soutenu en séance que les critères analysés par les NMPP n'étaient pas pertinents. Selon elles, elles sont en mesure de disputer des titres à l'ensemble NMPP/TP lorsqu'elles ont déjà une expérience dans la distribution des titres de la même famille de presse, ceci pour des raisons liées au réglage des titres.

Il existe au dossier des éléments suggérant qu'une partie de la demande n'est pas contestable par les MLP. Ainsi, les déclarations des représentants d'Emap France (paragraphe 0) laissent à penser que les titres à forte diffusion, proposant des opérations promotionnelles ou sensibles aux erreurs de mise en place sont peu contestables par les MLP. De même, selon les représentants du groupe Entreprendre Robert Lafont (paragraphe 0), la diffusion, par une messagerie, du ou des titres de référence d'une famille de presse accroît son attractivité auprès des éditeurs présents dans cette même famille. Mais ces éléments ne permettent pas de chiffrer précisément la part de la demande que les MLP ne peuvent espérer attirer en se bornant à compenser la prime de fidélité.

En toute hypothèse, l'écart entre les parts de marché servies par l'ensemble NMPP/TP d'une part (80,8 % en 2000, 80,4 % en 2004 en ventes en montant fort, cf. ci-dessus § 0 et 0), et par les MLP d'autre part (19,2 % en 2000 et 19,6 % en 2004 en ventes en montant fort), la disproportion entre les capacités de production de l'ensemble NMPP/TP et celles des MLP, ainsi que l'existence de contraintes de capacité et d'importants coûts fixes, sont autant d'éléments qui indiquent que la part de la demande qui peut rejoindre les MLP à court terme est largement inférieure aux 90% avancés par les mises en cause, et ce même s'il est considéré que les MLP sont aussi efficaces que l'ensemble NMPP/TP. Il convient enfin de prendre en compte les liens entre l'ensemble NMPP/TP et le groupe Hachette, l'un des éditeurs les plus importants sur plusieurs des marchés des publications.

La circonstance que la prime de fidélité n'est inscrite qu'au barème de TP et non au barème des NMPP est en effet, du point de vue de l'évaluation des parts de marché susceptibles d'être contestées, indifférente : il ressort des éléments exposés ci-dessus (§ 0 et suivants) que le transfert des titres d'un éditeur des NMPP vers TP est facilement pratiqué pour le faire bénéficier de tarifs plus avantageux, donc notamment de la prime de fidélité.

De ce fait, alors que les éditeurs ont la possibilité de confier la distribution d'une partie de leurs titres à l'ensemble NMPP/TP et l'autre partie aux MLP sans perte d'efficacité, cette remise les incite à confier l'ensemble de leurs titres à TP. Une telle remise a donc pour effet de transformer le mode de concurrence sur ce marché d'une concurrence titre par titre à une concurrence éditeur par éditeur, TP faisant jouer un effet de levier entre les titres d'un éditeur qui lui sont confiés, et les titres du même éditeur qui pourraient rejoindre les MLP. Dès lors, la mise en place de la prime de fidélité par l'ensemble NMPP/TP est anticoncurrentielle en ce qu'elle augmente le coût associé au transfert, pour un éditeur, d'une partie de ses titres vers les MLP.

La faiblesse des taux de remise (0,5 % ou 1 %) doit, comme pour la bonification exceptionnelle être relativisée dans la mesure où ces pourcentages sont exprimés par rapport aux ventes au prix fort et non par rapport au coût des services offerts aux éditeurs par les messageries. Ainsi, le versement de la prime de fidélité a représenté, pour TP, une baisse de sa rémunération au titre du niveau 1 de 3 %.

Enfin, il convient de prendre en compte la concentration relativement forte de la demande des éditeurs : en 2000, 5 % des éditeurs ont réalisé un chiffre d'affaires de plus de 50 millions de francs et ont représenté 83 % du chiffre d'affaires généré par l'ensemble des titres distribués par les NMPP ; à l'inverse, 251 éditeurs ont réalisé un chiffre d'affaires inférieur à 500 000 francs cette même année, et ont représenté moins de 1 % du chiffre d'affaires généré par l'ensemble des titres distribués par les NMPP (voir paragraphe 0). Dans ces conditions, l'évolution du marché vers une concurrence éditeur par éditeur, est de nature compte tenu des différences de parts de marché à rigidifier le marché et à cantonner le jeu concurrentiel à la demande des petits éditeurs.

Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la mise en place de la prime de fidélité dans les barèmes TP, de juillet 1999 à décembre 2003, était de nature à restreindre le jeu de la concurrence entre messageries sur le marché de la distribution de la presse au numéro.

c) Sur la clause de résiliation dans les contrats d'avance sur recettes

La clause de résiliation introduite dans les contrats d'avance sur recettes signés avec certains éditeurs entre octobre 2003 et octobre 2004 stipule que le bénéficiaire de l'avance sur recettes s'engage à ne résilier aucun de ses contrats de distribution pendant un délai d'un an, à compter du remboursement intégral de l'avance consentie. Les pénalités en cas de résiliation anticipée s'élèvent à la moitié du montant total de l'avance. En outre, cette clause stipule que l'éditeur est redevable du même montant en cas de résiliation anticipée avant le remboursement intégral de l'avance.

S'il apparaît légitime d'exiger des éditeurs qu'ils maintiennent leurs titres jusqu'au remboursement intégral afin de garantir la récupération des avances consenties, le prolongement d'un an après le remboursement exigé par les NMPP et TP ne peut être justifié par le risque encouru alors qu'il a pour effet de restreindre la concurrence potentielle durant cette période.

Les parties en cause font valoir que cette clause n'a été introduite que durant une année et n'a jamais été appliquée.

Mais le fait que les NMPP et TP n'aient pas appliqué cette clause ne réduit que très marginalement ses effets. En effet, les éditeurs ne pouvaient anticiper que les NMPP et TP n'appliqueraient pas une clause qu'elles ont elles-mêmes introduite dans les contrats d'avance sur recettes. Au contraire, le montant élevé des pénalités ne pouvait que démontrer une volonté de la part des NMPP et de TP de la voir respectée.

Cette clause excède manifestement ce qui était nécessaire afin de garantir la récupération de l'avance consentie. Elle était également de nature à enlever ou à restreindre la possibilité de choix des éditeurs entre services de différentes messageries et donc à fausser le jeu de la concurrence entre messageries sur le marché de la distribution de la presse au numéro.

d) Sur le contexte économique et concurrentiel dans lequel les pratiques ont été mises en œuvre

Les NMPP et TP font valoir que l'instruction a ignoré les effets produits sur la concurrence par le fait que les NMPP et TP assurent seules la distribution des quotidiens, à laquelle les MLP ne contribuent pas. Elles considèrent que l'absence des MLP dans la distribution des quotidiens crée un déséquilibre concurrentiel au détriment des NMPP et de TP et que les pratiques tarifaires incriminées atténuent le handicap concurrentiel qu'elles subissaient.

Les entreprises ne peuvent toutefois compenser les désavantages concurrentiels qu'elles estiment supporter en mettant en œuvre des pratiques anticoncurrentielles prohibées par le livre IV du code de commerce, que ce soit en se concertant avec leurs concurrents ou en abusant de la position dominante qu'elles détiennent sur un marché. En l'espèce, la circonstance que l'ensemble NMPP/TP distribue des titres de presse quotidienne nationale, parce que les coopératives comportent parmi leurs membres des éditeurs de presse quotidienne nationale, alors que les MLP n'en distribuent pas, ainsi que les

contraintes de coûts particulières qui en découlent pour l'ensemble NMPP/TP, ne sauraient justifier la mise en œuvre de pratiques destinées à entraver le libre exercice de la concurrence par les MLP.

e) Conclusion sur le grief n° 2

Il résulte de ce qui précède que les sociétés NMPP et TP, formant une unité économique en position dominante sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro, ont abusé de cette position dominante en proposant aux éditeurs, de juillet 1999 à décembre 2003, une remise intitulée « prime de fidélité » ainsi que, de juin 2000 à décembre 2003, une remise intitulée « bonification exceptionnelle ». Les mêmes sociétés ont lié, de façon abusive, d'octobre 2003 à octobre 2004, des éditeurs au moyen d'une clause de résiliation introduite dans les contrats d'avance sur recettes. Ces pratiques, qui sont de nature à limiter le libre exercice de la concurrence sur ce marché par les autres entreprises, sont prohibées par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE.

D. Sur les suites à donner

Les pratiques retenues à l'encontre des sociétés mises en cause dans la présente affaire ont été commises pour partie antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, mais se sont poursuivies de manière continue après la date d'entrée en vigueur de cette loi, le 18 mai 2001. Les saisines, reçues le 8 août 2003 et le 20 septembre 2004, sont également postérieures à cette date. Il en résulte, comme l'a décidé le Conseil dans une décision n° 04-D-39, que les dispositions du livre IV du code de commerce applicables en l'espèce sont celles de la loi du 15 mai 2001.

Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction applicable à l'espèce dispose :

« Le Conseil de la concurrence peut infliger une sanction pécuniaire [...].

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

[...] Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».

1. Le plafond légal

Les NMPP ont réalisé un chiffre d'affaires de 375,9 millions d'euros en 2005, de 362,3 millions d'euros en 2006 et de 343,1 millions d'euros en 2007. Compte tenu de ces éléments, le plafond de sanction applicable, égal à 10 % du chiffre d'affaires le plus élevé, est de 37,59 millions d'euros.

La société TP a réalisé un chiffre d'affaires de 122,8 millions d'euros en 2005, de 127,5 millions d'euros en 2006 et de 120 millions d'euros en 2007. Compte tenu de ces éléments, le plafond de sanction applicable, égal à 10 % du chiffre d'affaires le plus élevé, est de 12,75 millions d'euros.

2. Sur la gravité des pratiques

Les pratiques de fidélisation anticoncurrentielles mises en œuvre par les parties sont graves en ce qu'elles ont eu pour objet et pour effet de barrer l'accès du marché aux messageries effectivement ou potentiellement concurrentes et de renforcer leur propre position dominante par des moyens dépassant l'exercice d'une concurrence par les mérites.

Ces pratiques sont d'autant plus graves qu'elles tendaient à porter une atteinte durable au marché. En effet, l'ensemble NMPP/TP ne faisant face qu'à un seul concurrent, ces pratiques faisaient courir le risque d'un rétablissement de la position monopolistique des NMPP. Il convient de rappeler que les MLP ont repris, entre 1993 et 1996, la distribution de leurs titres qu'elles confiaient jusqu'alors aux NMPP. Les pratiques constatées en l'espèce ayant débuté en 1999, l'éviction des MLP par les NMPP aurait nécessairement eu une valeur d'exemple dissuadant toute tentative ultérieure visant à offrir aux éditeurs une offre concurrente sur le marché de la distribution de la presse.

La durée des pratiques est un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de la pratique : la prime de fidélité et la bonification exceptionnelle ont été respectivement mises en place en juillet 1999 et juin 2000 et ont été suspendues par le Conseil de la concurrence en décembre 2003. Cependant, les pratiques de fidélisation se sont poursuivies après cette date, puisque la clause de résiliation introduite en octobre 2003 dans les contrats d'avance sur recettes n'a été supprimée qu'en octobre 2004. Il conviendra cependant de prendre en compte, à la décharge des entreprises, le fait que cette clause de résiliation n'a jamais été appliquée.

Les faits relevés sont d'autant plus graves qu'ils ont contredit une déclaration qu'avaient jointe les représentants des NMPP au Conseil de la concurrence, lors de la séance du 14 décembre 2004 consacrée à l'examen de la demande de mesures conservatoires des MLP, enregistrée sous le numéro 04/0065 M. Ils avaient en effet indiqué que « *la clause, par laquelle les éditeurs s'engageaient à ne résilier aucun de leurs contrats pendant un délai de 12 mois à compter du remboursement intégral de l'avance consentie, n'a été introduite dans les contrats d'avances sur recettes que durant trois mois* » (voir paragraphe 0). Or les faits rappelés au paragraphe 0 contredisent cette affirmation : cette clause a été introduite durant plus d'un an.

3. Sur l'importance du dommage à l'économie

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

Les NMPP et TP évaluent, pour l'ensemble des messageries, le montant annuel des contributions éditeurs à 750 millions d'euros au plus sur la période considérée. En 2004, le chiffre d'affaires cumulé des NMPP et de TP au titre de la distribution de la presse vendue au numéro s'est élevé à 626,3 millions d'euros HT, dont environ 463 millions rétrocédés aux déposataires et aux diffuseurs, soit un chiffre d'affaires net de 163,3 millions pour l'ensemble NMPP/TP.

Concernant la durée des pratiques, la prime de fidélité a été mise en place en juillet 1999 et la clause de résiliation introduite dans les contrats d'avance sur recettes a perduré jusqu'en octobre 2004, soit vingt-et-un trimestres. La prime de fidélité a été mise en œuvre durant dix-huit trimestres, la bonification exceptionnelle durant quatorze trimestres et l'introduction de la clause de résiliation dans les contrats d'avance sur recettes a duré quatre trimestres.

Concernant les effets des pratiques, il ressort de l'analyse des transferts entre l'ensemble NMPP/TP et les MLP (voir paragraphe 0) qu'en ce qui concerne les titres existants, et non les titres nouvellement apparus dans le secteur de la presse, les transferts entre les deux messageries se sont faits au profit de l'ensemble NMPP/TP entre 2001 et 2004 alors qu'avant et après cette période, la situation a été favorable aux MLP. Ces éléments font apparaître que le développement des MLP sur les titres déjà présents dans le secteur de la presse a été réduit entre 2001 et 2004.

Concernant la clause de résiliation dans les contrats d'avance sur recettes, les parties considèrent que le nombre insignifiant d'éditeurs concernés par les avances sur recettes en 2003 et 2004 (pour les NMPP : 25 éditeurs sur 779 adhérents en 2003, 21 éditeurs sur 808 adhérents en 2004 ; pour TP : 11 éditeurs sur 177 adhérents en 2003, 12 éditeurs sur 177 adhérents en 2004) et le volume minime que ces avances représentent excluent qu'une quelconque atteinte sensible au fonctionnement de la concurrence sur le marché puisse être constatée.

Mais les effets de la clause de résiliation introduite dans les contrats d'avance sur recettes ne sauraient être analysés de façon isolée. En effet, l'instauration de cette clause est une composante de la pratique mise en œuvre par l'ensemble NMPP/TP afin de fidéliser les éditeurs. L'appréciation des effets doit porter sur l'abus, tel que retenu par le grief n° 2. La clause de résiliation a participé, avec la prime de fidélité et la bonification exceptionnelle à fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

Les parties mises en cause affirment que les pratiques incriminées étaient des remises dont l'effet était de réduire les prix, non de les augmenter. Elles font valoir qu'elles n'ont aucunement amputé le surplus des éditeurs et n'ont pas non plus augmenté le surplus des NMPP et de TP.

Mais, le surplus de consommateurs aurait été plus élevé en l'absence des pratiques fidélisantes. En effet, si les montants alloués aux remises fidélisantes avaient été consacrés à une réduction générale de tarif n'induisant, elle, aucun effet fidélisant, la concurrence aurait pu s'exercer normalement sur le marché. Les éditeurs auraient alors bénéficié de sommes équivalentes aux remises constatées et n'auraient pas été limités dans leurs possibilités de choix, situation conduisant de fait à un surplus supérieur.

4. Sur la réitération de pratiques anticoncurrentielles

Dans sa décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007, le Conseil a indiqué que « *la réitération des pratiques est depuis longtemps considérée par le Conseil de la concurrence comme une circonstance aggravante justifiant une élévation de la sanction notamment au regard de l'objectif de dissuasion que poursuit sa politique de sanctions* ». Ainsi qu'indiqué au paragraphe 0, l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi NRE de 2001, qui en a fait un critère explicite de détermination du montant des sanctions, est applicable dans la présente affaire pour des pratiques initiées en 1999 mais qui se sont poursuivies au-delà de 2001. Le régime *sui generis* de la réitération au sens du droit français de la concurrence exige, pour en apprécier l'existence, que quatre conditions soient réunies. Il faut :

- en premier lieu, qu'une précédente infraction au droit de la concurrence ait été constatée avant la commission des nouvelles pratiques ;
- en deuxième lieu, que ces dernières soient identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant fait l'objet du précédent constat d'infraction ;
- en troisième lieu, que ce dernier soit devenu définitif à la date à laquelle le Conseil de la concurrence statue sur les nouvelles pratiques ;
- en quatrième lieu, que le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et la commission des nouvelles pratiques soit pris en compte pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence.

Dans sa décision n° 87-D-08 précitée, le Conseil de la concurrence a constaté que les NMPP et la SAD avaient mis en œuvre des pratiques contraires aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, devenu article L. 420-2 du code de commerce en établissant un lien entre, d'une part, la procédure de création et de mutation des points de diffusion de la presse et, d'autre part, l'acquisition auprès d'elles de mobiliers d'agencement.

Dans sa décision n° 03-D-09 précitée, le Conseil de la concurrence a établi que les NMPP avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce en abusant, sur le marché connexe de l'attribution des concessions de diffusion de presse, de la position dominante qu'elles détiennent

sur le marché de la distribution de la presse, par des pratiques discriminatoires constituées, d'une part, par l'élaboration d'un barème de rémunération des distributeurs de presse ayant le statut de concessionnaire du domaine public, fondé sur des critères non justifiés qui ont favorisé la société Relais H, filiale de son actionnaire à 49 %, au détriment de ses concurrentes, et, d'autre part, par la mise en place, au sein du réseau de distribution spécifique aux Relais H, d'un dispositif particulier à l'approvisionnement des aéroports parisiens, dont le surcoût est supporté par les NMPP, procurant ainsi un avantage concurrentiel à Relais H dans le renouvellement des concessions d'aéroports.

Ces deux décisions n'ont pas fait l'objet de recours dans les délais légaux et sont donc devenues définitives. Suivant les critères rappelés au paragraphe 0, elles doivent donc être prises en compte au titre de la réitération. La décision n° 03-D-09 datant du 14 février 2003, la réitération de l'infraction constatée par cette dernière décision ne peut être prise en compte que pour les faits postérieurs à cette date.

Les pratiques abusives constatées dans la présente décision sont similaires, par leur objet, aux infractions déjà constatées. Il y a donc lieu de considérer que les NMPP ont réitéré des pratiques anticoncurrentielles, et d'augmenter la sanction de 30 % par rapport à celle qui aurait été normalement infligée.

5. Sur la situation particulière des mis en cause et les sanctions

Les NMPP et TP, seules sociétés à prendre en charge la distribution des quotidiens, qui est une activité déficitaire, connaissent une situation financière difficile qui doit être prise en compte au titre de leur capacité contributive.

Les NMPP ont enregistré, en 2007, une perte de 29 millions d'euros, du fait des provisions qui ont été constituées pour financer le plan social mis en œuvre dans le cadre du plan « Défi 2010 ». Elles enregistrent des résultats déficitaires ou faiblement positifs depuis plusieurs années. TP a réalisé un bénéfice de 39 545 euros en 2007 et une perte de 1,33 millions d'euros en 2006.

Compte tenu des éléments généraux et individuels indiqués ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP) une sanction de 2 400 000 euros et d'infliger à la Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse une sanction de 650 000 euros.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne et la Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE en mettant en place des pratiques fidélisantes constitutives d'un abus de leur position dominante.

Article 2 : L'autre grief notifié n'est pas établi.

Article 3 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP) une sanction de 2 400 000 euros ;
- à la Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse une sanction de 650 000 euros.

Délibéré sur le rapport oral de M. Lesur, par Mme Perrot, vice-présidente, présidente de séance, Mme Aubert, vice-présidente, Mmes Mader-Saussaye et Xueref, M. Dalin, membres.

La secrétaire de séance,

La vice-présidente,

Véronique Letrado

Anne Perrot