

VERSION PUBLIQUE

AUTORITE BELGE DE LA CONCURRENCE

Auditorat

Décision n° ABC-2017-P/K-25-AUD du 22 juin 2017

***Affaire MEDE-P/K-10/0005 – VZW Vlaamse Federatie van
Persverkopers, VZW Buurtsuper.be, ASBL Prodipresse c/ SA AMP***

I. Procédure

1. Le 2 mars 2010, l'Auditorat du Conseil de la concurrence a reçu une plainte de l'ASBL Prodipresse, VZW Vlaamse Federatie van Persverkopers et VZW Buurtsuper.be à l'encontre d'AMP SA. La plainte concerne une éventuelle violation des articles 2 et 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006, ci-après la LPCE (devenus articles IV.1. et IV.2. du Code de droit économique, ci-après CDE) et des articles 81 et 82 CE (devenus articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE). La plainte a été enregistrée sous la référence MEDE-P/K-10/0005.

2. Dans une lettre transmise le 27 juillet 2010, le conseil d'AMP SA a demandé pour sa cliente de poursuivre l'instruction de l'affaire en français en application de l'article 93, alinéa 3 de la LPCE.

3. L'Auditorat a effectué plusieurs actes d'instruction, entre autres une demande de renseignements adressée à AMP le 7 mai 2013.

4. Le 6 septembre 2013, la Loi portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » dans le Code de droit économique est entrée en vigueur.

5. Le Collège de la Concurrence de l'Autorité belge de la Concurrence a approuvé le 8 novembre 2016, sous conditions, l'opération de concentration par laquelle bpost SA de droit public prenait le contrôle d'AMP SA et LS Distribution Benelux SA. Un des engagements portait sur la limitation de la portée des clauses d'exclusivité contenues dans les contrats conclus par AMP avec les éditeurs belges et étrangers, relatives à la distribution des journaux et périodiques aux points de vente¹ en Belgique.

¹ Doc 61 Beslissing BMA-2016-C/C-32 van 8 november 2016, bpost / AMP en LS Distribution Benelux, verbintenissen 1, p. 191.

6. Par lettre du 15 mars 2017 pour VFP et Buurtsuper et par mail du 3 mai 2017 pour Prodipresse², l'auditeur a été informé que ces sociétés retiraient leur plainte.

7. L'instruction a été menée initialement par Mme Anne Bouillet, attaché, sous la direction de M. Patrick Marchand, auditeur. Suite à l'entrée en vigueur du Code de droit économique, l'Auditeur général a désigné Patrick Marchand, comme auditeur chargé de la gestion journalière de l'instruction, Mme Marielle Fassin comme deuxième auditeur membre de la cellule ainsi que Mr. Cosimo Capiéri comme membre de l'équipe d'instruction.

II. Entreprises concernées

II.1 Parties plaignantes

8. L'**ASBL Prodipresse**, ayant son siège à 1342 Limelette, Avenue Albert 1er, 1 et inscrite auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0862.736.410 (ci-après «Prodipresse») est une association professionnelle ayant pour objet social la défense des intérêts des diffuseurs de presse indépendants établis à Bruxelles et en Wallonie.

9. **VZW Vlaamse Federatie van Persverkopers**, ayant son siège à 2100 Antwerpen, Ruggeveldlaan 522 et inscrite auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0408.317.144 (ci-après "VFP") est une association professionnelle ayant pour objet social la défense des intérêts des diffuseurs de presse indépendants établis en Flandre.

10. **VZW Buurtsuper.be**, ayant son siège à 1000 Bruxelles, Willebroekkaai 37 et inscrite auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0410.339.296 (ci-après « Buurtsuper ») est une fédération professionnelle qui défend les intérêts des commerces de denrées alimentaires indépendants.

II.2 Entreprise faisant l'objet de l'instruction

11. **AMP SA**, dont le siège social est établi à 1070 Anderlecht, route de Lennik 451 et inscrite auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0403.482.188 (ci-après « AMP »).

12. AMP est une société verticalement intégrée qui a pour activité principale la distribution des produits de presse (journaux et périodiques) aux diffuseurs de presse (ci-après les « points de vente »).

13. Elle constitue l'intermédiaire entre, d'une part, les éditeurs, et d'autre part, les points de vente qui vendent les journaux et magazines aux consommateurs.

14. Avant sa reprise fin novembre 2016 par bpost SA³, l'actionnaire principal d'AMP était le groupe Lagardère, une entreprise française active notamment dans le secteur de l'édition des journaux, des périodiques et des livres à l'intérieur et en dehors de l'Europe.

15. Avec la clôture du processus d'acquisition précité, AMP est devenue à partir du 1er décembre 2016 une filiale à part entière de bpost.

² Doc 8bis.

³ Doc 61, Beslissing BMA-2016-C/C-32 van 8 november 2016.

III. Objet de la plainte

16. Les 17 novembre et 1er décembre 2008, AMP a informé les points de vente de son intention d'augmenter à partir du 1er janvier 2009 de 103,04 € (montant indexé de 2008) à 219 €, le forfait minimum mensuel pour les frais d'enlèvement et de retour de fournitures de presse dus par les diffuseurs de presse.

17. En octobre 2009, AMP est passé d'un contrôle aléatoire des exemplaires de presse invendus qui lui sont renvoyés vers un contrôle systématique au moyen d'un outil semi-automatisé, nommé AXON.

18. En novembre 2009, les points de vente ont été avertis par une circulaire d'une modification à partir du 1er décembre 2009 des conditions des retours exceptionnels (retours prématurés et retours des invendus oubliés), équivalente selon les plaignants à une suppression quasi-totale de ces retours exceptionnels.

19. En réaction aux actions d'AMP, les Parties plaignantes ont intenté des actions judiciaires (voir Section V ci-dessous) et porté plainte auprès de l'Autorité belge de la Concurrence.

20. Les Parties plaignantes ont formulé deux griefs à l'encontre d'AMP (traduction officielle)⁴ :

1. *«la distribution exclusive par AMP de tous les journaux belges ainsi que des périodiques nationaux et étrangers les plus vendus (violation de l'article 2, §1 LPCE et de l'article 101 TFUE) ;*
2. *la modification unilatérale et/ou l'application de conditions contractuelles discriminatoires, non équitables ou déraisonnables (violation de l'article 3 LPCE et l'article 102 TFUE), à savoir :*
 - a. *La suppression presque totale du service des retours exceptionnels des invendus ;*
 - b. *L'introduction d'un nouveau système de contrôle et de crédits des invendus ;*
 - c. *Le doublement unilatéral du forfait minimum mensuel pour les frais de transport ;*
 - d. *L'application discriminatoire de la participation aux frais de structure. »*

IV. Recevabilité

IV.1 Champ d'application

21. Dans le cadre de l'analyse de la recevabilité, il suffit d'établir que les faits dénoncés, s'ils étaient établis, seraient susceptibles de constituer une infraction au droit de la concurrence belge et/ou européen.

22. Dans le cas d'espèce, Prodipresse, VFP et Buurtsuper ont introduit une plainte le 2 mars 2010 auprès de l'Auditorat du Conseil de la concurrence conformément aux articles IV.41, §1, 2° du CDE et IV.64 du CDE (ex articles 44, §1, 2° et 62 de la LPCE), dirigée contre AMP. Les griefs formulés par les plaignants tels que repris au point III ci-avant sont effectivement susceptibles de constituer un infraction aux articles IV.1 (1) et IV.2 du CDE ainsi qu'aux articles IV.2 du CDE et 102 TFUE.

⁴ Doc 6, annexe 10.

IV.2 Intérêt direct et actuel

23. L'article 44, §1, 2° de la LPCE ainsi que l'article IV.41, §1, 2° du CDE prévoient l'instruction des affaires par l'Auditorat notamment sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant d'un intérêt direct et actuel en cas d'infraction à l'article IV.1 (1) CDE (ancien article 2 § 1 LPCE) ou IV.2 CDE (ancien article 3 LPCE). A cet égard, il y a lieu d'interpréter la notion d'intérêt direct et actuel au regard de l'article 18 du Code judiciaire qui vise tout avantage matériel ou moral effectif et non théorique que le demandeur peut retirer de la demande qu'il intente au moment où il la forme (cf. décisions de l'Auditorat de l'Autorité belge de la concurrence n° 2013-P/K-35-AUD du 1er octobre 2013, Clear Channel/JC Decaux et 2014-P/K-23-AUD du 2 décembre 2014 Handling CO/Sony Pictures Releasing). La notion d'intérêt né et actuel rejoint celle de l'intérêt requis pour saisir la Commission européenne (cf. décision n° 2013-P/K-35-AUD précitée).

24. Les Parties plaignantes sont des associations et fédération professionnelles chargées notamment de la défense des intérêts professionnels de leurs membres, diffuseurs de presse indépendants à titre principal ou complémentaire. Elles justifiaient d'un intérêt direct et actuel lors du dépôt de leur plainte dans la mesure où les mesures dénoncées portaient directement atteinte aux intérêts de leurs membres.

IV.3 Notion d'entreprise

25. Selon l'article I, 1, 1° CDE, il faut entendre par entreprise « *toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations* ». Concrètement, une entreprise se définit comme une entité qui poursuit de manière durable un but économique au sens large, indépendamment de son statut juridique ou de son mode de financement, et ce même si elle est constituée sous forme d'ASBL, pour autant qu'elle prenne part à une activité économique⁵.

26. AMP doit être considérée comme une entreprise au sens du CDE, au vu de la nature des services qu'elle fournit.

IV.4 Conclusion

27. Compte tenu de ce qui précède, la plainte introduite par Prodipresse, VFP et Buurtsuper est recevable.

V. Les faits de la plainte ayant également donné lieu à des procédures devant les juridictions nationales

28. Parallèlement à leur plainte auprès de l'ABC, les plaignantes ont saisi les juridictions nationales au sujet du deuxième grief, pour ce qui concerne d'une part l'augmentation du forfait minimum mensuel pour les frais d'enlèvement et de retour de fournitures de presse et d'autre part l'introduction d'un nouveau système de contrôle et de crédits des invendus (système Axon). Les procédures intentées et les jugements et arrêts intervenus peuvent être résumés comme suit.

⁵ Voir décision du Président du Conseil de la concurrence, n° 2013-V/M-07 du 5 mars 2013.

29. Augmentation du forfait minimum pour les frais d'enlèvement et de retour de fournitures de presse :

- ❖ saisine le 6 février 2009 du Tribunal de commerce de Bruxelles concernant l'augmentation du forfait minimum mensuel pour les frais d'enlèvement et de retour de fournitures de presse. Un expert judiciaire a été nommé et a déposé son rapport final le 15 octobre 2010. La décision du Tribunal, rendue le 18 mars 2011, a déclaré la demande non fondée⁶. Le Tribunal a estimé qu'il ressort du rapport d'expert qu'une augmentation du montant forfaitaire à 205,01 € par mois est économiquement justifiée de sorte que le montant de 219 € demandé n'est pas disproportionné et qu'il n'en résulte aucun abus de position dominante;
- ❖ arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 mai 2012⁷ (recours contre la décision du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 18 mars 2011 précitée) donnant partiellement raison aux appelants. Selon la Cour d'appel, l'augmentation des frais de port telle qu'elle a été appliquée par AMP est constitutive d'un abus de position dominante. La Cour précise toutefois qu'AMP n'abuse de sa position dominante que dans la mesure où (i) l'augmentation du forfait minimum mensuel excède la somme de 205 EUR sans justification objective, (ii) il n'y a pas de justification objective expliquant la raison pour laquelle AMP a augmenté uniquement le forfait minimum des diffuseurs de presse sans qu'il y ait une augmentation proportionnelle du montant mis à charge des diffuseurs de presse qui paient un pourcentage de leur chiffre d'affaires au titre des frais de port et (iii) il n'y a pas de justification objective expliquant pourquoi les diffuseurs de presse devraient seuls payer la reprise des invendus alors que ces invendus représentent une valeur économique pour les éditeurs ;
- ❖ arrêt de la Cour de Cassation du 26 décembre 2014, qui met à néant la décision de la Cour d'appel du 29 mai 2012 précitée. La Cour a considéré que les juges d'appel n'avaient pas fondé leur décision en droit dès lors que le fardeau de la preuve du coût excessif du transport tertiaire (pour ce qui dépassait 205 €) reposait sur AMP et ce, en dehors des conditions énoncées à l'article 103 § 2 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et la protection du consommateur⁸ ;
- ❖ suite à l'arrêt de la Cour de Cassation précité, la cause a été renvoyée devant la Cour d'appel d'Anvers où l'affaire est toujours pendante.

30. Système Axon :

- ❖ procédure en référé devant le Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles en date du 22 janvier 2010 concernant une demande de retour à l'ancien système de gestion manuelle des invendus, rejetée le 14 juin 2010⁹. Dans son ordonnance, le Président du Tribunal de 1^{ère} Instance de Bruxelles relève que des divergences apparaissent effectivement entre les relevés effectués par les diffuseurs de presse (BIC) et les relevés effectués par AMP après le contrôle (RIC) mais que ces discordances ne proviennent pas nécessairement d'une erreur trouvant son origine dans le contrôle effectué par le système AXON, que les éventuelles erreurs semblent pouvoir être rectifiées dans le cadre d'une réclamation et que les demanderesse ne démontrent pas la

⁶ Doc 20, annexe 4.

⁷ Brussel, 29 mei 2012, *AMP -De Standaard Boekhandel, ProdiPress, VFP, Buurtsuper.be*, nr. 2009/AR/1457-2011/AR1009, TM 2013, afl.2 §63.

⁸ Doc 62.

⁹ Doc 6 annexe 2.

réalité du préjudice financier qu'elles soutiennent subir. En conclusion, le Président du Tribunal estime, au vu de ce qui précède, que l'urgence n'apparaît pas établie de telle sorte que la demande sera déclarée non fondée.

31. Suite à l'arrêt prononcé par la Cour d'appel de Bruxelles le 29 mai 2012 dans le cadre du litige relatif aux frais de port appliqués par AMP aux diffuseurs de presse, AMP a ramené le forfait minimum de 219 € à un équivalent de 205 € indexé.

VI. Description des activités d'AMP

VI.1 Préambule

32. AMP a comme activité principale l'organisation du flux logistique engendré par la distribution des articles de presse non adressés (journaux et magazines) émanant des éditeurs belges et internationaux vers les points de vente presse pour la vente au numéro¹⁰. Ces titres de presse sont livrés à plus de 5.300 points de vente répartis sur l'ensemble du territoire belge¹¹.

33. AMP agit en qualité d'intermédiaire entre les éditeurs belges et étrangers en amont et les diffuseurs de presse (points de vente) en aval.

VI.2 Relations en amont entre les éditeurs et AMP

34. Les relations en amont, entre les éditeurs et AMP, sont régies par des conventions bilatérales. Dans la pratique, les prestations fournies par AMP en faveur des éditeurs sont de trois ordres :

(i) Flux physique

35. Le flux physique des titres de presse englobe quantité de prestations en faveur tant des éditeurs que des points de vente. Ce flux se décompose comme suit : d'amont en aval, il s'agit du transport primaire (de l'éditeur vers le centre national de distribution d'AMP où les titres sont divisés en paquets en fonction des destinataires), du transport secondaire (livraison à destination du centre régional de distribution désigné) et du transport tertiaire (livraison du centre régional vers les points de vente qui ont signé les conditions générales de fourniture de presse avec AMP).

36. A noter qu'aucun transfert de propriété des titres ne s'opère en faveur d'AMP. Les conventions conclues avec les éditeurs énoncent que l'éditeur conserve seul le droit de propriété de son produit de presse durant le déroulement des différentes prestations de services ainsi que la maîtrise et l'autonomie décisionnelles des diverses activités commerciales. De ce fait, tout au long de la chaîne de transport des titres de presse, la maîtrise commerciale et stratégique demeure dans le chef des éditeurs, qui décident souverainement de la quantité de titres qui est livrée aux points de vente.

(ii) Flux administratif et d'informations

37. AMP met à disposition des éditeurs et assure la tenue de fichiers informatiques leur permettant d'avoir un suivi global sur la fourniture de leurs titres et les caractéristiques des points de vente.

¹⁰ AMP assure la distribution d'environ 325 titres de magazines (représentant plus de 700000 exemplaires) et 175 titres de la presse quotidienne (représentant plus de 550000 exemplaires).

¹¹ Les points de vente sont en constante diminution depuis quelques années (de 5759 en 2012 à 5373 en 2015 – voir Doc 40 Réponse AMP 8/12/2015).

(iii) Flux financier et comptable

38. AMP tient, en tant qu'intermédiaire exécutant la stratégie des éditeurs, une facturation adressée aux éditeurs en amont (enregistrement, suivi et traitement des factures de fourniture de l'éditeur et des notes de crédit pour les invendus, facturation aux éditeurs des prestations effectuées par AMP et gestion des paiements à leur date d'échéance).

VI.3 Relations en aval entre AMP et les points de vente

VI.3.1 Préambule

39. En aval, les points de vente qui souhaitent offrir en vente les articles de presse du portefeuille de distribution d'AMP sont tenus de signer les « Conditions générales de fournitures de presse » (ci-après « CGFP »). Les CGFP règlent les nombreux aspects pratiques des relations entre AMP et les points de vente sur différentes questions telles que la participation des points de vente aux frais de port et de structure, les modalités de paiement, les enlèvements et retours des invendus, etc.

40. Les règles des CGFP qui s'avèrent pertinentes pour la présente analyse et les modalités mises en place par AMP en application de ces CGFP sont décrites ci-après.

VI.3.2 Transport tertiaire

41. Les détaillants ayant signé les CGFP peuvent choisir entre deux alternatives pour la fourniture d'articles de presse:

a) Soit le détaillant fait appel à AMP pour le transport tertiaire

Dans ce cas, le point de vente bénéficie des prestations d'AMP, qui incluent la livraison, la gestion des invendus et l'accomplissement de services annexes. La collaboration entre AMP et les points de vente se déroule dans cette hypothèse comme suit :

- AMP livre la presse en bac fermé aux points de vente, accompagné d'une note d'envoi qui énonce de manière exhaustive le nombre de copies que contient ledit bac ;
- AMP reprend en même temps les titres invendus, en principe dans un bac que les points de vente ont scellé ¹²;
- lesdits bacs sont accompagnés d'une déclaration du point de vente sur laquelle figure un relevé exhaustif des titres invendus (« BIC ») ;
- lors du retour des invendus au sein de ses entrepôts, AMP procède à un contrôle de l'exactitude des invendus et émet un relevé des invendus (RIC) qui est ensuite communiqué au point de vente ;
- à la fin de chaque mois, le solde des fournitures de presse du mois est facturé au point de vente déduction faite des invendus.

b) Soit le détaillant préfère procéder à l'enlèvement de la presse dans les centres de tri d'AMP

Les points de vente qui le souhaitent peuvent décider de se passer des services d'AMP pour le transport tertiaire et choisir d'aller chercher les titres de presse au centre régional le plus proche. Dans cette hypothèse, les invendus doivent également être retournés à ses frais par

¹² Depuis 2014, les bacs de magazines sont scellés avec des colsons blancs et les bacs de journaux avec des colsons bleus ce qui permet une meilleure assurance qualité et fiabilité dans le processus de retour.

le point de vente au centre régional. Les points de vente peuvent également décider de recourir à un autre service de livraison ou d'en mettre un en place eux-mêmes collectivement.

VI.3.3 Retour exceptionnel

42. A côté du système de retour journalier expliqué ci-dessus, les points de vente peuvent renvoyer des articles de presse avant ou après la date de rappel prévue par AMP. On parle alors de retour exceptionnel.

43. Le retour exceptionnel peut être utilisé pour de multiples raisons, par exemple lorsque les quantités livrées par AMP sont trop importantes ou que le diffuseur ne désire pas vendre un produit défini.

VI.3.4 Frais et recouvrements supportés par les points de vente

44. Pour garantir le bon déroulement de leur activité « presse », les points de vente peuvent se voir facturer par AMP jusqu'à trois types de frais ou paiement :

- Frais de structure

45. Les points de vente qui n'atteignent pas un certain montant annuel de chiffre d'affaires net calculé sur l'ensemble des fournitures de presse qui leur sont facturées par AMP se voient imputer une « participation aux frais de structure ». Ces frais de structure couvrent :

- la réception par AMP des articles de presse livrés par les différentes maisons d'éditions et imprimeries,
- l'acheminement des articles de presse mentionnés ci-dessus vers différents sites de traitement d'AMP, à savoir son centre de tri national à Mollem ou ses infrastructures régionales, et
- la préparation des différentes livraisons destinées aux diffuseurs de presse.

46. Pour ce service de préparation des livraisons, seuls les points de ventes réalisant un chiffre d'affaires annuel net inférieur à 31.662, 96 EUR payent 69.44 €¹³ indexés. Ces frais de structures ne s'appliquent pas aux autres points de vente, conformément aux CGFP signés entre les parties.

- Frais de port

47. Dans la grande majorité des cas (plus de 90 %), les points de vente optent pour l'option de la livraison et la prise en charge du retour et de leurs invendus par AMP. Pour ce service, AMP facture aux points de vente des « frais de port ». Jusque fin 2008, ces frais de port étaient facturés à hauteur de 0.95% du chiffre d'affaires sur les produits livrés avec un minimum de 103 € indexé, montant porté à 219 € indexé en 2009. Suite à l'arrêt de la Cour d'appel du 29 mai 2012 précité, les frais de ports sont facturés à hauteur de 1,25% avec un minimum fixé à 205 € indexé.

- Paiement des fournitures de presse

48. Les fournitures de presse d'un mois déterminé sont recouvrées auprès des points de vente via le paiement à AMP par domiciliation de trois ou quatre acomptes mensuels. A la fin du mois, chaque point de vente reçoit un relevé de compte sur lequel est indiqué la « facture mensuelle » déjà reçue, les « notes de crédits mensuelles » et les acomptes déjà reçus.

¹³ Doc 1, annexe 5, art. V.2.1. CGFP du 1/01/2004, page 4.

VII. Marché concerné

VII.1 Marché de produits et marché géographique

VII.1.1 Marché de produits

a) Position des plaignantes

49. Les parties plaignantes définissent le marché de produits comme le « *marché de la distribution des journaux nationaux et étrangers et les périodiques aux diffuseurs de presse en Belgique* ». Elles indiquent que cette définition du marché a également été confirmée par le président du Tribunal de commerce de Bruxelles dans son jugement du 10 juin 2009.

b) Position d'AMP

50. La définition du marché concerné est similaire pour AMP, qui indique que le marché sur lequel elle exerce ses activités principales est « le marché de la fourniture ou livraison en Belgique de titres de presse, tels que des magazines, des quotidiens, des hebdomadaires aux points de vente répartis sur l'ensemble du territoire belge »¹⁴.

51. bpost, dans le cadre de la notification auprès de l'ABC de l'acquisition d'AMP en 2016, se réfère à l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 mai 2012 et aux décisions des autorités de la concurrence belge, française et britannique où il est question d'un « *marché de l'organisation logistique de la livraison et de la reprise des articles de presse aux points de vente* ». Dans son arrêt du 29 mai 2012, la Cour établit clairement que les autres formes de diffusion des articles de presse via la livraison porte-à-porte (abonnements) ou via l'internet ne font pas partie de ce marché concerné, en raison de leur mode de distribution spécifique, qui, de par l'organisation logistique, le mode de transport et les coûts de structure, n'est pas comparable à la diffusion par l'intermédiaire des points de vente presse (vente au numéro).

c) Instruction

52. Suite à l'instruction approfondie menée en 2016 par l'auditorat auprès des éditeurs et des autres acteurs du marché dans le cadre de la concentration bpost/AMP, le Collège de la concurrence a retenu dans sa décision du 8 novembre 2016 précitée¹⁵ la définition du marché de produits suivante, « *le marché de l'organisation logistique de la distribution des journaux et périodiques vers les points de ventes pour la vente au numéro* », définition qui est par ailleurs similaire à celles proposées par les différents parties dans le cadre du présent dossier et conforme à la jurisprudence¹⁶.

VII.1.2 Marché géographique

53. Quant à l'étendue géographique du marché de l'organisation logistique de la distribution des journaux et périodiques vers les points de ventes pour la vente au numéro, la quasi-totalité des intervenants s'accordent à dire qu'elle comprend l'ensemble de la Belgique, les journaux et périodiques étant distribués auprès de points de vente disséminés sur l'ensemble du territoire belge.

¹⁴ Doc 14, §1.

¹⁵ Doc 61.

¹⁶ Brussel, 29 mei 2012 précité, décision du Conseil de la concurrence nr.2012-P/K-20 du 30 juillet 2012, *Tondeur Diffusion/Presstalis*, §128. En France, décision du Conseil de la concurrence n° 12-D-16 du 12 juillet 2012, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de la presse, p. 14, décision n° 87-D-08 du 29 avril 1987 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne et sa filiale la Société d'Agences et de Diffusion ; au Royaume Uni, décision OFT ME/4179/09 du 21 août 2009, Completed acquisition by Smiths News Trading Limited of Certain Assets of Surridge Dawson Limited, § 11 et svts.

54. Dans le cadre de la concentration bpost/AMP, le Collège de la concurrence a retenu dans sa décision du 8 novembre 2016 précitée¹⁷ la définition de marché géographique suivante : « le marché belge de l'organisation logistique de la distribution des journaux et périodiques vers les points de ventes pour la vente au numéro ». Le caractère national de ce marché de produits est confirmé par la jurisprudence¹⁸.

VII.1.3 Conclusion

55. L'Auditorat retient comme marché concerné « le marché de l'organisation logistique de la distribution des journaux et périodiques vers les points de ventes pour la vente au numéro en Belgique ».

VII.2 Position d'AMP sur le marché concerné

VII.2.1 Principes

56. L'article I.6 du CDE définit la position dominante comme « la position permettant à une entreprise de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, clients ou fournisseurs ».

57. Selon la jurisprudence européenne, « Une telle position n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence mais met la firme qui en bénéficie en mesure sinon de décider tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant lui porter préjudice. »¹⁹

58. L'existence d'une position dominante résulte de la conjonction de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas forcément déterminants. La part de marché détenue par l'entreprise en cause est un critère important dans la mesure où une part de marché très élevée constitue une présomption d'existence de position dominante.

59. La Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») dans son arrêt AKZO a jugé que « Des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante. En effet, la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente – sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable –, dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante »²⁰. Plus récemment, le Tribunal de l'Union européenne a jugé qu'« une part de marché de 70 à 80% constitue, en elle-même, un indice clair de l'existence d'une position dominante »²¹.

¹⁷ Doc 61.

¹⁸ Voir la jurisprudence citée à la note de bas de page n°16.

¹⁹ CJUE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461 (att. 38).

²⁰ CJUE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/Commission*, op. cit., pt 41 ; TPI, 22 novembre 2001, *AAMS c. Commission*, T-139/98, p. 3413, pt 51 et TPI, 23 octobre 2003, *Van den Bergh c. Commission*, op. cit., pt 154.

²¹ TUE, T-336/07, *Telefónica SA et Telefónica de España contre Commission*, 29 mars 2012, § 150.

60. La Commission européenne considère, dans ses Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises²², qu'une part de marché élevée et détenue longtemps est un indice sérieux de l'existence d'une position dominante et, selon le cas d'espèce, d'éventuels effets graves de pratiques abusives.

VII.2.2 Position des plaignants

61. Selon les estimations des plaignantes, la part de marché d'AMP sur le marché belge de la distribution de la presse se situe entre 80 et 90%.

62. Les plaignants font également remarquer que les deux concurrents d'AMP sur ce marché, à savoir Tondeur Diffusion et Imapress, « (...) distribuent seulement un nombre limité de périodiques spécialisés (niche) en Belgique. Les périodiques les plus vendus et les journaux sont tous exclusivement distribués par AMP. De plus, Tondeur Diffusion et Imapress ne distribuent pas quotidiennement mais en régie générale seulement une à deux fois par semaine »²³. En outre, « une comparaison des chiffres d'affaires réalisés par Imapress et Tondeur Diffusion (respectivement 27 million d'EUR et 10 million d'EUR en 2009) avec le chiffre d'affaires d'AMP (un demi-milliard d'EUR) ne laisse aucun doute quant à la position dominante d'AMP sur ce marché »²⁴.

VII.2.3 Position d'AMP

63. Dans un marché en constante évolution, qui connaît ces dernières années une tendance négative, AMP se présente comme « le maillon d'une chaîne comprenant en amont de nombreux éditeurs et en aval les diffuseurs de presse ».

[CONFIDENTIEL]»²⁵

64. AMP fait également remarquer que ses [CONFIDENTIEL] clients constituent une part très importante de son chiffre d'affaires. Elle souligne que « ces données démontrent que contrairement à ce qu'une première lecture de la plainte peut laisser à penser, AMP ne détient pas une maîtrise totale du marché de la livraison de la presse, dans la mesure où sa situation pourrait y être très rapidement précarisée »²⁶.

VII.2.4 Instruction

65. Dans le cadre de la concentration bpost/AMP, la partie notifiante a estimé que la part de marché d'AMP s'élevait à [80-100%] en 2015²⁷ contre moins de 10 % pour chacun ses deux principaux concurrents, Tondeur Diffusion et Imapress. Cette part de marché est constante depuis des années, AMP ayant fait mention lors de l'instruction²⁸ de parts de marché d'un même ordre de grandeur pour la période 2007 à 2010.

66. Concernant la structure du marché, il y a lieu de constater que ce marché est fortement concentré du côté de l'offre. AMP distribue plus de 80% de la presse magazine destinée à la vente au numéro, dont les principaux magazines à grand tirage. AMP est un partenaire incontournable pour les

²² Communication de la Commission — 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 (2009/C 45/02), J.O. du 24.02.2009.

²³ Doc 1, plainte et Doc 6, annexe 10, traduction officielle, § 39.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Doc 14.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Doc 61, Beslissing BMA-2016-C/C-32 van 8 november 2016, §173.

²⁸ Doc 27, réponse AMP du 28/10/2011, §§ 9-10.

diffuseurs spécialisés dans la vente de produits de presse et un partenaire difficilement contournable pour un certain nombre d'éditeurs.

67. Sur le segment de la diffusion de la presse quotidienne pour la vente au numéro, AMP dispose d'un quasi-monopole, étant la seule à avoir mis en place une organisation logistique permettant la distribution journalière des journaux aux points de vente sur l'ensemble de la Belgique.

68. Les activités de distribution de la presse se caractérisent également par l'existence d'importantes barrières à l'entrée. Les économies d'échelle visées en mutualisant l'infrastructure de distribution (plateforme de distribution nationale et groupage du transport) sont indispensables pour couvrir les coûts d'exploitation du secteur. Si certains éditeurs ont tenté d'intégrer la distribution de la presse, l'expérience n'a pas semblé concluante²⁹.

69. Le modèle de la distribution de la presse en Belgique implique que les distributeurs puissent fournir aux éditeurs dont ils sont le point d'entrée unique un accès facile et rapide à un réseau dense de points de vente de proximité, avec une connaissance complète des marchés locaux finaux. Ils doivent être très flexibles et susceptibles de s'adapter aux besoins des éditeurs, prévoir des ajustements importants, gérer les commandes tardives et les livraisons urgentes et fournir de petites quantités, le tout avec une proportion importante des retours. Il n'est pas économiquement viable pour les éditeurs d'internaliser une telle gestion logistique complexe avec les points de vente de proximité. Comme le relève AMP, « pour atteindre le plus grand nombre de lecteurs, il est impératif de disposer d'un réseau efficace, au maillage le plus serré et sur un territoire le plus étendu que possible car seul un tel réseau permet de réduire les coûts de livraison (...)»³⁰.

70. En outre, l'accès au marché a été compliquée ces dernières années par les contrats d'exclusivité conclu par AMP avec les grands éditeurs. Ces contrats d'exclusivité empêchent les plus petits distributeurs et les nouveaux arrivants potentiels de proposer certains titres de ces éditeurs sur une échelle plus réduite.

71. Dans sa décision du 8 novembre 2016 précitée, le Collège de la concurrence, suivant en cela les conclusions de l'Auditorat, a constaté la position dominante d'AMP sur le marché de l'organisation logistique de la distribution des journaux et périodiques vers les points de ventes pour la vente au numéro en Belgique.

VII.2.5 Conclusion

72. Au vu de ce qui précède, l'auditeur conclut à l'existence d'une position dominante dans le chef d'AMP, au sens des articles IV.2 du CDE et/ou 102 TFUE, sur un marché défini comme l'organisation logistique de la distribution des journaux et périodiques vers les points de ventes pour la vente au numéro en Belgique.

VIII. Analyse factuelle et juridique des infractions alléguées

VIII.1 Premier grief : clauses d'exclusivité

²⁹ Un exemple en ce sens concerne la livraison des titres de l'éditeur SANOMA (Humo, Flair, Télémostique, etc). Ce dernier, un des gros clients d'AMP, a souhaité, en janvier 2006, ne plus avoir recours aux services d'AMP pour la livraison de ses titres. L'éditeur a préféré faire appel à l'entreprise Hessenatie Logistics. Cette collaboration ne s'est apparemment pas révélée fructueuse, car SANOMA est revenue, dès mars 2006, vers AMP - Voir Doc 64.

³⁰ Doc 27.

VIII.1.1 Analyse

73. Le premier grief porte sur les clauses d'exclusivité contenues dans la majorité des contrats qu'AMP a conclu avec des éditeurs belges et étrangers relatifs à la distribution des journaux et périodiques vers les points de ventes pour la vente au numéro en Belgique de la presse quotidienne et des magazines.

74. Dans son évaluation préliminaire, l'Auditorat a considéré que ces clauses d'exclusivité tombent dans le champ d'application des art. 101(1) et 102 TFUE ainsi que des art. IV.1(1) et IV.2 du CDE et qu'elles ne satisfont pas aux conditions des articles 101 (3) TFUE et IV.1 (3) CDE ni ne sont objectivement justifiées au regard des articles 102 TFUE et IV.2 CDE.

75. L'Auditorat a considéré que ces clauses d'exclusivités restreignent la concurrence en augmentant artificiellement le coût d'entrée ou de maintien / développement sur le marché de la distribution des journaux et périodiques vers les points de vente pour la vente au numéro en Belgique à l'égard des concurrents d'AMP et des points de vente. En pratique, la clause d'exclusivité limite -ou à tout le moins rend plus difficile- la possibilité pour les concurrents d'AMP, les nouveaux entrants ou les points de vente de conclure des accords de distribution particuliers avec les éditeurs pour la distribution de tout ou partie de leurs titres en Belgique.

76. En l'occurrence, ces clauses d'exclusivité ne sont pas indispensables à AMP pour assurer la distribution des produits de presse auprès des diffuseurs en Belgique même si certains éditeurs estiment qu'elles sont nécessaires pour garantir le système des retours des invendus de leurs produits.

VIII.1.2 Engagement

77. Ce grief a fait l'objet d'engagements de la part de bpost dans le cadre de sa reprise d'AMP, engagements repris en annexe de la décision du Collège de la concurrence BMA-2016-C/C-32 du 8 novembre 2016³¹ et rédigés comme suit.

78. bpost (dont AMP est devenu l'une des filiales) :

« verbindt zich ertoe de exclusiviteitsclausules die in overeenkomsten met Uitgevers zijn opgenomen en die betrekking hebben op de Verkooppunten waarmee AMP een overeenkomst tot verdeling van Persartikelen naar Verkooppunten heeft afgesloten, te beperken tot een verplichting voor de Uitgever om voor de verdeling van een welbepaalde titel van een Persartikel naar een welbepaald Verkooppunt één enkele verdeler van Persartikelen aan te stellen.

Deze Verbintenis betekent dat een Uitgever per titel van een Persartikel verschillende verdelers van Persartikelen kan aanstellen en ook per Verkooppunt verschillende verdelers voor verschillende titels kan aanstellen. De clause is dus beperkt tot een verbod voor de Uitgever om voor een welbepaald Verkooppunt verschillende verdelers voor de levering van éénzelfde titel aan te stellen.

Opmerkingen ter verduidelijking van deze Verbintenis:

In antwoord op een bezorgdheid die in het kader van de markttest werd geformuleerd bevestigt bpost dat het niet de bedoeling is om exclusiviteitsverplichtingen aan de Verkooppunten op te leggen voor wat betreft de verdeling van Persartikelen die Verbintenis 1 zouden uithollen. Dit wil zeggen dat bpost geen verplichtingen aan de Verkooppunten zal opleggen die de Uitgevers de facto een

³¹ Doc 61.

exclusiviteitsverplichting opleggen die verdergaat dan een verbod om voor de verdeling van een welbepaalde titel van een Persartikel naar een welbepaald Verkooppunt verschillende verdelers aan te stellen. »

79. Traduction libre :

bpost « s'engage à limiter les clauses d'exclusivité qui sont incluses dans les contrats conclus avec les éditeurs et qui sont relatives aux points de vente avec lesquels AMP a conclu un contrat pour la distribution d'articles de presse, à une obligation pour l'éditeur de désigner un seul distributeur d'articles de presse pour la distribution d'un titre spécifique vers un point de vente spécifique.

Cet engagement signifie qu'un éditeur peut désigner plusieurs distributeurs d'articles de presse par titre d'article de presse et peut également désigner, par point de vente, plusieurs distributeurs pour des titres différents. La clause est donc limitée à une interdiction venant de l'éditeur de désigner pour un point de vente spécifique différents distributeurs pour la fourniture d'un seul et même titre.

Commentaires en vue de clarifier cet engagement :

En réponse à une préoccupation qui a été formulée lors du test de marché, bpost confirme qu'il n'entre pas dans son intention d'imposer des clauses d'exclusivité aux points de vente, qui videraient de sa substance cet engagement n° 1 pour ce qui concerne la distribution des articles de presse. Cela signifie que bpost n'imposera aux points de vente aucune clause qui imposerait de facto aux éditeurs une clause d'exclusivité qui irait au-delà d'une interdiction de désigner plusieurs distributeurs pour la distribution d'un titre spécifique à un point de vente spécifique. »

80. Dans sa décision du 8 novembre 2016 précitée, le Collège a estimé que *“De verbintenis beoogt het openen van de markt voor andere dienstverleners door uitgevers toe te laten op hun diensten beroep te doen. Het College gaat er van uit dat uitgevers in principe belang hebben bij een inperken van de exclusiviteitsclausules, maar dat deze inperking ook geen nuttig effect heeft indien de uitgevers geen gebruik wensen te maken van de geboden mogelijkheden. Het College neemt nota van de praktische noodzaak in het kader van het retourbeleid om per titel en per verkooppunt slechts één verdelers aan te stellen. Het College acht het voldoende dat bpost aan alle betrokkenen mededeelt dat, voorzover de huidige AMP contracten een exclusiviteit voorzien, het wat haar betreft deze exclusiviteit in de door de verbintenis bedoelde mate als opgeheven beschouwt, en dat het de betrokken dus vrij staat om, mits opgave van een redelijke termijn, voor één of meerdere titels en voor één of meerdere verkooppunten een andere verdelers aan te stellen.”*

81. Traduction libre : *“L'engagement vise à ouvrir le marché aux autres fournisseurs de services en permettant aux éditeurs de faire appel à leurs services. Le Collège suppose que les éditeurs ont en principe intérêt à limiter les clauses d'exclusivité, mais que cette limitation n'a également aucun effet utile si les éditeurs ne souhaitent pas faire appel aux possibilités qui leur sont offertes. Le Collège prend note de la nécessité pratique, dans le cadre de la politique de retour, de désigner un seul distributeur par titre et par point de vente. Le Collège estime qu'il est suffisant que bpost informe toutes les personnes concernées que pour ce qui la concerne, dans la mesure où les contrats actuels avec AMP prévoient une exclusivité, cette exclusivité doit être considérée comme annulée et que les personnes concernées sont libres, à condition de respecter un délai raisonnable, de désigner un autre distributeur pour un ou plusieurs titres et pour un ou plusieurs points de vente.*

VIII.1.3 Conclusion

82. Eu égard à l'engagement pris par bpost dans le cadre de la décision du Collège de la concurrence du 8 novembre 2016 précitée, l'auditeur estime qu'il n'est plus opportun pour lui de poursuivre son instruction concernant ce grief et décide par conséquent d'y mettre fin en application de l'article IV.42 §2 du CDE. Cette décision ne prend pas position sur la question de savoir si AMP a ou non enfreint le droit de la concurrence belge et/ou communautaire en insérant des clauses dites d'exclusivité dans ses contrats avec des éditeurs.

83. L'Auditorat conserve son entière liberté pour ouvrir une nouvelle instruction au cas où AMP ne respecterait pas l'engagement relatif aux clauses d'exclusivité pris par sa société-mère, bpost, dont copie se trouve en Annexe de la présente décision.

VIII.2 Second grief : application de conditions contractuelles discriminatoires

84. La formulation du second grief par les plaignantes recouvre en réalité trois griefs distincts relatifs à la politique commerciale d'AMP. Chacun de ces griefs sera examiné successivement ci-dessous.

VIII.2.1 La modification du service des retours exceptionnels des invendus

85. Jusqu'en septembre 2009, AMP offrait aux points de vente un service leur permettant de renvoyer des articles de presse avant ou après la date de rappel prévue. Ce service était dénommé «le service des retours exceptionnels ».

86. Les points de vente faisaient notamment appel à ce service lorsque les quantités livrées par AMP étaient trop importantes, qu'ils ne souhaitent pas ou plus vendre un certain type de titre, ou encore en cas de dépassement de la date limite de retour pour un invendu.

87. Ces retours prématurés ou tardifs donnaient donc aux points de vente un moyen pour anticiper et renvoyer des exemplaires avant la date de rappel prévue sur le BIC ou de rattraper un oubli.

88. Le 22 septembre 2009, par une circulaire déposée dans les bacs de produits de presse, les points de vente ont appris que les retours exceptionnels ne seront plus acceptés .

89. Suite aux nombreuses protestations des plaignants et de leurs membres, AMP a envoyé une nouvelle circulaire concernant une nouvelle procédure pour les retours exceptionnels.

90. Les nouvelles règles sont d'application à partir du premier décembre 2009 et s'énoncent comme suit:

- Le renvoi des invendus « oubliés » (uniquement les magazines, à l'exclusion des journaux) est encore accepté mais uniquement s'il est effectué endéans les trois jours ouvrables après la date de ramassage initial ;
- Les retours « prématurés » sont acceptés pendant une période de trois jours après la mise en vente (date de la note d'envoi) et sont limités à certaines publications.

91. Les plaignantes estiment que tant la modification des conditions des retours exceptionnels que la manière dont elle a été mise en œuvre constituent un abus de position dominante au sens de l'article IV.2. du CDE.

92. Plus précisément, les plaignantes considèrent ce changement comme étant non équitable, non viable et non justifié économiquement, le tout en l'absence d'une quelconque concertation.

93. AMP rappelle qu'il existe deux types de retours exceptionnels, les retours anticipés et les retours d'invendus oubliés. AMP conteste les dires des plaignantes selon lesquels les retours exceptionnels

étaient illimités dans le temps avant l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure. Pour ce qui concerne les retours anticipés, les points de vente avaient la possibilité d'introduire une demande de retour anticipé 10 jours ouvrables à partir de la date de mise en vente. Quant au retour d'inventus oubliés, le délai (supplémentaire) de retour de 10 jours prenait cours à la date de rappel prévue initialement pour chaque titre invendu. Ce délai de 10 jours est maintenant passé à 3 jours dans les deux cas de figure.

94. Par ce délai plus court, AMP a, selon ses dires, simplement voulu améliorer la gestion des inventus. Parallèlement à la mise en place d'un système automatique de scanning Axon (voir ci-dessous), AMP a en effet estimé nécessaire d'améliorer sa procédure afin notamment de répondre à une demande spécifique des éditeurs qui souhaitent disposer de statistiques plus précises des ventes/desiderata des points de vente pour adapter leurs offres.

95. L'Auditeur observe que les délais imposés pour les retours exceptionnels des inventus sont certes plus courts, mais qu'il ne ressort pas de l'instruction que ces délais seraient déraisonnablement courts. Pour le surplus, l'auditeur observe que la modification semble objectivement justifiée et renvoie à la raison exposée au point précédent.

96. En conclusion, l'Auditorat considère ce grief comme non fondé.

VIII.2.2 L'introduction d'un nouveau système de contrôle et de crédit des inventus (Axon)

97. Jusqu'en octobre 2009, les montants réclamés par les points de vente pour les inventus étaient remboursés par AMP sur base des chiffres mentionnés sur des documents BIC. Les contrôles sur l'exactitude de ces chiffres se faisaient de manière aléatoire et donnaient éventuellement lieu à une régularisation qui s'ajoutait à la facture suivante.

98. En octobre 2009, AMP a changé et modernisé son système en passant d'un contrôle manuel et sporadique vers un contrôle systématique de tous les exemplaires des magazines inventus, via un système automatisé dénommé Axon. Le contrôle du retour des quotidiens inventus continue pour sa part à s'effectuer sur la base de sondages.

99. Ce système est composé de lignes de scanning sur lesquelles sont placés un à un les exemplaires inventus retournés par les points de vente. Les lignes de scanning trient les périodiques en trois groupes : les périodiques à recycler, les périodiques à récupérer et les périodiques non reconnus. Entre alors en action un scanner chargé de répertorier les codes-barres figurant sur chaque exemplaire, le tout sur la supervision de trois caméras. Chaque exemplaire retourné est donc reconnu via la code barre ou à défaut via la couverture.

100. Les périodiques non-reconnus font quant à eux l'objet d'un examen manuel pour régularisation.

101. La mise en place du système Axon constitue, selon les plaignantes, un abus de position dominante au sens de l'article IV.2. du CDE (ex article 3 de la LPCE) et 102 du TFUE (ex article 82 CE). « *Un acteur économique non dominant ne peut se permettre d'utiliser un nouveau système qui n'est manifestement pas encore au point et sanctionner ses clients sur base de ce système, en laissant à charge de la partie faible, l'ensemble des risques financiers qui en découlent, en violation des engagements contractuels pris par les parties* »³².

³² Doc 1, Plainte, § 76.

102. Les plaignantes déplorent un système dans lequel AMP se trouve, en ce qui concerne le traitement des plaintes, dans une position où elle est à la fois juge et partie. C'est elle qui décide si la plainte est ou non fondée avec pour conséquence de créditer ou pas les invendus contestés³³.

103. AMP de son côté rappelle que jusqu'en septembre 2009, le contrôle de l'exactitude des invendus était réalisé par voie de sondage pour les magazines destinés à être détruits, en contrôlant manuellement les retours d'un certain nombre de points de vente. D'un point de vue pratique, selon un système de tournante, [CONFIDENTIEL] % de l'intégralité des points de vente étaient contrôlés par semaine, chaque point de vente étant ainsi contrôlé une fois par mois.

104. C'est suite à la pression des éditeurs, à des cas de fraudes de la part des points de vente ou encore aux contestations des comptages réalisés par AMP, que cette dernière a décidé de scanner et de photographier chaque magazine de façon semi manuelle. AMP a donc mis en place un contrôle logistique et informatisé des retours d'invendus des magazines dénommé Axon.

105. AMP souligne qu'en cas de contestation avec le relevé des invendus, les diffuseurs de presse disposent toujours de la possibilité d'introduire une réclamation afin qu'AMP procède à un deuxième contrôle. En cas d'erreur émanant d'AMP, le point de vente se voit créditer du montant correspondant.

106. AMP précise également que chaque plainte d'un point de vente est analysée en profondeur sur base des informations photos sauvegardées dans le système Axon mais que, selon leurs constatations, 85% des exemplaires refusés sont dus à des erreurs des points de vente (suite à des retours tardifs ou prématurés,...) et que les refus qui sont dus à des erreurs dans son système seront immédiatement crédités aux points de vente³⁴.

107. AMP confirme le mécontentement de certains points de vente mais atteste également que d'autres ont exprimé leur satisfaction.

108. L'Auditorat a examiné la problématique sous deux angles : (1) en se rendant in situ chez AMP pour des explications et une démonstration du système Axon et (2) en analysant les résultats de l'enquête menée en 2012 par le SPF Economie à la demande du Ministre de l'Economie.

(1) Visite de l'Auditorat chez AMP

109. Lors de leur visite le 24 juillet 2012 sur le site d'AMP Bruxelles³⁵, deux membres de l'Auditorat ont visionné le fonctionnement du système Axon.

110. Ils ont constaté qu'un titre non reconnu malgré les deux contrôles (code barre et photographie) entraîne une intervention « humaine », en l'occurrence l'opérateur en charge de la machine, qui fait repasser le titre sur les lignes de scanning pour un second essai d'identification par la machine.

111. A défaut de résultat, un autre opérateur intervient et se charge de comparer la photographie de la page de couverture à celles enregistrées préalablement sur un serveur électronique. Cette opération permettrait selon AMP d'identifier les derniers titres non reconnus placés sur les lignes de scanning Axon. Au final, le système Axon génère donc un relevé des invendus auquel se rajoute un autre relevé, celui des invendus identifiés manuellement.

³³ Doc 1, Plainte, § 80.

³⁴ Voir circulaire AMP du 18/12/2009, Doc 1, annexe 25.

³⁵ Doc 30, PV réunion Auditorat du 24/07/2012 chez AMP Bruxelles.

112. Le système Axon tel qu'observé présente donc plusieurs contrôles, électroniques dans un premier temps mais également via une intervention humaine par la suite. Ce système présente en outre l'avantage selon AMP de rectifier des erreurs qui auraient été commises par des points de vente, ces derniers se voyant ainsi crédités d'un montant supérieur à ce qu'ils ont demandé sur le BIC.

113. En outre, il est important de souligner qu'AMP n'a pas innové en installant un système nouvellement conçu. Le système Axon équipe la majorité des éditeurs et distributeurs de presse européens ainsi qu'un grand nombre de sociétés de l'industrie pharmaceutique. AMP estime le nombre de machines Axon installées dans le monde à plus de 700³⁶.

(2) Enquête du SPF Economie (octobre - décembre 2012)³⁷

114. En octobre 2012, la Direction générale du Contrôle et de la Médiation du SPF Economie a procédé à une enquête informative à la demande du Ministre de l'Economie relative au fonctionnement du « système de renvoi des exemplaires invendus » auprès de 50 points de vente « presse », cinq opérations de retour de journaux et cinq de magazines ayant chaque fois fait l'objet d'un contrôle (soit un total de 500 enregistrements de stock, 250 pour les journaux et de 250 pour les magazines). Les différences entre les stocks déclarés par les points de vente et ceux comptabilisés par Axon ont été ensuite comparées.

115. Parmi les 50 points de ventes visités 38 ont présenté une différence de stocks lors des contrôles, ce qui semble à première vue important. Ce constat doit néanmoins être relativisé si l'on prend en considération le nombre de divergences constatées par rapport au total des 500 enregistrements de stock vérifiés : sur ces 500 enregistrements, des divergences n'ont été constatées que dans un peu moins de 15% des cas. Il s'agissait le plus souvent de différences minimales qui touchaient principalement les magazines. En nombre absolu d'exemplaires -l'enquête a porté sur environ 11.000 journaux et 16.000 magazines- le pourcentage de divergences à ce niveau semble à première vue acceptable: moins de 1% du total des publications renvoyées, et moins de 0,25% après réclamations, qui sont acceptées à concurrence de 75%.

116. Les conclusions de l'enquête sont les suivantes :

- AMP utilise un système de haute technologie pour la reprise et le contrôle des exemplaires invendus dans ses points de vente, mais les contenants employés pour le « transport » entre les points de vente et AMP ne sont pas suffisamment sécurisés (scellés). Une solution serait d'investir dans des contenants qui ferment mieux, mais cela coûterait évidemment beaucoup d'argent.
- Les procédures imposées par AMP aux commerçants sont très strictes, aucune erreur n'est « pardonnée ». Dévier des procédures coûterait également de l'argent : on perdrait en effet un temps de travail précieux car il faudrait effectuer plus d'opérations manuelles.
- La perte financière des vendeurs peut être estimée à 0,24% de leur chiffre d'affaires relatif à la vente de journaux et magazines, étant bien entendu qu'elle peut encore être récupérée fiscalement, AMP délivrant une attestation fiscale pour les exemplaires invendus non acceptés pour qu'ils puissent être repris comme frais.

³⁶ Doc 27, réponse d'AMP du 28/10/2011, §45.

³⁷ Doc 8, annexe 3.

117. L'Auditorat constate que les informations obtenues le SPF sont dans une large mesure similaires à ce qu'AMP lui avait communiqué en 2011 lors de l'instruction³⁸.

118. Les raisons pouvant expliquer les différences entre invendus déclarés et comptabilisés sont multiples : décompte erroné, erreur de « coiffe », retour hors délais ou incomplet, fraudes ...³⁹ et ne sont généralement pas imputables au système Axon mis en place. En outre, la prise en considération des réclamations introduites par les points de vente limite fortement l'impact financier pour ces derniers.

119. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, l'Auditorat considère qu'il ne peut être reproché à une entreprise fusse-t-elle en position dominante de mettre en place un système automatique de contrôle des invendus afin d'assurer le bon fonctionnement de son système de renvoi des exemplaires invendus. Ce constat rejoint celui du président du Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles dans son ordonnance précitée⁴⁰ : « *Qu'il semble dès lors que l'on ne puisse faire grief à AMP d'avoir cherché à mettre en place un système de contrôle le plus performant impliquant un contrôle systématique des magazines invendus* » .

120. En conclusion, l'Auditorat considère ce grief comme non fondé.

VIII.2.3 Les tarifs imposés par AMP pour la « participation aux frais de structure »

121. En sa qualité d'intermédiaire entre les éditeurs et les points de vente, AMP se dit attentive à distinguer les flux financiers générés par les relations qu'elle entretient en amont (avec les éditeurs) des relations en aval (avec les points de vente). Chaque flux financier correspond aux services rendus à AMP soit aux éditeurs, soit aux points de vente.

122. Ainsi, les sommes perçues par AMP en provenance des éditeurs constituent la stricte contrepartie des services qui sont prestés par AMP en leur faveur, à savoir le transport primaire et/ou secondaire. Le transport primaire vise le transport des titres, par l'éditeur, un mandataire désigné par lui ou AMP si l'éditeur le désigne, vers le centre national de distribution d'AMP. Le transport secondaire désigne la livraison de la presse à destination du centre régional de distribution désigné. Ces services font l'objet de stipulations contractuelles entre AMP et les éditeurs.

123. La rémunération d'AMP provenant des points de vente vise à compenser le coût du transport tertiaire. Pour rappel, le transport tertiaire recouvre la livraison des titres par tournées, réalisé par AMP, à partir de chaque centre régional de distribution vers les points de vente qui ont conclu les CGFP avec AMP. Le transport tertiaire est régi par ces CGFP⁴¹.

124. Pour ce service de préparation des livraisons, AMP facture une compensation forfaitaire mensuelle de 69,44 € indexés nommée « participation aux frais de structure » pour les points de vente ayant un chiffre d'affaires annuel net inférieur à 31.662,96 €. Ces frais de structures ne s'appliquent pas aux autres points de vente, conformément aux CGFP signés entre les parties⁴².

³⁸ Doc 27, réponse d'AMP du 28/10/2011, §§ 39 et svts, doc 36 et 38 réponses AMP des 6 et 15/05/2013.

³⁹ Doc 27, réponse d'AMP du 28/10/2011., §44.

⁴⁰ Doc 6, annexe 2.

⁴¹ Doc 1, annexe 5, art V des CGFP de 2003 « Participation aux frais de structure ».

⁴² Ibidem.

125. Les plaignantes considèrent l'application de conditions contractuelles qui touchent plus fortement les petits détaillants⁴³ que les grands comme étant un abus de position dominante dans le chef d'AMP.

126. AMP précise que l'intégration des frais de structure dans les CGFP a été effectuée à l'occasion de la dernière refonte des CGFP, en 2003⁴⁴ et que le souhait d'AMP, à l'époque, était de supprimer les différentes catégories de contrats (au nombre de 4) et des taux de remise correspondant aux anciennes CGFP et d'ouvrir le marché au maximum, en intégrant les plus petits points de vente. D'une manière générale, selon AMP, le montant de la participation pour frais de structure a été calculé pour être neutre financièrement par rapport au système des CGFP de 1999.

127. AMP a ainsi supprimé toute exigence quant au nombre de titres diffusés par le détaillant (en vigueur à l'époque). Tous les points de vente se sont donc vu accorder une remise de 25% correspondant à la remise maximale des quatre catégories de contrats précédentes. Cependant, les coûts de AMP restant néanmoins naturellement inchangés, quelle que soit la taille du point de vente, AMP a souhaité instaurer une participation aux frais de structure à charge des points de vente qui ne réalisent pas un chiffre d'affaires minimum net annuel.

128. L'instruction menée par l'ABC aboutit à la conclusion que l'introduction d'une compensation forfaitaire mensuelle de 69.44 € indexés au titre de participation aux frais de structure pour les points de vente ayant un chiffre d'affaires annuel net inférieur à 31.662,96 € s'avère in fine neutre en comparaison avec le régime prévu par les CGFP de 1999 et [CONFIDENTIEL].

129. Par ailleurs, l'auditeur relève que toutes les plaignantes ont retiré leur plainte.

130. Vu ce qui précède, l'auditeur décide qu'un examen plus approfondi de ce grief n'est pas justifié.

VIII.2.4 Le doublement unilatéral du forfait minimum mensuel pour les frais de transport (transport tertiaire)

131. En ce qui concerne cet aspect du deuxième grief, l'auditeur rappelle que, parallèlement à leur plainte auprès de l'ABC, les plaignantes ont intenté une série d'actions judiciaires. Ce point et ceux tranchés par les juridictions nationales dans le cadre de ces actions se recoupent très largement.

132. Pour rappel, dans son arrêt du 29 mai 2012, la Cour d'appel admet qu'AMP peut augmenter sa tarification des frais de port aux diffuseurs de presse en vue de couvrir les pertes liés au transport tertiaire. Toutefois, selon la Cour, l'augmentation des frais de port telle qu'elle a été appliquée par AMP est constitutive d'un abus de position dominante dans la mesure où l'augmentation du forfait minimum mensuel excède la somme de 205 EUR sans justification objective. Suite à cet arrêt, AMP a ramené son tarif de forfait minimum de 219 € à 205 € indexé et a maintenu ce forfait tel quel malgré l'arrêt du 26 décembre 2014 de la Cour de Cassation qui est venu mettre à néant l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles. La cause a été renvoyée devant la Cour d'appel d'Anvers où l'affaire est toujours pendante.

133. Vu les actions menées devant les juridictions ordinaires et la décision d'AMP prise en 2012 de limiter l'augmentation du forfait à 205 € indexé, l'Auditorat estime qu'il n'est plus opportun pour

⁴³ En 2010, environ [CONFIDENTIEL] % des points de vente (Doc 27, réponse d'AMP du 28/10/2011).

⁴⁴ Les CGFP de 2003 ont été notifiées à la Commission. Le dossier a été officiellement clôturé à la suite de l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003, qui a rendu caduque toutes les notifications pendantes. AMP relève cependant que, si la Commission avait eu des doutes quant à la conformité des CGFP avec le droit de la concurrence, elle aurait, en tant qu'institution gardienne du traité, poursuivi son examen et lancé une procédure formelle d'enquête, sur la base directe de l'article 101 du traité, nonobstant l'entrée en vigueur du règlement (CE) n°1/2003. Voir également Doc 28 et Doc 63.

elle de poursuivre son instruction concernant ce grief et décide par conséquent d'y mettre fin en application de l'article IV.42 §2 du CDE.

VIII.3 Conclusion générale

134. Il ressort de ce qui précède qu'il a soit été mis fin aux pratiques visées (le cas échéant, par des engagements), soit que les griefs n'étaient pas fondés, soit qu'il n'est pas opportun ou justifié de poursuivre l'instruction de tel ou tel grief.

135. Tous les plaignants ont en outre informé l'Auditorat qu'ils retiraient leur plainte.

136. Par conséquent, l'Auditorat décide de classer la plainte dans la mesure où il n'a pas décidé que le grief n'est pas fondé. Ce choix repose sur la politique de priorités de l'ABC pour 2017 et en particulier sur le fait qu'une poursuite de l'instruction pèserait sur les moyens humains limités de l'Auditorat alors que l'impact et l'importance stratégique d'une poursuite de l'instruction seraient faibles eu égard à ce qui a été développé ci-dessus.

IX. Décision

L'Auditorat décide, pour les motifs susmentionnés, de classer sans suite la plainte dans l'affaire MEDE-P/K-10/0005, Vlaamse Federatie Persverkopers vzw, Buurtsuper.be vzw, Prodipresse asbl c/ AMP SA en application de l'article IV.42 § 2 CDE, eu égard à la politique de priorité et des moyens disponibles pour ce qui concerne le premier grief relatif aux clauses d'exclusivité contenues dans les contrats conclus entre les éditeurs et AMP relatifs à la distribution des journaux et périodiques vers les points de ventes pour la vente au numéro en Belgique et la partie du second grief relative à la participation aux frais de structure et à l'augmentation des frais de transport.

Pour ce qui concerne la partie du second grief relative à la modification du service des retours exceptionnels et à l'introduction d'un nouveau système de contrôle et de crédit des invendus (Axon), l'Auditorat décide qu'il n'y a pas lieu d'intervenir.

Fait à BRUXELLES, le 22 juin 2017.

Pour l'Auditorat,

Véronique Thirion
Auditeur général

Patrick Marchand
Auditeur

Marielle Fassin
Auditeur