

13

**La cour d'appel de Bruxelles, 9<sup>ème</sup> chambre,**

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2012/MR/5

R. n° : 2013/ 6850

N° : 2311 *Q*

**Arrêt définitif**  
*Confirmation*

**Concurrence  
économique – abus de  
position dominante –  
rabais fidélisant –  
application de l'article  
102 TFUE.**

**EN CAUSE DE :**

**PRESSTALIS S.A.S.**, société de droit français dont le siège social est établi à 75931 Paris, cedex 19 (France), rue Raoul Wallenberg, 30, inscrite au registre du commerce et des sociétés français sous le numéro d'identification 529.326.050,

Requérante,

✓ représentée par Maître Luc Gyselen, avocat à 1000 Bruxelles, rue du Marquis, 1,

**EN PRESENCE DE :**

✓ **1.- TONDEUR DIFFUSION**, société anonyme dont le siège social est établi à 1070 Bruxelles, avenue Franz Van Kalken, 9, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0403.542.368,

Intervenante volontaire,

✓ représentée par Maître Maurice Krings, avocat à 1030 Bruxelles, boulevard Lambertmont, 304,

plaideur : Maître Gil Knops,

**2.- LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, dont les bureaux sont établis à 1000 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 16,

**3.- LE MINISTERE DES AFFAIRES ECONOMIQUES**, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, rue Brederode, 9.

qui ne comparaissent pas.

27 -09- 2013

*Concurrence  
Economique*

### I.- DECISION ENTREPRISE

Le recours est dirigé contre la décision rendue contradictoirement le 30 juillet 2012 par le Conseil de la concurrence.

Il n'est produit aucun acte de notification de cette décision.

### II.- PROCEDURE DEVANT LA COUR

Le recours est formé par requête, déposée par Presstalis au greffe de la cour, le 28 août 2012.

Tondeur Diffusion intervient volontairement à la cause, par requête déposée au greffe de la cour le 18 septembre 2012.

La procédure est contradictoire, ayant été mise en état sur la base de l'article 747 du Code judiciaire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

### III.- FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

1. Le 7 février 2003, Tondeur Diffusion dépose plainte entre les mains du Conseil de la concurrence contre la société AMP dont le siège est situé à 1000 Bruxelles, rue de la Petite Ile, 1 pour abus de position dominante.

Les conclusions de cette plainte sont ainsi libellées :

*« A.M.P. abuse de sa position dominante en imposant notamment des conditions anormales aux autres opérateurs sur ce marché concerné. La S.A. A.M.P. use de la position dominante qu'elle détient sur le marché belge de la distribution afin d'étendre cette position dominante sur le marché de la diffusion.*

*L'opérateur indépendant TONDEUR DIFFUSION se voit interdire la possibilité de distribuer en direct les titres de presse dont il a la distribution, aux points de vente des circuits où la distribution de la presse est contrôlée par A.M.P.*

*TONDEUR DIFFUSION est ainsi contraint de renoncer à une part de son activité de distribution de presse et de confier la distribution physique de la presse à son concurrent A.M.P.*

*Ceci constitue un usage abusif de la position dominante d'A.M.P.*

27-09-2013

parce que :

- le coût exigé par A.M.P. pour effectuer la distribution des titres de presse du portefeuille de TONDEUR DIFFUSION est hors de proportion avec l'économie de coût qui en résulte pour cette dernière, ce qui a pour conséquence d'affaiblir économiquement TONDEUR DIFFUSION et ce qui rend le coût de la distribution physique assurée par A.M.P. prohibitif pour TONDEUR DIFFUSION ;
- A.M.P. atteint la crédibilité de TONDEUR DIFFUSION en faisant savoir dans le monde des éditeurs que A.M.P. réalise en fait une partie importante du travail de TONDEUR DIFFUSION et que ce dernier n'est pas en mesure de contrôler la sélection et la présentation des titres de presse dans tous les points de vente où A.M.P. est fournisseur exclusif, ce qui vise clairement à attirer ces éditeurs à A.M.P. au détriment de TONDEUR DIFFUSION.

*En cherchant à étendre sa position dominante de distributeur sur le marché de la vente au détail, A.M.P. cherche à affaiblir la position concurrentielle de son unique réel concurrent sur le marché belge et vise à le faire disparaître.*

*Si A.M.P. arrive à ses fins, elle aura réussi à créer un monopole sur le marché de la distribution de la presse périodique en Belgique. Si ce monopole est un jour établi, les éditeurs de presse périodique (belges ou étrangers) n'auront plus qu'un seul distributeur qui aura toute liberté pour leur imposer ses prix et conditions ».*

Dans le corps de sa plainte, Tondeur Diffusion met, notamment, en exergue les liens qui unissent AMP avec d'autres sociétés du groupe Hachette qui est le premier éditeur de presse magazine dans le monde, dont la société NMPP (actuellement dénommée Presstalis), laquelle accorde aux éditeurs français une bonification d'exclusivité de 2,5 % sur le prix de vente public, dénommée BSC, à la condition qu'ils lui confient l'exclusivité de la distribution de leurs titres sur la Belgique (par l'intermédiaire d'AMP), la Suisse et le Canada; ainsi, si Tondeur Diffusion veut contracter avec ces éditeurs, elle doit compenser sur le seul marché belge les conditions que NMPP accorde aux éditeurs sur trois marchés, ce qui affaiblit sa rentabilité.

2. Le 28 avril 2009, le service de la Concurrence adresse à l'Autorité de la concurrence française – qui avait été chargée, en sa qualité d'autorité la mieux placée, de l'instruction de la bonification BSC eu égard à l'existence de plaintes similaires à la Commission européenne et à l'Autorité de la concurrence française – un courrier pour lui demander l'accès au dossier, ce qui lui a été accordé.

Le 31 décembre 2010, l'Auditeur dépose un rapport motivé auprès du Conseil de la concurrence. Il y conclut qu'aucune des pratiques de AMP (ou des entités contrôlées par celle-ci) ne peut être qualifiée d'abus. En revanche, il propose au Conseil de la concurrence de constater un abus de position dominante dans le chef de Presstalis pour avoir offert du 1<sup>er</sup> avril 2000 au 30 octobre 2004

27-09-2013

la bonification BSC aux éditeurs français qui avait été, entretemps, retirée le 30 octobre 2004.

Par la décision attaquée, le Conseil de la concurrence conclut que :

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

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

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

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

Sur la base de ces conclusions, le Conseil de la concurrence inflige à Presstalis une amende de 245.530,00 €, soit 10% des commissions perçues par elle pour l'exportation des revues vers la Belgique au cours de l'année 2003 qui est la dernière année complète de l'infraction.

27 -09- 2013

#### IV.- DISCUSSION

3. A l'appui de son recours, Presstalis développe trois moyens, à savoir :

- le délai de prescription prévu à l'article 88 § 2 LPCE a expiré le 6 février 2008 sans avoir été interrompu par des mesures d'instruction de l'Auditeur ;
- il n'y a pas eu d'abus d'une position dominante dans le chef de

Presstalis au sens de l'article 3 LPCE pour au moins deux raisons :

- absence d'un abus de position dominante sur un marché concerné en Belgique ;
  - caractère non-restrictif de concurrence de la bonification BSC ;
- en imposant une amende à Presstalis, le Conseil méconnaît les termes de l'article 86 § 1 LPCE selon lequel l'amende doit être calculée sur la base d'un chiffre d'affaires réalisé « sur le marché national ».

#### 1.- Sur la prescription

4. Presstalis invoque l'article 88 § 2 de la LPCE qui dispose que :

*« Le délai de prescription en ce qui concerne la procédure d'instruction et de décision est de cinq ans à partir de la date visée au § 1<sup>er</sup> [à savoir la date de la décision de l'auditorat de procéder à une instruction d'office ou d'une plainte].*

*Le délai ne sera interrompu que par des actes d'instruction ou de décision faits dans le délai déterminé à l'alinéa 1<sup>er</sup> ou par une demande motivée adressée au conseil par le plaignant ou le demandeur ; ces actes font courir un nouveau délai d'égale durée ».*

Elle soutient que le premier acte d'instruction la concernant a été posé le 28 avril 2009, le jour où le Conseil de la concurrence a demandé à l'Autorité de la concurrence française de pouvoir avoir accès au dossier ouvert par elle à propos, notamment, de la bonification BSC. Cet acte ayant été posé plus de cinq ans après le dépôt de la plainte de Tondeur Diffusion qui remonte au 7 février 2003, les faits doivent être considérés comme prescrits.

5. En procédure pénale, il est admis qu'un acte interruptif produit ses effets même à l'égard des personnes qui n'y sont pas impliquées (art. 22 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle). Il en résulte que l'acte d'instruction ou de poursuite accompli à l'égard d'un des inculpés ou prévenus interrompt la prescription également à l'égard des autres inculpés ou prévenus lorsqu'il s'agit du même fait ou de faits instruits ou jugés ensemble entre lesquels il existe un lien de connexité intrinsèque. De même, l'interruption de la prescription de l'action publique s'étend à toutes les infractions connexes qui ont été instruites ensemble et qui sont rattachées intimement les unes aux autres par les liens d'une connexité intrinsèque (H. Bosly, D. Vandermeersch, M.-A. Beernaert, *Droit de la procédure pénale*, La Chartre 2010, p. 193). Ces principes

27 -09- 2013

généraux s'appliquent également en ce qui concerne la prescription prévue dans la LPCE.

Par ailleurs, l'article 13 du Règlement (CE) 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité dispose que lorsque plusieurs Etats membres sont saisis d'une plainte ou agissent d'office à l'encontre d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure.

Or, il résulte du dossier de l'instruction du Conseil de la concurrence que l'Autorité de la concurrence française a poursuivi l'instruction en tant qu'autorité de la concurrence la mieux placée et a posé, entre 2004 et 2008, de nombreux actes d'instruction à charge de Presstalis, concernant les faits qui lui sont reprochés, notamment la bonification *BSC* visée dans la plainte de Tondeur Diffusion, lesquels ont eu pour effet d'interrompre la prescription.

Il est donc inexact de soutenir, comme le fait Presstalis, qu'entre le 7 février 2003 et le 6 février 2008 aucun acte d'instruction utile ne serait intervenu. Il est de même sans incidence que ces actes ont été posés à l'égard de Presstalis et pas de AMP contre laquelle la plainte a été déposée puisque l'interruption de la prescription vaut à l'égard de tous les prévenus et inculpés et de toutes les infractions connexes, ce qui est le cas en l'espèce.

6. Par courrier du 22 octobre 2004, Presstalis annonce en ces termes la refonte de son barème *Export* :

*« Dans le cadre de la refonte du barème dont l'étude est en cours, et dans l'optique d'une simplification de ce barème, les NMPP ont décidé la suppression de cette bonification et ce dès la période courant de novembre 2003 à octobre 2004. Elle sera remplacée avec effet au 1<sup>er</sup> novembre 2003 par une remise exceptionnelle sur la Belgique, la Suisse et le Canada, versée sur les CRD d'octobre 2004 selon les mêmes règles de calcul que la bonification, mais étendue à toutes les publications dans ces pays sans exception ni condition ».*

27 -09- 2013

Il n'empêche que la bonification incriminée a été promise par Presstalis du 1<sup>er</sup> avril 2000 au 31 octobre 2004 et a eu une influence sur le marché pendant toute cette période. Il s'agit donc d'une infraction continue.

Or, l'article 88 § 3 de la LPCE dispose que le délai de prescription en ce qui concerne l'imposition d'amendes [ce qui est le cas en l'espèce] est de cinq ans, lequel court à compter du jour où l'infraction a été commise, étant précisé que pour les infractions continues ou répétées il ne court qu'à dater du jour où l'infraction a pris fin. Une disposition identique est prévue à l'article 88 §1<sup>er</sup> de la

LPCE. Celle-ci a pris fin par la lettre du 22 octobre 2004 aux termes de laquelle il a été renoncé à la condition de *bundling*.

A supposer qu'il ne faille prendre en considération que l'acte d'instruction posé le 28 avril 2009, il convient d'observer que celui-ci a donc interrompu le premier délai de prescription qui expirait cinq ans après le 22 octobre 2004, soit le 22 octobre 2009 et a fait courir à partir du 28 avril 2009, un second délai d'une même durée. De plus, le délai visé à l'article 88 § 3 de la loi est interrompu par tout acte d'une autorité de concurrence d'un Etat membre visant à l'instruction ou à la poursuite de l'infraction, s'agissant de l'application des articles 81 et 82 du traité, ce qui est également le cas en l'espèce.

Il se déduit de tout ce qui précède que la décision du Conseil de la concurrence d'imposer une amende à Presstalis n'est pas intervenue au-delà du délai de prescription.

## 2.- Sur l'abus de position dominante

### A.- SUR LE MARCHÉ CONCERNE EN BELGIQUE

7. Presstalis soutient que l'article 3 de la LPCE ne peut être appliqué en l'espèce, dans la mesure où elle n'a posé aucun acte pouvant être qualifié de pratique abusive sur le marché *belge* sur lequel elle est absente. Elle affirme n'être présente que sur le marché français de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro vers d'autres pays et en déduit qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de sanctionner une pratique qui aurait eu lieu en dehors de la Belgique.
8. Presstalis est active sur le marché français de la distribution de la presse d'origine française ainsi que sur le marché de l'exportation de cette même presse dans le monde, dont la Belgique, lequel est seul en cause dans la présente procédure. Elle offre ses services aux éditeurs de presse français et c'est à ce titre qu'elle leur a consenti une remise annuelle de 2,5% s'ils lui confiaient la totalité de leurs exportations sur la Belgique, la Suisse et le Canada. Presstalis détient une position dominante sur le marché en cause, avec 90% de parts de marché. Ses concurrents sont Export Press avec 4%, les autres 6% sont détenus par les éditeurs qui exportent directement leurs titres.

Tant Presstalis que Tondeur Diffusion s'accordent pour considérer que l'importateur des revues en Belgique est AMP, étant cependant

27 -09- 2013

précisé que les éditeurs restent propriétaires de celles-ci et que les différents intervenants dans la chaîne de distribution jusqu'au consommateur final (exportateur, importateur, distributeur et détaillant) ne sont rémunérés que par des commissions sur le prix de vente public qui est fixé par l'éditeur. AMP distribue ces revues aux magasins de détail, dont la chaîne *Press Shop* qu'elle contrôle.

Tondeur Diffusion est, quant à elle, active sur le marché de la distribution de la presse périodique en Belgique et est un concurrent direct d'AMP. Elle se fournit soit directement auprès des éditeurs soit par l'intermédiaire d'Export Press (cf. son schéma, p. 3 de ses conclusions).

9. A les supposer établis, les faits reprochés à Presstalis affectent sensiblement le commerce entre les Etats membres, dès lors qu'ils s'inscrivent dans un vaste processus de vente d'articles de presse d'origine française à destination de consommateurs belges. Au demeurant, il n'est pas contesté que le marché géographique sur lequel Presstalis est active est le marché mondial.

Or, en vertu de l'article 3 du Règlement 1/2003, la cour est tenue d'appliquer l'article 102 du TFUE, qui dispose que :

*« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.*

*Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:*

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*
- c) 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,*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».*

Il y a donc lieu de prendre en considération le marché intérieur (ou une partie substantielle de celui-ci, à savoir la France et la Belgique) et ne pas se limiter au seul marché belge concerné.

10. S'il est vrai que la bonification *BCS* a été accordée par Presstalis aux éditeurs français dans le cadre du marché mondial de l'exportation de la presse d'origine française pour la vente au numéro – sur lequel Tondeur Diffusion n'est pas présent – il convient cependant d'examiner les marchés spécifiques qui sont

27 -09- 2013



affectés par cette bonification.

Dans son arrêt *TeliaSonera C-52/09* du 17 février 2011, la C.J.U.E. a en effet jugé que :

« 84 (...) l'article 102 TFUE ne comporte aucune indication explicite en ce qui concerne les exigences afférentes à la localisation de l'abus sur les marchés de produits. Ainsi, le champ d'application matériel de la responsabilité particulière pesant sur une entreprise dominante doit être apprécié au regard des circonstances spécifiques de chaque espèce, démontrant un affaiblissement de la concurrence (arrêt *Tetra Pak/Commission*, 14 novembre 1996, C-333/94, point 24).

85 Il s'ensuit que peuvent être qualifiés d'abusifs certains comportements sur des marchés autres que les marchés dominés et qui ont des effets soit sur ces derniers, soit sur les marchés non dominés eux-mêmes (voir, en ce sens, arrêt *Tetra Pak/Commission*, précité, point 25).

86 En effet, si l'application de l'article 102 TFUE présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif, qui n'est normalement pas présent lorsqu'un comportement sur un marché distinct du marché dominé produit des effets sur ce même marché, il n'en demeure pas moins que, s'agissant de marchés distincts, mais connexes, des circonstances particulières peuvent justifier une application de l'article 102 TFUE à un comportement constaté sur le marché connexe, non dominé, et produisant des effets sur ce même marché (voir, en ce sens, arrêts du 3 octobre 1985, *CBEM*, 311/84, Rec. p. 3261, point 26, et *Tetra Pak/Commission*, précité, point 27).

87 De telles circonstances peuvent exister lorsque les comportements d'une entreprise verticalement intégrée en position dominante sur un marché en amont consistent à essayer d'évincer les concurrents au moins aussi efficaces sur le marché en aval, notamment par la compression des marges de ceux-ci. De tels comportements sont en effet susceptibles, en raison notamment des liens étroits entre les marchés concernés, d'avoir pour effet d'affaiblir la concurrence sur le marché en aval.

88 Au demeurant, dans une telle situation, en l'absence de toute autre justification économique objective, de tels comportements ne peuvent s'expliquer que par l'intention de l'entreprise dominante d'empêcher le développement de la concurrence sur le marché en aval et de renforcer sa position, ou même de conquérir une position dominante, sur celui-ci par le recours à des moyens différents de ses mérites propres.

89 Par conséquent, le caractère abusif d'une pratique tarifaire mise en place par une entreprise verticalement intégrée en position dominante sur le marché de gros des prestations RNA intermédiaires et aboutissant à la compression des marges des concurrents de cette entreprise sur le marché de détail des prestations de connexion à haut débit aux clients finals ne dépend pas de l'existence d'une position

27 -09- 2013

*dominante de cette entreprise sur ce dernier marché. »*

Le Conseil de la concurrence a constaté que :

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

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

Le Conseil de la concurrence estime que les marchés sur lesquels Presstalis et Tondeur Diffusion sont présents respectivement sont étroitement liés puisqu'ils se situent dans la même chaîne de distribution en amont et en aval, le marché belge de la distribution étant le destinataire des exportations et étant dès lors le marché affecté par la pratique dénoncée.

La cour partage cette opinion qui n'est d'ailleurs pas critiquée en soi par Presstalis qui soutient principalement que le Conseil de la concurrence n'a pas démontré à suffisance de droit que la bonification BSC avait soit pour objet soit pour effet de favoriser AMP et d'évincer Tondeur Diffusion ou la société Imapresse (autre concurrent belge de AMP) du marché de la distribution locale en Belgique. Ces considérations sont étrangères à la question de l'affectation du marché belge. Elles ne concernent que la question du caractère restrictif ou non de la concurrence de la pratique dénoncée qui sera examinée ci-après.

11. Il s'en suit que le moyen en défense de Presstalis, en sa première branche, n'est pas fondé.

27 -09- 2013

B.- SUR LE CARACTERE NON RESTRICTIF DE CONCURRENCE DE LA BONIFICATION

12. A l'appui de son moyen en défense aux termes duquel la bonification *BSC* n'avait aucun caractère restrictif de la concurrence Presstalis fait valoir les arguments suivants:

- les éditeurs français pouvaient parfaitement faire appel à Tondeur Diffusion pour la distribution locale de leurs titres en Belgique, sans perdre la bonification *BSC* ;
- il n'est pas établi que la bonification avait pour but de favoriser AMP ;
- il résulte des réponses aux demandes de renseignements de l'Auditeur que la bonification *BSC* n'a eu aucune incidence sur leur choix du distributeur local ;
- Tondeur Diffusion n'a pas été capable d'indiquer quels éditeurs l'auraient quittée ou exigé une compensation financière à la bonification *BSC* ;
- un certain nombre d'éditeurs – comme Bayard Presse – ont exporté leurs titres vers la Belgique sans passer par Presstalis, mais ont néanmoins choisi AMP comme distributeur local, ce qui démontre que la bonification *BSC* n'a pas influencé leur choix et que celui-ci n'était dicté que par la qualité des services fournis par AMP.

S'appuyant sur la Communication de la Commission 2009/C 45/02 « *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes* », Presstalis fait valoir également que le Conseil de la concurrence ne pouvait constater l'existence d'un abus dans son chef que sur la base de preuves solides et convaincantes et à la condition que son comportement abusif présumé risquait de produire une éviction anticoncurrentielle. Elle soutient que le Conseil de la concurrence aurait, dès lors, dû démontrer que la bonification *BSC* était réellement susceptible de produire des effets d'éviction sur le marché de la distribution locale en Belgique ; ensuite, à supposer que tel était le cas, il aurait dû examiner s'il existait une justification objective pour appliquer cette bonification *BSC*, ce qu'il n'a pas fait.

27 -09- 2013

13. Afin d'établir le caractère abusif d'une pratique, l'effet anticoncurrentiel de celle-ci sur le marché doit exister, mais il ne doit pas être nécessairement concret, étant suffisante la démonstration d'un effet anticoncurrentiel potentiel de nature à évincer les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise en position dominante. En effet, lorsqu'une entreprise dominante met

effectivement en œuvre une pratique tarifaire, laquelle, aboutissant à la compression des marges de ses concurrents au moins aussi efficaces, vise à évincer ceux-ci du marché concerné, la circonstance que le résultat escompté, à savoir l'exclusion de ces concurrents, n'est pas, en définitive, atteint ne saurait écarter la qualification d'abus au sens de l'article 102 TFUE. Il appartient à la cour d'examiner si la pratique tarifaire était susceptible d'entraver l'exercice des activités des concurrents au moins aussi efficaces qu'elle-même sur le marché concerné (C.J.U.E. 17 février 2011, *loc. cit.* points 64 à 67).

Par ailleurs, il est de jurisprudence constante qu'un rabais de fidélité qui est octroyé en contrepartie d'un engagement du client de s'approvisionner exclusivement ou quasi exclusivement auprès d'une entreprise en position dominante est contraire à l'article 102 TFUE en raison de l'effet de forclusion qu'il entraîne. Un tel rabais tend, en effet, à empêcher par la voie d'avantages financiers l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents (Trib. UE, T-115/06 9 septembre 2010, *Tomra*, confirmé par C.J.U.E. 19 avril 2012, C-549/10 qui rappelle que « dans les cas où une entreprise occupant une position dominante fait usage d'un système de rabais, la Cour a jugé que ladite entreprise abuse de cette position lorsque, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, elle applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un régime 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 pour la totalité ou une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante (voir arrêts du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, 85/76, Rec. p. 461, point 89, et du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 71). À cet égard, il convient d'apprécier l'ensemble des circonstances, notamment les critères et les modalités de l'octroi de rabais, et d'examiner si ces rabais tendent, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée (voir arrêt *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, précité, point 73). »

27 -09- 2013

Or, il résulte du dossier de l'instruction et des constatations du Conseil de la concurrence que :

- il est difficile de qualifier la bonification BSC autrement que comme un rabais fidélisant, dans la mesure où elle visait à encourager les éditeurs à confier à Presstalis la totalité de leurs titres pour les trois plus grands marchés d'exportation,

- d'autant qu'elle s'ajoutait aux bonifications existantes et qu'elle n'était accordée qu'une fois l'an sur l'exercice précédent ; aucune justification objective du contraire n'est apportée par Presstalis ;
- s'il est vrai qu'un éditeur ne souhaitant pas recourir aux services de Presstalis pour l'exportation de ses titres vers la Belgique ne perdait pas le bénéfice de la bonification *BSC*, il résulte néanmoins du contrat conclu entre Presstalis et AMP qu'il fallait que l'éditeur entreprenne une démarche proactive et explicite pour confier la distribution de ses publications à un concurrent d'AMP, à défaut de quoi la distribution était automatiquement faite par AMP ; l'usage de la méthode *opt out* démontre qu'il existait une relation privilégiée entre Presstalis et AMP visant clairement à favoriser celle-ci en lui assurant la clientèle apportée par Presstalis ; il est donc inexact de soutenir que l'existence de liens privilégiés entre AMP et Presstalis est sans incidence dans l'appréciation d'un abus de position dominante ;
  - il n'y avait pas ou peu d'incitants financiers pour les éditeurs de choisir un autre distributeur (cf. démonstration mathématique au point 110 de la décision), sauf à recevoir une commission doublée pour compenser le manque à gagner que représentait pour ces éditeurs la perte de la bonification sur leurs exportations vers la Suisse et le Canada ; pour Tondeur Diffusion, la réduction de sa commission à 48,5%, si elle souhaitait être aussi efficace que Presstalis, n'était pas une contre-stratégie réaliste à long terme ni efficace, dès lors qu'elle ne suffisait qu'à assurer – et encore – qu'un éditeur soit indifférent entre recourir aux services de Presstalis ou de Tondeur Diffusion, mais n'offrait à cette dernière aucun avantage par rapport à son concurrent ; elle était de plus fort coûteuse puisque cette commission de 48,5 % doit être comparée à celle de 53 % qui sera évoquée ci-après ;
  - en revanche, si la bonification *BSC* n'avait pas été d'application, la commission de Tondeur Diffusion aurait pu être de 53%, ce qui lui donnait plus de marges de manœuvre pour avoir un meilleur accès aux éditeurs français ;
  - Presstalis n'a pas apporté d'éléments concrets justifiant pourquoi l'octroi de la bonification *BSC* était conditionné par l'exportation conjointe des titres vers la Belgique, la Suisse et le Canada ; à cet égard, la justification économique tendant à réaliser des économies d'échelle et de stimuler les ventes dans ces trois pays n'est pas pertinente, eu égard au faible taux des exportations dans le chiffre d'affaires total de Presstalis et au caractère bien distinct des frais d'exportation dans les trois pays concernés ;
  - il n'apparaît pas que la bonification *BSC* a entraîné une hausse du volume d'activité.

27-09-2013

Il s'en déduit que c'est à bon droit que le Conseil de la concurrence a estimé qu'il n'existait pas d'éléments suffisamment convaincants pour retenir une justification économique qui pourrait avoir comme conséquence que le système BSC ne devrait pas être considéré comme abusif au sens de l'article 102 TFUE. Aucune des circonstances évoquées au point 12 ci-dessus n'est susceptible de faire obstacle à la conclusion que la bonification BSC n'a pas dans le chef de Presstalis de justification économique autre que l'effet restrictif de concurrence. Pour que cette restriction de concurrence soit déclarée incompatible avec le marché intérieur, il n'est pas nécessaire d'établir que Tondeur Diffusion a été ou a pu être éliminé par l'effet de la pratique dont il est la victime. Il suffit qu'il ait été placé dans une situation économique plus défavorable que son concurrent, auteur de la pratique contestée.

14. Le moyen en défense de Presstalis, en sa seconde branche, n'est pas fondé.

### 3.- Sur l'amende

15. En calculant l'amende sur le chiffre d'affaires généré par l'activité de Presstalis sur l'exportation des revues vers la Belgique, le Conseil de la concurrence a fait une juste application de l'article 102 TFUE.

Dès lors qu'il n'y a, à proprement parler, pas de chiffre d'affaires réalisé en Belgique par Presstalis, puisqu'elle n'est pas présente sur le marché de la distribution en Belgique, mais que le marché à prendre en considération est le marché intérieur ou une partie significative de celui-ci, c'est à bon droit que le Conseil de la concurrence s'est fondé sur le fait que, même si les services ont été rendus aux éditeurs en France, l'infraction a eu un effet sur le marché belge de la distribution qui est le marché destinataire des services prestés.

Il s'en suit qu'il fallait rester le plus près possible du chiffre d'affaires en lien avec l'infraction. Au demeurant, la décision du Conseil de la concurrence est en conformité, au niveau des principes, avec le point 13 des Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 § 2 sous a) du Règlement (CE) 1/2003 (2006/C 210/02) qui prévoit qu'en vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger, la Commission utilisera la valeur des ventes de biens ou services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE (souligné par la cour).

27 -09- 2013

Suivre la thèse de Presstalis reviendrait à lui délivrer un brevet d'impunité au seul motif que l'infraction n'a eu d'effet que sur un marché géographiquement voisin, ce qui ne peut être admis par le droit de l'Union.

16. Quant au taux de 10%, il tient compte de la gravité de l'infraction et de la circonstance que, selon Presstalis elle-même, il n'a été renoncé au système que pour mettre fin au différend qui l'opposait à la Commission européenne (cf. point 129 de la décision entreprise).

Pour le surplus, le montant du chiffre d'affaires concerné n'est pas contesté par Presstalis.

#### V.- DISPOSITIF

Pour ces motifs, la cour,

1. Reçoit le recours mais le dit non fondé.
2. Délaisse à Presstalis les dépens qu'elle a exposés.

Cet arrêt a été rendu par la 9<sup>ème</sup> chambre de la cour d'appel de Bruxelles, composée de :

M. Henry MACKELBERT, conseiller, président f.f. de la chambre,  
Mme Marie-Françoise CARLIER, conseiller,  
M. Marc VAN DER HAEGEN, conseiller suppléant,

qui ont assisté à toutes les audiences et ont délibéré à propos de l'affaire.

Il a été prononcé en audience publique par M. Henry MACKELBERT, président f.f. de la chambre, assisté de Mme Patricia DELGUSTE, greffier, le 27-09-2013

  
P. DELGUSTE

  
M. VAN DER HAEGEN

  
M.-F. CARLIER

  
H. MACKELBERT

27-09-2013