



**Décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003
relative à une demande de mesures conservatoires
présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse**

Le Conseil de la concurrence (section III A) ;

Vu la lettre enregistrée le 08 août 2003, sous les numéros 03/0051 F et 03/0052 M, par laquelle les Messageries Lyonnaises de Presse, ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les Nouvelles Messageries de Presse Parisienne et ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés les Messageries Lyonnaises de Presse (LMP) et les Nouvelles Messageries de Presse Parisienne (NMPP), entendus lors de la séance du 12 novembre 2003, la Société Auxiliaire pour l'Exploitation de Messageries Transport Presse (SAEM-TP) ayant été régulièrement convoquée ;

Adopte la décision suivante :

I. - Constatations.

1. Les Messageries Lyonnaises de Presse (MLP) dénoncent des pratiques mises en œuvre par les Nouvelles Messageries de Presse Parisienne (NMPP) et la SAEM-TP, société de messagerie de Presse appartenant, comme les NMPP, au groupe Hachette. Les MLP soutiennent que le groupe NMPP, qui serait en position dominante sur le marché de la distribution de la presse au numéro, tenterait de les en évincer. Les pratiques mises en cause sont relatives, d'une part, à l'accès des MLP au système informatique mis en place par les NMPP et, d'autre part, aux conditions tarifaires proposées par les NMPP et la SAEM-TP.

A. - LE SECTEUR D'ACTIVITÉ CONCERNÉ

1. Le régime juridique de la presse

2. La loi n° 47-535 du 2 avril 1947, relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, dite "*loi Bichet*", organise le cadre du groupage et de la distribution de la presse autour du principe coopératif. L'éditeur peut assurer directement le groupage et la distribution de ses titres ou se regrouper avec d'autres éditeurs au sein d'une coopérative de distribution, dite messagerie de presse. Ces

sociétés coopératives peuvent remplir elles-mêmes la fonction de messagerie, en assurant par leurs propres moyens le groupage et la distribution de la presse éditée par leurs adhérents. Elles peuvent aussi confier à des sociétés commerciales l'exécution des opérations de groupage et de distribution des titres de leurs adhérents.

3. La loi susvisée du 2 avril 1947 pose trois principes fondamentaux : la liberté de distribution pour l'éditeur, l'impartialité de la distribution et l'égalité économique entre les différents titres.

2. L'organisation de la distribution de la presse

a) Les messageries de presse

4. Il existe en France trois messageries de presse qui distribuent les titres au niveau national : la société les Nouvelles Messageries de Presse Parisienne (ci-après NMPP), la société les Messageries Lyonnaises de Presse (ci-après MLP), et la Société Auxiliaire pour l'Exploitation de Messageries Transport Presse (ci-après SAEM-TP).
5. La société NMPP, créée en 1947, est une société à responsabilité limitée dont le capital est détenu à 49 % par le groupe Hachette et à 51 % par cinq coopératives d'éditeurs dans lesquelles le groupe Hachette est également présent : la coopérative des quotidiens de Paris, la coopérative de distribution de la presse, la coopérative des publications parisiennes, la coopérative des publications hebdomadaires et périodiques et la coopérative de la presse périodique. L'adhésion de ces cinq coopératives aux NMPP a été formalisée par la signature d'un contrat de groupage et de distribution qui prévoit que la vente des titres des coopératives est réalisée par l'intermédiaire des NMPP.
6. Les NMPP distribuent des quotidiens, en particulier le Monde, Libération, l'Humanité, les Echos, la Croix, et des magazines. La distribution des quotidiens générant un déficit de plus de 37 millions d'euros, les NMPP bénéficient d'une subvention au titre de la distribution des quotidiens d'information générale, s'élevant à 12 millions d'euros. Cette subvention est versée à chaque éditeur de quotidiens qui, à son tour, la reverse aux NMPP.
7. La société MLP, créée en août 1945, est une société anonyme coopérative dont le capital est détenu par les adhérents (plus de 495 éditeurs). Jusqu'en 1993, les MLP sous-traitaient la distribution de leurs titres aux NMPP. Depuis 1994, elles assurent elles-mêmes la distribution. Elles distribuent de manière quasi-exclusive des titres à périodicité mensuelle. Cependant, depuis quelques années, elles ont décidé d'étendre leurs activités à la distribution d'hebdomadaires comme Point de vue ou Marianne.
8. La société SAEM-TP est une société à responsabilité limitée dont le capital est détenu à hauteur de 51 % par des éditeurs, eux-mêmes constitués en trois coopératives, et à hauteur de 49 % par la société Sopredis qui est une filiale d'Hachette. Elle distribue, notamment, les quotidiens le Figaro, l'Équipe, Paris Turf, Aujourd'hui France, et des publications comme Femme actuelle ou Maxi. Ne disposant pas de centre de traitement logistique, elle confie la sous-traitance de ses opérations aux NMPP.
9. Hors la presse quotidienne, l'ordre de grandeur des parts de marché en pourcentage des ventes aux prix publics est d'environ 50 % pour les NMPP, 30 % pour la SAEM-TP et 20 % pour les MLP.
10. Les NMPP constituent le principal exportateur de la presse française avec des ventes à l'international de 302 millions d'euros en 2002, soit environ 10 % de leur chiffre d'affaires.

b) Les dépositaires centraux

11. Les dépositaires distribuent la presse qui leur est confiée par les trois messageries et par certains éditeurs, notamment de la Presse Quotidienne Régionale (PQR), aux diffuseurs de presse ; ils constituent un réseau unique dit de niveau 2. Les dépositaires ne sont pas en concurrence entre eux et bénéficient d'une exclusivité de distribution de la presse sur une zone géographique donnée. En province, on compte trois grandes catégories de dépôts qui sont les agences de la Société d'Agences et de Diffusion, les dépôts gérés et les dépositaires centraux.
12. La Société d'Agences et de Diffusion (SAD) est une société anonyme ayant pour objet l'exploitation d'un réseau national de dépôts de journaux et de publications ainsi que divers produits de papeterie et d'articles divers, livres etc. Elle est une filiale des NMPP, détenue à 80 % par ces dernières et à hauteur de 20 % par Hachette. Elle compte 20 agences qui approvisionnent plus de 7 000 points de vente et réalisent environ 20 % des ventes au numéro. La taille des agences et l'importance de leur équipement informatique leur permet d'assurer des prestations spécifiques qui font d'elles de véritables plates-formes de distribution régionales. Elles assurent, en effet, pour les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne, la double fonction de centre régional d'expédition et de centre régional d'inventus.
13. Les NMPP contrôlent et gèrent 20 gros dépôts implantés dans d'autres villes françaises, de taille moins importante que les agences SAD. Ces dépôts représentent environ 12,5 % du chiffre d'affaires de la vente au numéro et servent environ 2 300 points de vente.
14. Les dépositaires centraux indépendants sont au nombre d'environ 250 et représentent 50 % du chiffre d'affaires de la vente au numéro. Ils servent environ 22 000 points de vente de taille très variable.
15. Sur la région parisienne, le rôle de dépositaire est assuré, pour les NMPP, par Paris Diffusion Presse (PDP), entité autonome. Six centres parisiens approvisionnent en moyenne 350 points de vente chacun, soit au total 2 000 points de vente dont 222 relais H et 376 kiosques. L'agence MLP Paris assure, pour les MLP, la distribution de ses titres sur les mêmes points que PDP.
16. Par l'intermédiaire de la SAD, des dépôts gérés et de PDP, les NMPP réalisent 46,1 % du chiffre d'affaires des dépositaires pour la vente au numéro et maîtrisent une part importante du réseau des dépositaires.
17. Les dépositaires jouent un rôle central dans la transmission de l'information entre les éditeurs et les diffuseurs de presse. Cette fonction a été largement informatisée depuis une dizaine d'années. Les dépositaires utilisent pour le suivi de la distribution de la presse, un logiciel appelé Presse 2000 conçu en 1990 par les NMPP, moyennant paiement d'une redevance. Certaines fonctionnalités de Presse 2000, dénommées "*tronc commun*", sont partagées par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne, SAEM Transport-Presses et les MLP. Elles permettent aux dépositaires d'exercer les fonctions essentielles de leur mission, réceptionner les produits, les répartir, reprendre les inventus et assurer la comptabilisation de ces opérations. Ces fonctionnalités sont les suivantes : référencement des diffuseurs, référencement des titres, préparation de la distribution, gestion des inventus, gestion des réassortiments diffuseurs, gestion des réclamations diffuseurs, création de tous bordereaux et documents comptables.
18. Les MLP ont, quant à elles, développé leur propre système informatique, nommé TID, qui assure la transmission des informations chez le dépositaire. Celles-ci sont ressaisies de façon manuelle par le dépositaire, sur disquette, pour être utilisées par Presse 2000.

Inversement, les informations fournies par Presse 2000 en provenance des diffuseurs, (comme les fournis et invendus par titres et par points de vente), sont recopiées sur disquette puis sur le poste TID.

c) Les diffuseurs de presse ou marchands de journaux

19. La mission du diffuseur est définie par le contrat dépositaire/diffuseur. Il ne peut se fournir en titres de presse qu'auprès du dépositaire qui a l'exclusivité de la distribution de ses titres.
20. Le tableau ci-dessous fait état de ces trois niveaux du marché, des parts de marché que représentent les niveaux I et II et du nombre de points de vente du niveau III.

Niveau I : Les sociétés de messagerie de presse nationales		
1	Les MLP	15 % de parts de marché
2	Les NMPP	} 85 %
3	La SAEM-TP	
Niveau II : Les dépositaires de presse (environ 275)		
1	Les dépositaires centraux indépendants	~ 50 % du trafic
2	Les agences de la SAD, filiale des NMPP	~ 20-25 % du trafic
3	Les centres de Paris Diffusion Presse filiales des NMPP	~ 12 % du trafic
4	Les dépôts gérés, contrôlés par les NMPP	~ 12,5 % du trafic
Niveau III : Les diffuseurs de presse (environ 32 000)		
1	Les maisons de la presse	~ 2 500 points de vente
2	Les Mag-Presses	~ 300 points de vente
3	Les Points Presse	~ 230 points de vente
4	Les kiosques	~ 900 points de vente
5	Les Relais H	~ 900 points de vente
6	Les grandes surfaces	~ 1 400 rayons intégrés
7	Autres points de vente permanents	~ 25 000 points de vente
8	Les points de vente supplétifs	~ 1 000 points de vente

3. Les pratiques dénoncées

a) Le refus d'accès direct au réseau Presse 2000

21. Les MLP font valoir que les NMPP refusent qu'un accès direct soit installé entre le système TID, qu'ils ont fourni aux dépositaires pour gérer leurs relations avec eux, et le logiciel "Presse 2000" mis en place par les NMPP chez les dépositaires, et dont le tronçon commun est utilisé par ceux-ci pour gérer les flux d'informations avec les diffuseurs, pour tous les titres, quelle que soit la messagerie qui en assure la distribution.
22. Les MLP rappellent que les problèmes d'informatisation avaient fait l'objet, entre elles, les NMPP et la SAD, d'un protocole d'accord, conclu le 24 avril 1998, aux termes duquel :

- les MLP acceptaient d'abandonner toute réclamation concernant la réparation du préjudice causé par la discrimination tarifaire opérée pendant plusieurs années en raison des tarifs élevés qui leur avaient été appliqués par la SAD ;
- la SAD s'engageait à remettre le taux de commission appliqué aux MLP au niveau de celui réservé aux NMPP ;
- les NMPP acceptaient de mettre en place un transfert automatique des fichiers entre son système informatique et celui des MLP. Les NMPP devaient mettre en place ce transfert automatique de fichiers entre TID et Presse 2000 pour les trois fonctions suivantes :
 - ✓ le transfert automatique du fichier relatif au réglage des titres des MLP, en remplacement de la saisie manuelle à laquelle procèdent actuellement les dépositaires ;
 - ✓ le transfert des "*commandes réassorts*" des dépositaires vers les MLP ;
 - ✓ la remontée quotidienne vers les MLP des informations centralisées par les dépositaires, concernant les ventes et les invendus des diffuseurs des titres des MLP issus de la facturation ou du traitement de clôture des informations.

23. Le volet informatique de cet accord a toutefois été dénoncé par la SAD et les NMPP, les 2 et 5 juillet 1999. Selon les MLP, c'est le succès commercial qu'elle avait obtenu, en concluant un accord de distribution avec l'hebdomadaire "*Point de Vue*", qui a motivé le revirement des NMPP. Le tribunal arbitral, saisi de cette affaire, a décidé que l'accord en cause avait été exécuté dans son volet tarifaire mais pas dans son volet informatique et a prononcé sa résolution partielle.

24. Selon les MLP, faute de disposer de cet accès direct, les dépositaires sont contraints de ressaisir les informations données par le système TID sur des disquettes et de les charger ensuite sur Presse 2000, manipulations qui nécessitent au moins une heure par jour, multiplient les risques d'erreur et provoquent des perturbations, notamment dans la gestion du retour des invendus. Elles font valoir, de plus, que le Syndicat National des Dépositaires de presse (SNDP) a fait savoir qu'il s'opposerait au déploiement de nouveaux modules sur le système TID qui impliqueraient la ressaisie manuelle sur les postes Presse 2000 des dépositaires.

b) Les pratiques tarifaires

25. La partie saisissante expose que dans le cadre d'un plan de modernisation portant sur les années 2000-2003, les NMPP et la SAEM-TP proposent dans leurs barèmes une bonification exceptionnelle aux clients éditeurs qui "*exprimeront leur volonté d'être solidaires de la réforme de notre messagerie et d'accompagner jusqu'en 2002 sa mise en œuvre*". Cette bonification est progressive et offre aux éditeurs qui décident de quitter les MLP avant le 1^{er} juin 2000, jusqu'à 1,10 % de remise supplémentaire s'ils restent liés aux NMPP jusqu'au 31 décembre 2002.

26. Les MLP notent encore que le barème de la SAEM-TP propose une prime de fidélité aux titres dont l'éditeur "*confie la totalité de ses produits à la SAEM Transports*". Cette prime n'est pas cumulable avec la bonification exceptionnelle. Elle peut atteindre 1 % en cas de distribution pendant au moins deux ans du titre concerné par la SAEM-TP. L'éditeur qui n'est propriétaire que d'un seul titre distribué par la SAEM-TP a droit à la prime de fidélité. Par ailleurs, l'application de la remise de fidélité ne paraît pas limitée à la durée du plan de modernisation 2000-2003 du groupe NMPP.

27. La société MLP fait également valoir que les NMPP communiquent actuellement autour d'un nouveau tarif, alors que ce tarif ne pourrait être appliqué qu'à compter du 1^{er} janvier

2004, après approbation de l'assemblée générale des NMPP. Le tarif en cause prévoit une remise de fin d'année globale accordée à chaque éditeur en fonction du revenu généré par celui-ci pour les NMPP.

c) l'accès restreint aux informations essentielles contrôlées par les NMPP

– Les informations sur les diffuseurs dits qualifiés

28. En septembre 2001, les NMPP ont conclu avec l'Union nationale des diffuseurs de presse (UNDP) un accord visant à revaloriser la rémunération des diffuseurs remplissant un certain nombre de conditions relatives à la présentation de la presse, à l'étendue de l'assortiment offert, et aux heures d'ouverture. Les diffuseurs qui satisfont à ces critères sont désignés comme "*diffuseurs qualifiés*" et reçoivent une commission de 15 % au lieu des 13 % versée aux autres diffuseurs. Cet accord, conclu sous l'égide du Conseil Supérieur des Messageries de Presse (CSMP), a un caractère interprofessionnel. En mars 2002, les MLP ont conclu un accord similaire avec l'UNDP.
29. L'article 3 de l'accord prévoit que les NMPP procèdent à un recensement annuel des diffuseurs qualifiés et créent, sur la base de ce recensement, un fichier comportant tous les éléments d'identification de ceux-ci. Par ailleurs, il est prévu (article 4) que ce fichier doit être communiqué au CSMP. De même, il est précisé que les MLP auront accès au fichier des diffuseurs qualifiés déposé par les NMPP auprès du CSMP.
30. La société MLP déclare qu'ayant sollicité l'accès à ce dernier fichier auprès du CSMP, elle a été invitée par cet organisme à se rapprocher des NMPP, auprès desquelles l'obtention d'une liste complète et à jour des diffuseurs qualifiés avec leur signalétique complète se serait révélée difficile. Selon les MLP, certains diffuseurs auraient, de ce fait, reçu par erreur des commissions indues, d'autres des commissions insuffisantes, provoquant des troubles dans la distribution des titres des MLP. Elles affirment avoir été contraintes de constituer leur propre fichier de diffuseurs qualifiés sur la base des informations transmises par les dépositaires.

– La rétention d'informations nécessaires à la recomposition des zones de distribution

31. La société MLP précise que lorsqu'elle décide de modifier l'organisation de sa distribution, elle doit obtenir des NMPP certaines informations que celles-ci seraient réticentes à leur fournir.
32. Ainsi, après avoir résilié pour faute grave le contrat les liant au dépôt de M. A , elles ont souhaité réattribuer sa zone à trois dépositaires travaillant sur les zones de Châteauroux, Poitiers et Châtellerauld, lesquels auraient accepté le mandat de distribution et d'étendre leurs zones de vente respectives "*sous réserve de l'ouverture ou la création par les NMPP des Numéros d'Identification Messagerie des diffuseurs concernés.*". Les demandes adressées à cette fin par les MLP aux NMPP, en date des 18 juin et 8 juillet 2003, seraient restées sans réponse. Les MLP affirment qu'il ne s'agirait pas d'un cas isolé.

d) Les conditions d'accès aux marchés d'exportation

33. Les MLP confient en exclusivité aux NMPP l'exportation d'un certain nombre de leurs titres, conformément à l'article 5.2. des conditions export de ces messageries, qui stipulent que les taux de commissions "*ne s'appliqueront que pour autant que l'éditeur confie l'exclusivité de sa distribution à l'exportation aux NMPP*". Selon la demanderesse, les NMPP offrent un service d'exportation qui permet d'avoir un seul interlocuteur pour diffuser des titres vers de multiples destinations.

34. La partie saisissante a souhaité formaliser dans un contrat écrit les conditions de sa coopération à l'export avec les NMPP. Ces dernières lui ont adressé, en février 2003, un projet d'accord intitulé "*contrat de prestation*", qui comprend des clauses qu'elle considère comme restrictives et contraignantes, notamment :

– **Un engagement d'exclusivité (article 13 du projet d'accord) :**

35. Aux termes du contrat proposé par les NMPP, d'une durée de trois ans, les MLP doivent s'engager "*à confier aux NMPP la totalité des quantités qui leur sont remises par leurs clients éditeurs en vue d'être distribuées sur l'ensemble des pays étrangers desservis par les NMPP*". En contrepartie de cette exclusivité, les NMPP proposent de rétrocéder aux MLP la valeur de 1 % des ventes HT réalisées par les titres MLP.

– **Une remise de fidélité accordée aux éditeurs MLP (article 7 du projet d'accord) :**

36. Dans le projet de contrat, la rémunération des MLP est une commission prélevée sur les ventes à l'exportation de chaque titre MLP qui est confié aux NMPP. Les taux de commission varient en fonction des pays d'exportation. Les éditeurs clients des MLP ne bénéficient de conditions tarifaires avantageuses que s'ils confient l'exclusivité de leur distribution à l'exportation aux MLP :

"7.2. Les taux de commission par pays tels que figurant en annexe III ne s'appliqueront que pour autant que l'éditeur client des MLP confie l'exclusivité de sa distribution à l'exportation aux MLP. "

"7.3. Dans le cas contraire, ces taux seront majorés de 5 points sur les zones restant complètement confiées en exclusivité aux NMPP, de 10 points sur les autres pays. "

e) Les modalités du transfert des informations de réglage depuis les éditeurs MLP vers les déposataires

37. Dans ses observations, la société MLP a indiqué que le transfert des informations de réglage s'effectuant par le biais d'une liaison télématique, elle a entrepris de remplacer celle-ci par une liaison ADSL (Internet à haut débit), à la suite des NMPP qui utilisent ce type de liaison depuis plusieurs mois.

38. Un accord a été trouvé entre les MLP et les déposataires afin d'implanter cette liaison sur l'un des postes administratifs présents dans chaque dépôt. Par lettre du 9 septembre 2003, le SNDP a demandé aux NMPP l'autorisation d'implanter la ligne ADSL/MLP sur les postes administratifs. Dans un communiqué, en date du 18 septembre 2003, le SNDP a ensuite demandé aux déposataires de suspendre toute implantation de ligne ADSL/MLP jusqu'à nouvel ordre.

f) Les demandes des MLP

39. Les MLP demandent tout d'abord au Conseil de constater que les NMPP enfreignent l'article L. 420-2 du code de commerce et/ou l'article 82 du Traité CE en réservant un traitement discriminatoire aux publications MLP en ce qui concerne l'accès à leur plateforme informatique Presse 2000. Elles sollicitent du Conseil de faire cesser ce comportement abusif en enjoignant aux NMPP de mettre en œuvre les mesures alternatives suivantes ou toute autre mesure appropriée permettant de supprimer l'entrave à la concurrence résultant des pratiques des NMPP :

- "Accorder aux MLP un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000 en mettant en place (...) un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP (TID ou équivalent) et Presse 2000 et ce, dans les deux sens (flux montants et descendants), (...)" ;

- "Fournir aux MLP toute l'information nécessaire pour permettre un accès effectif au réseau Presse 2000 et une véritable interopérabilité entre TID (ou équivalent) et Presse 2000" ;

- "Garantir par une information régulière et appropriée, la pérennité et la continuité de ces transferts automatiques entre TID (ou équivalent) et Presse 2000 en cas de modifications, évolutions ou mises à jour de Presse 2000 " ;

- "De manière alternative, développer conjointement avec les MLP (...) un système d'information pour les dépositaires (...) compatible avec les systèmes informatiques des MLP et des NMPP et dont la pleine propriété sera transférée aux dépositaires (...)".

40. S'agissant des pratiques tarifaires, de celles relatives à l'accès restreint aux informations essentielles contrôlées par les NMPP et de celles concernant les conditions inéquitables d'accès aux marchés d'exportation dénoncées par les MLP, ces dernières demandent au Conseil d'enjoindre aux NMPP :

- de leur accorder, "à chacune de leurs demandes justifiées, un accès rapide à la signalétique des diffuseurs et à toute information, essentielle pour les messageries concurrentes, relative au réseau de distribution de la presse, dont les NMPP seraient dépositaires par application des normes en vigueur dans le secteur ou du simple fait de leur position dominante sur le marché de la vente au numéro" ;

- de négocier "de bonne foi" avec elles " - dans les deux mois suivant la décision – un accord de distribution à l'export dans des termes non-discriminatoires et non abusifs et, en particulier, sans exiger d'exclusivité de la part des MLP ou de leurs éditeurs ni mettre en œuvre de remises de fidélité ou tout autre mécanisme d'effet équivalent à des remises de fidélité" ;

- de "ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans son barème (et dans le barème de la SAEM-TP) et ne pas mettre en œuvre de remises ciblées vis-à-vis des éditeurs clients des MLP" ;

- de "cesser d'appliquer la remise de fidélité figurant dans le barème de la SAEM-TP".

II. - Discussion

41. L'article L. 464-1 du code de commerce énonce que "*La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée*". Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du cde de commerce.

1. Sur la procédure

42. La société SAEM-TP fait observer que, alors que la saisine des MLP avait été déposée le 8 août 2003, elle ne lui a été adressée que le 10 octobre 2003. Réceptionné le 13 octobre, ce courrier l'invitait, notamment, à préparer des observations pour le lundi 20 octobre. La société SAEM-TP a sollicité un délai supplémentaire pour en prendre connaissance et y répondre mais elle a été informée, le 16 octobre 2003, que sa demande était rejetée. Elle soutient que tout procès équitable doit permettre à un accusé de se défendre en respectant le principe de l'égalité des armes, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce.

43. Les articles L. 464-1 du code de commerce et 34 du décret 2002-689 du 30 avril 2002 n'imposent pas de délai pour la production des observations en matière de mesures conservatoires. Dans ce cadre, le principe de la contradiction doit s'apprécier au regard de la procédure d'urgence prévue par les articles précités. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans plusieurs arrêts du 4 février 1997, rendus respectivement sur les pourvois formés par les sociétés Béton Chantiers du Var, Super Béton, Béton France et Société méditerranéenne de béton SMB. En l'espèce, la société SAEM-TP a présenté des observations qui ont été enregistrées le 20 octobre 2003, a pu consulter le dossier et a été régulièrement convoquée à la séance qui s'est tenue le 12 novembre 2003. Le moyen selon lequel elle n'aurait pas été mise en mesure de se défendre doit donc être rejeté.
44. La société NMPP fait valoir qu'au travers des commentaires, joints en annexe aux pièces et éléments complémentaires envoyés au Conseil le 29 octobre 2003 par les MLP, ces dernières développent des arguments destinés à répondre aux observations du commissaire du Gouvernement. Elle soutient que l'usage d'un tel procédé, qui revient à introduire de nouveaux éléments dans le débat, est contraire au principe du contradictoire.
45. L'instruction des demandes de mesures conservatoires doit cependant permettre, dans un temps nécessairement restreint, de réunir le plus d'éléments possibles sur le bien-fondé de la demande. Lorsque le rapporteur général, usant de la faculté qu'il tient de l'article 34 du décret précité, décide, pour une meilleure organisation du débat, de fixer des délais aux parties, le dépôt de pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, sur ce seul fondement, leur rejet de la procédure dès lors que la partie adverse a bénéficié d'un temps suffisant pour assurer sa défense au regard des pièces ainsi produites. En l'espèce, la société NMPP, à qui ces éléments complémentaires ont été communiqués le 3 novembre 2003, a disposé d'un temps suffisant pour prendre connaissance des nouveaux éléments introduits dans le débat par les MLP avant la séance et y répondre. Le moyen doit donc être écarté.

2. Sur le marché concerné et la position des NMPP sur ce marché

46. En l'état de l'instruction, le marché pertinent qui paraît devoir être pris en compte est celui de la distribution de la presse au numéro, qui représente 70 % de la distribution de la presse et a été reconnu comme un marché distinct de la vente par abonnement par le Conseil de la concurrence dans plusieurs décisions, notamment dans sa décision n° 03-D-09 du 14 février 2003. Sur ce marché, la société MLP détient environ 15 % et les sociétés NMPP et SAEM-TP environ 85 %. Hors la presse quotidienne, l'ordre de grandeur des parts de marché est de 50 % pour les NMPP, 30 % pour la SAEM-TP et 20 % pour les MLP. Au vu de ces éléments, il ne peut être exclu que les NMPP détiennent une position dominante sur ce marché, comme le Conseil l'a déjà considéré dans la décision précitée.

3. Sur les pratiques dénoncées

S'agissant de l'accès direct et automatique au logiciel Presse 2000

47. Les NMPP assurent, en se référant à l'avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-08 du 22 mai 2002, que le logiciel Presse 2000 ne peut être qualifié d'infrastructure essentielle. Elles expliquent que la SOGIDEP (Société pour la gestion informatique des dépôts de presse), créée en 1981, en partenariat avec la société "*Les dépositaires Associés*", (émanation du SNDP), les MLP et la SAEM-TP, avaient mis au point des outils de gestion informatiques permettant aux dépositaires de gérer leurs relations avec les diffuseurs. Mais elles affirment avoir conçu seules le logiciel "*Presse 2000*", outil informatique plus performant. Elles précisent cependant, en page 11 de leurs observations, que les coûts de

développement et de maintenance de "Presse 2000" supportés par elles, ont été de 31 MF, auxquels s'ajoutent 8,5 MF à la charge de la SOGIDEP.

48. Les NMPP font encore valoir que certaines fonctionnalités de "Presse 2000", appelées "tronc commun", sont partagées par les NMPP, la SAEM-TP, mais également par les MLP, et que ces fonctionnalités donnent aux dépositaires la possibilité d'exercer les fonctions essentielles de leur mission dont, notamment, le réglage des titres, c'est-à-dire le calcul du nombre optimal d'exemplaires de chaque titre à livrer à chaque diffuseur pour limiter le nombre d'invendus. Elles précisent que deux logiciels, Soliman et Sceptre, donnant accès à des fonctionnalités à valeur ajoutée, sont réservés à leur usage : "*Le logiciel Soliman permet au dépositaire de communiquer directement avec les NMPP. Le logiciel Sceptre permet au dépositaire de réaliser des réglages à destination des diffuseurs.*".
49. Les NMPP confirment qu'un protocole d'accord avait été conclu en 1998 avec les MLP et qu'il comprenait un volet informatique dans lequel les NMPP s'engageaient, en contrepartie de la réalisation de certains engagements par les MLP, à étudier la possibilité d'un accès direct au réseau Presse 2000. Elles soutiennent toutefois que "*les MLP n'ont pas respecté leurs engagements et ont même tenté de forcer les évènements en opérant un branchement pirate sur le logiciel Presse 2000, à l'insu des NMPP*", qui ont alors dénoncé le volet informatique du protocole. Elles affirment également que, alors que les MLP avaient fait appel de la sentence arbitrale qui a, le 21 octobre 2000, partiellement résilié ce protocole, elles font, après avoir obtenu un report d'audience, "*traîner la procédure devant la cour d'appel*".
50. Pour les NMPP, l'accès direct revendiqué par les MLP n'est nullement nécessaire à l'exercice de leurs activités mais leur permettrait de bénéficier indûment des investissements faits par les NMPP. Elles confirment que les informations transmises par les MLP aux dépositaires, par l'intermédiaire du système informatique TID, doivent être ressaisies de façon manuelle par le dépositaire, sur disquette, pour être utilisées par Presse 2000, et que les informations qui remontent (fournis et invendus par titre et par points de vente) sont retransmises automatiquement par Presse 200 sur la disquette pour être ensuite introduites dans le poste TID. Mais pour elles, la manipulation spécifique qui doit être effectuée par les dépositaires ne constitue pas un obstacle pour les MLP à l'exercice de leur activité, comme en témoignerait le fait qu'en 2001, les éditeurs ont confié 475 nouveaux titres aux MLP. Les NMPP assurent également que l'accès direct demandé par les MLP leur donnerait accès à des informations commerciales confidentielles. Elles objectent, de plus, qu'un tel accès les empêcherait de faire évoluer leur propre système.
51. Les NMPP notent, qu'en tout état de cause, non seulement les MLP ont reconnu qu'elles étaient en mesure de développer un système équivalent à Presse 2000, mais elles l'ont déjà mis au point et l'ont annoncé officiellement.
52. Les MLP ont, en effet, admis qu'elles étaient en mesure matériellement et financièrement de concevoir un logiciel équivalent à Presse 2000. Elles ont, d'ailleurs, mis en place un logiciel, dénommé "Edgar", qui leur permettrait depuis 3 ans d'adapter les quantités livrées au réseau et de communiquer avec ce dernier. Toutefois, elles objectent que les réticences des dépositaires indépendants et le fait que les NMPP contrôlent directement plus de la moitié des dépositaires, font obstacle à la mise en place d'un système informatique parallèle à celui des NMPP. Elles produisent un courrier du Syndicat National des Dépositaires de Presse, en date du 7 juillet 2003, dans lequel celui-ci avertit : "*...de la même façon, nous ne pourrions accepter que soit mise en œuvre une informatique dédiée sauf à ce que les surcoûts d'un tel schéma soient pris en charge*".

intégralement par vos messagerie. ". Les MLP expliquent encore que les dépositaires tiennent à n'éditer qu'une seule facture par diffuseur, qui englobe les titres NMPP/TP et les titres MLP, ce qui imposerait l'usage d'un système unique. Elles soutiennent que l'accès qu'elles demandent est techniquement possible, puisqu'il avait déjà été mis en place chez quelques dépositaires en 1998, et que, de surcroît, il s'agit d'une réalisation légère qui n'implique aucun accès à des informations commerciales confidentielles.

53. Dans son avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002, relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse, le Conseil de la concurrence a précisé les principes régissant la limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle :

- *" En premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;*
- *" En deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;*
- *" En troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;*
- *" En quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;*
- *" En cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible. "*

54. En ce qui concerne l'application de ces principes au réseau de distribution de la presse, le Conseil a précisé que rien ne s'oppose, *a priori*, à ce qu'un élément autre qu'une infrastructure physique (par exemple, un droit de propriété intellectuelle) puisse être considéré comme une infrastructure essentielle à condition qu'il soit établi que l'usage de cet élément (en l'espèce un programme informatique) est strictement nécessaire à l'exercice de l'activité économique en cause et qu'une entreprise, concurrente de celle qui a mis au point le logiciel, ne pourrait pas développer un logiciel concurrent du premier.

55. Il n'est pas exclu que la reproductibilité d'une infrastructure soit contrainte non seulement par ses caractéristiques techniques et financières mais également par des particularités du contexte concurrentiel. En l'espèce, l'organisation du secteur de la distribution de la presse autour des principes d'ouverture et de coopération, ainsi que l'intégration verticale des différents niveaux de la distribution marquent fortement ce contexte. A ce stade de l'instruction, les éléments dont dispose le Conseil sont insuffisants pour apprécier si les objections formulées par le SNDP sont susceptibles de constituer un obstacle à la mise en place, dans des conditions économiques raisonnables, d'une solution alternative au système "*Presse 2000*". Les éléments transmis par les MLP en complément de leur saisine, relatifs au communiqué du SNDP, en date du 18 septembre 2003, demandant aux dépositaires de suspendre la mise en place de liaisons ADSL avec le système TID des MLP, et décrits au paragraphe 38 ci-dessus, pourraient cependant, s'ils étaient avérés, attester de la dépendance des dépositaires à l'égard des NMPP et du fait que cette dépendance est susceptible de donner aux NMPP la capacité de freiner la modernisation des outils des MLP. Enfin, la synthèse de la table ronde sur la distribution de la presse réunie par le Conseil Supérieur des Messageries de Presse en 2000/2001 montre que ce point fait débat entre les dépositaires "*le principe déjà évoqué de l'informatisation des points de vente pour une remontée d'information plus rapide est repris par tous. Il est également demandé que les dépositaires assurent le groupage des informations sur un*

ystème informatique unique, afin de permettre aux sociétés de messageries de les mettre à disposition des éditeurs, en améliorant les performances actuelles, techniques ou financières. Une [seule] contribution diverge sur ce point et réclame le maintien d'une informatique dédiée en cas de concurrence entre les sociétés de messagerie (FO) "

56. Par ailleurs, il apparaît que, dans l'hypothèse où les MLP ne pourraient installer leur propre système parallèlement à celui des NMPP, le défaut d'accès direct au tronc commun de Presse 2000 pourrait constituer un handicap concurrentiel de nature à compromettre leur activité. En premier lieu, le défaut d'accès direct pourrait empêcher les MLP de développer leur propre système de fonctionnalités à valeur ajoutée, en amont du tronc commun de Presse 2000. Le courrier précité du SNDP précise en effet : *"Au-delà de cet objectif, vos messageries ont souhaité commencer un autre travail qui concerne, en particulier, les modules implantation-réimplantations et réglages des titres MLP. Sur ce point précis, les membres de notre commission exécutive ont tenu à réaffirmer à nouveau notre position : Dans l'hypothèse où le déploiement à terme de ces modules nécessiterait une quelconque ressaisie du poste MLP vers Presse 2000, nous ne saurions l'accepter. "* En deuxième lieu, les NMPP présentent elles-mêmes les contraintes liées à l'absence d'accès direct comme un argument de vente. Un courrier, adressé par les NMPP, le 25 août 2003, à un éditeur, est rédigé en ces termes : *"Nos outils sont les seuls capables de transmettre les répartitions diffuseurs directement dans l'outil informatique des dépositaires. Ces derniers n'ont pas de ressaisie à faire contrairement à ce qui se passe pour les titres MLP, où rien n'est automatique. Avec le système NMPP, les dépôts ont juste à contrôler la répartition en fonction de leur connaissance locale des spécificités de leur réseau. "* Un rapport du président du Conseil Supérieur des Messageries de Presse constatait d'ailleurs, en décembre 2001, que *"de leur côté, les éditeurs ayant confié leurs titres aux NMPP ont fait valoir que par-delà la question du confort réalisé par les dépositaires, cette automaticité représentait aujourd'hui une plus-value commerciale en soi"*.

57. S'agissant des contraintes liées à la confidentialité des informations et à la maîtrise technique de leur outil, soulevées par les NMPP, le Conseil note qu'elles n'ont été évoquées ni lors de la signature du protocole d'accord conclu en avril 1998 ni lors de sa dénonciation, alors que les NMPP ne contestent pas que l'accès aujourd'hui demandé est le même que celui prévu par cet accord.

58. Il ressort ainsi de l'ensemble de ces éléments qu'il n'est pas exclu, à ce stade de l'instruction, que le refus d'accès direct opposé par les NMPP aux MLP puisse constituer une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

S'agissant des tarifs proposés par les NMPP et la SAEM-TP

59. Les NMPP déclarent qu'elles ne répondent pas sur les modalités tarifaires proposées par la SAEM-TP dans la mesure où celles-ci ne la concernent pas. De même, elles considèrent que les faits relatifs au tarif 2004, postérieurs à la saisine des MLP, n'ont pas à être examinés dans le cadre de la présente procédure. S'agissant de la bonification exceptionnelle prévue dans leur propre barème, les NMPP font valoir que ses tarifs restent nettement supérieurs à ceux des MLP et, qu'en tout état de cause, cette remise n'est pas liée à un engagement d'exclusivité de la part des éditeurs.

60. La SAEM-TP soutient que ses tarifs sont fixés, de façon indépendante, par les éditeurs membres des coopératives qui sont ses actionnaires. Elle note qu'elle n'est pas en position dominante sur le marché sur lequel elle opère et, qu'en conséquence, la remise de fidélité proposée dans son tarif n'est pas anticoncurrentielle.

61. Toutefois, les barèmes des NMPP et de la SAEM-TP sont, sauf en ce qui concerne la prime de fidélité du barème SAEM-TP, tout à fait identiques, dans les taux proposés comme dans les termes employés. C'est ainsi que la présentation de la "bonification exceptionnelle", dans les termes suivants, se retrouve dans les deux barèmes (les termes du barème Transport Presse qui diffèrent par rapport au barème NMPP sont en gras) :

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

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

Taux de bonification :

- Année 2000 : 0,20 % des ventes du 1^{er} juin 2000 au 31 décembre 2000*
- Année 2001 : 0,30 % des ventes du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2001*
- Année 2002 : 1,10 % des ventes du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2002*

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

...

Condition d'attribution :

Cette bonification exceptionnelle sera attribuée aux éditeurs qui confieront la distribution de leurs titres aux NMPP (à Transport Presse) sans interruption depuis le 1^{er} juin 2000.

Au préalable, les éditeurs qui souhaitent bénéficier de cette mesure devront signifier formellement, avant le 31 décembre 2000, leur volonté de maintenir la distribution de leurs titres par les NMPP (par Transport Presse pendant la période triennale 2000-2002).

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

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

Exemple :

a) Un titre qui rejoindrait les NMPP, le 1^{er} février 2001, aura droit à :

- 0,20 % du 01/02/2001 au 31/12/2001,*
- 0,10 % du 01/02/2002 au 31/12/2002.*

b) Un titre qui rejoindrait les NMPP, le 1^{er} février 2002, aura droit à :

- 0,20 % du 01/02/2002 au 31/12/2002 "*

Les NMPP ont confirmé en séance que ce système de bonification avait été reconduit en 2003.

62. D'autres indices confirment que la stratégie commerciale des deux messageries est étroitement liée, les éditeurs étant orientés vers la SAEM-TP par les NMPP, afin de bénéficier de tarifs plus avantageux. Ainsi, la copie de transparents projetés lors d'un séminaire NMPP du 17 mai 1999 montre que les effectifs des équipes commerciales des "NMPP/TP" sont présentés dans leur globalité, soit "70 personnes en tout". Ils contiennent également les propositions suivantes : "Mieux identifier les risques et opportunités pour

cibler et intensifier les contacts auprès : - des clients à risque, - des clients à potentiel (mixte MLP/NMPP-TP), des éditeurs MLP (prospection avec le barème TP) ". Enfin, un courrier électronique en date du 2 octobre 2003, adressé par les NMPP à l'éditeur Mégastar, est ainsi rédigé : "comme je vous l'avais déjà proposé dans mon courrier du 8 mai, nous pouvons optimiser les coûts de distribution en transférant les derniers titres NMPP vers TP et ce rétroactivement au 1^{er} septembre (...) Pour répondre à vos besoins de trésorerie à court terme, nous vous proposons un versement anticipé de la bonification exceptionnelle de 1,1 % NMPP/TP et du 0,8 % supplémentaire TP estimée respectivement à 278 K et 122 K sur la base du CA 2002".

63. Les NMPP et la SAEM-TP ont toutes les deux, pour actionnaire principal, le groupe Hachette. De plus, la SAEM-TP ne disposant pas de logistique de distribution, les NMPP assurent la distribution des titres des éditeurs clients de la SAEM-TP. Selon une jurisprudence constante tant communautaire que nationale, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas, en principe, aux accords conclus entre des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, comme une société mère et ses filiales, ou les filiales d'une même société mère entre elles, ou comme les sociétés mères d'une filiale commune, si elles ne disposent pas d'une autonomie commerciale et financière, à défaut de volonté propre des parties à l'accord. En effet, en l'absence d'autonomie commerciale et financière, les différentes sociétés du groupe forment alors une unité économique au sein de laquelle les décisions et accords ne peuvent relever du droit des ententes. Les liens financiers et juridiques des NMPP et de la SAEM-TP pourraient donc leur donner la possibilité de concevoir en commun leur stratégie commerciale, mais, ce faisant, elles ne pourraient se présenter comme deux entités indépendantes. C'est donc la position conjointe des deux sociétés qui doit être prise en compte pour évaluer l'effet sur la concurrence de leurs pratiques tarifaires. Avec 85 % du marché, il ne peut être exclu qu'elles soient en position dominante.
64. Le système de bonification exceptionnelle, exposé au paragraphe 61 ci-dessus, a été conçu pour faire bénéficier un éditeur, qui aurait pris la décision de rejoindre soit les NMPP soit la SAEM-TP à compter du 1^{er} juin 2000, d'une bonification progressive qui pouvait atteindre 1,1 % en cas de maintien de la distribution par l'une des deux messageries jusqu'à fin décembre 2002. Ce système de bonification a été reconduit en 2003. Le courrier, adressé à l'éditeur Megastar et cité au paragraphe 62 ci-dessus, montre de plus qu'un versement anticipé de cette bonification est proposé. De tels avantages tarifaires pourraient dissuader les éditeurs de changer de messagerie de presse et avoir pour effet de figer les parts de marché.
65. Le barème SAEM-TP propose une prime de fidélité qui *"pourrait être accordée au(x) titre(s) bénéficiant (...) dès le moment où le groupe de presse auquel il appartient confie la distribution de la totalité de ses produits à la SAEM-TP. Le taux est fixé à 0,5 % des ventes métropole pour les titres ayant plus d'un an de présence au sein de TP. Ce taux sera porté à 1 % des ventes métropole pour les titres ayant plus de deux ans de présence au sein de TP."* La fixation par une entreprise ou un groupe d'entreprises, en position dominante de conditions de vente qui portent sur la totalité des besoins d'un ensemble de clients pour une période donnée, constitue une pratique de fidélisation de nature à fausser le jeu de la concurrence, ainsi que l'a énoncé la CJCE, dans un arrêt n° 85/76 du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche *"pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier -fut-ce à leur demande- des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante, (...) soit que l'obligation soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa*

contrepartie dans l'octroi de rabais ; qu'il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique (...) un système de rabais de fidélité (...) ; qu'à la différence des rabais de quantité, liés exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur intéressé, la remise de fidélité tend à empêcher, par la voie de l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents ; (...)".

66. En l'état de l'instruction, il ne peut donc être exclu que les barèmes proposés par les NMPP et la SAEM-TP contiennent des dispositions prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce à une entreprise ou un groupe d'entreprises en position dominante sur un marché.
67. Pour ce qui concerne le tarif 2004 des NMPP, rien ne s'oppose à ce qu'une demande de mesures conservatoires puisse concerner des éléments nouveaux intervenus postérieurement à la saisine au fond, s'ils se rattachent aux pratiques initialement dénoncées comme c'est le cas en l'occurrence. Dès lors, à supposer que le tarif en cause, qui prévoit une remise de fin d'année globale accordée à chaque éditeur en fonction du revenu qu'il a généré pour les NMPP, soit approuvé par l'assemblée générale des NMPP, il ne peut être exclu à ce stade du dossier qu'il comporte également des clauses potentiellement anticoncurrentielles caractérisant un abus de position dominante des NMPP.

S'agissant des restrictions d'accès aux informations essentielles contrôlées par les NMPP

68. Les MLP soutiennent que les NMPP se sont livrées à des opérations de désorganisation de leur entreprise en leur communiquant avec retard des informations inexactes sur les diffuseurs qualifiés. Les NMPP affirment cependant que le fichier, constitué dans un premier temps contenant de nombreuses erreurs résultant de déclarations erronées de la part de certains dépositaires et diffuseurs, était inutilisable tant pour elles-mêmes que pour les MLP et n'a donc pas été transmis au CSMP comme les MLP en ont été informées. Elles ajoutent qu'en revanche un fichier fiable a été constitué en 2003 et est accessible aux MLP. Elles notent également que le défaut de transmission du fichier en 2002 n'a pas gêné les MLP puisque les diffuseurs qualifiés ont reçu un chèque des MLP, dix jours avant le chèque des NMPP.
69. Les MLP allèguent encore que, lorsqu'elles procèdent à une réorganisation des zones de distribution des dépositaires, les NMPP ne transmettent pas en temps utile les informations nécessaires à l'identification des diffuseurs dans le système Presse 2000 et citent le cas décrit au paragraphe 32 ci-dessus. Les NMPP n'ont produit aucune observation sur ce point.
70. Il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que les pratiques dénoncées ci-dessus, si elles s'avéraient établies, soient mises en œuvre dans le but de fausser le libre jeu de la concurrence.

S'agissant du contrat de prestation à l'exportation

71. Les NMPP avancent que le projet de contrat mis en cause par les MLP n'est qu'un projet et que les MLP peuvent le refuser s'il ne leur convient pas puisqu'il existe des solutions alternatives pour l'exportation des titres. Elles citent, à l'appui de leurs affirmations, un courrier du directeur délégué des MLP ainsi rédigé : *"Depuis des mois, des solutions alternatives à l'export sont venues bouleverser notre environnement. Vos concurrentes proposent des offres, soit financièrement beaucoup plus intéressantes, soit commercialement plus attractives que les vôtres et donc, les nôtres"*.

72. Cependant, la clause d'exclusivité figurant à l'article 13 du projet d'accord ainsi que la remise de fidélité prévue en son article 7 (cf. paragraphes 35 et 36 ci-dessus), offertes par une entreprise en position dominante, pourraient être de nature à empêcher le développement de ces solutions alternatives en rendant avantageux pour les MLP et leurs clients éditeurs l'exportation de tous leurs volumes par les seules NMPP. Il n'est donc pas exclu, à ce stade de l'instruction, qu'elles entrent dans le champ des prohibitions édictées par l'article L. 420-2 du code de commerce, ainsi que par l'article 82 du traité CE dans la mesure où des titres de presse peuvent être importés par des sociétés situés dans d'autres pays européens, ainsi que l'affirment les NMPP dans leurs observations. Dans ces conditions, le fait de proposer de telles clauses et de tirer prétexte de leur refus pour ne pas offrir les prestations demandées pourrait également être assimilé à un refus de vente constitutif d'un abus au sens des articles précités lorsqu'il est le fait d'une entreprise en position dominante.

S'agissant des modalités de transfert des informations de réglage depuis les éditeurs MLP vers les dépositaires

73. Les représentants des NMPP ont exposé en séance, sans être contredits par les MLP, que le problème de l'implantation d'une liaison ADSL avec les MLP chez les dépositaires était en cours de règlement.

4. Sur la demande de mesures conservatoires

74. Accessoirement à sa saisine, la société MLP demande au Conseil de la concurrence de prononcer, en application de l'article L. 464-1 du code de commerce, les mesures conservatoires suivantes ou toute autre mesure permettant de suspendre l'effet anticoncurrentiel résultant des pratiques qu'elles dénoncent :

" Enjoindre aux NMPP d'accorder aux MLP un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000 en mettant en place – pour chaque dépôt qui le souhaiterait, et selon des modalités qui devront faire l'objet d'un protocole d'accord entre les parties concernées dans un délai que le Conseil appréciera – un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP (TID ou équivalent) et Presse 2000 et ce, dans les deux sens (flux montants et descendants) ;

Enjoindre aux NMPP d'accorder aux MLP, à chacune de leurs demandes justifiées, un accès rapide à la signalétique des diffuseurs et à toute information, essentielle pour les messageries concurrentes, relative au réseau de distribution de la presse, dont les NMPP seraient dépositaires par application des normes en vigueur dans le secteur ou du simple fait de leur position dominante sur le marché de la vente au numéro ;

Enjoindre aux NMPP de suspendre la pratique consistant à subordonner la prestation de leurs services de distribution sur les marchés export à la condition que l'éditeur ou le groupement d'éditeurs (messagerie ou autre) concerné s'engage à leur confier l'intégralité de ses titres pour l'exportation ;

Enjoindre aux NMPP de suspendre l'application des remises de fidélité (ou tout autre mécanisme d'effet équivalent à des remises de fidélité) pratiquées à l'égard des éditeurs sur les tarifs de leurs services de distribution sur les marchés export ;

Enjoindre aux NMPP de ne pas reconduire, jusqu'à la décision au fond, le système de bonification exceptionnelle figurant dans leur barème et de ne pas mettre en œuvre de remises ciblées vis-à-vis des éditeurs clients des MLP ;

Enjoindre à la messagerie SAEM-TP appartenant au groupe NMPP de ne pas reconduire, jusqu'à la décision au fond, le système de bonification exceptionnelle

figurant dans son barème et de ne pas mettre en œuvre de remises ciblées vis-à-vis des éditeurs clients des MLP ;

Enjoindre à la messagerie SAEM-TP appartenant au groupe NMPP de suspendre l'application de la remise de fidélité figurant dans son barème. "

75. Les MLP font valoir qu'elles sont la seule messagerie ayant tenté de concurrencer les NMPP au cours des dix dernières années et que toute pratique *prima facie* illicite ayant pour effet de restreindre leur capacité concurrentielle compromet l'ouverture à la concurrence du secteur de la distribution de la presse et lui porte une atteinte grave. Elles fournissent, notamment, une étude de l'Association Mondiale des journaux qui affirme que la presse française souffre des coûts de distribution les plus élevés de l'Union européenne.
76. S'agissant de leur situation, les MLP soulignent que l'ensemble des pratiques qu'elles dénoncent est directement responsable de la dégradation de leur situation commerciale et financière attestée par la baisse régulière de leur chiffre d'affaires et de leur bénéfice depuis 2000 :

Année	CA en M euros	% de variation	Résultat brut d'exploitation en M euros
1998	45,4	-	5,4
1999	49,8	+ 9,75	8,6
2000	54,1	+ 8,62	10,1
2001	47,8	- 11,54	2,6
2002	44,8	- 6,28	0,3
2003(Prévisions)	43	- 4,18	- 2,4

77. Elles expliquent que des clients importants ont décidé de rejoindre les NMPP et ajoutent que ces pertes de chiffre d'affaires ont entraîné une considérable diminution de la marge et donc du résultat net. Ainsi la perte en octobre et décembre 2002 des titres du groupe Cyber-Presse (publications consacrées au cinéma dont "*Ciné Live*"), des titres du groupe Future (publications consacrées à l'informatique dont "*PC Achat*") et du magazine "*Psychologies*" dont les ventes ne représentent ensemble qu'environ 38 millions d'euros a entraîné une perte de commissions d'environ 3,8 millions d'euros et une perte de résultat d'environ 1,7 million d'euros.
78. Enfin, les MLP font valoir que l'effet des pratiques qu'elles dénoncent s'amplifie au fur et à mesure que les abus s'accumulent et que sa pérennité sur le marché est donc compromise.
79. Pour les NMPP, la partie saisissante ne démontre pas que la dégradation de sa situation découle directement des pratiques qu'elle dénonce et ne serait pas en mesure de le faire puisque la cause réelle de ses difficultés serait, selon les NMPP, les baisses de tarifs agressives opérées en 2000, 2001 et 2002, dans le but d'attirer de nouveaux clients. Elles citent, à l'appui de leurs affirmations, le budget prévisionnel pour 2003 qui fait directement le lien entre la dégradation de la marge et les nouveaux barèmes mis en place. Elles ajoutent qu'en tout état de cause, le défaut d'accès direct à Presse 2000 ne peut porter une atteinte grave aux MLP puisqu'elles ont déjà accès à toutes les informations dont elles ont besoin. Enfin, elles s'étonnent qu'une pratique, qui remonterait à la mise en place de Presse 2000 qu'elles datent alors de 1990, puisse porter un préjudice immédiat

aujourd'hui alors qu'elle n'a pas empêché les MLP de développer leur chiffre d'affaires au cours des années 90.

80. L'article L. 464-1 du code de commerce dispose : *"Le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence"* ;
81. Le secteur de la distribution de la presse se caractérise par une grande concentration de l'offre puisque la part des deux premiers offreurs, les NMPP et la SAEM-TP, atteint 85 %. L'appartenance au même groupe de presse de ces deux sociétés et le rapprochement de leurs politiques commerciales, tel que décrit aux paragraphes 61 et suivants ci-dessus, sont par ailleurs de nature à limiter l'intensité de leur relation concurrentielle. En conséquence, les MLP, avec 15 % du marché, apparaissent bien comme le seul concurrent de l'ancien monopole.
82. L'étude de l'Association mondiale des journaux affirmant que les coûts de distribution de la presse française étaient parmi les plus élevés de l'Union européenne n'a pas été contestée par les NMPP. Dans son rapport sur le projet de loi de finances pour 2003, la Commission des finances de l'Assemblée nationale avait également souligné le caractère fragile de la concurrence sur le marché de la vente de la presse au numéro : *"Par ailleurs, la consolidation de l'aide destinée in fine à permettre aux quotidiens de supporter les charges liées au plan social des NMPP doit éviter de générer des effets pervers sur le second opérateur de messageries, les Messageries Lyonnaises de Presse. L'effort budgétaire en faveur des NMPP ne doit pas, en effet, avoir pour conséquence de perturber les conditions d'une concurrence fragile parce que déséquilibrée mais pourtant indispensable pour inciter à une modernisation et à une adaptation qui bousculent toujours des habitudes trop immuables, et qui s'est effectivement traduite par une baisse très significative des tarifs d'intervention des messageries"*.
83. L'évolution récente du chiffre d'affaires des MLP montre une nette dégradation : il est passé de 54,1 millions d'euros en 2000 à 44,8 millions d'euros en 2002, et est évalué à 43 millions d'euros pour 2003. Quant à son résultat brut d'exploitation, il est passé de 10,1 millions d'euros en 2000 à 0,3 million d'euros en 2002, et serait, selon les prévisions, négatif en 2003. Par ailleurs, la société MLP a perdu de nombreux titres. Elle a communiqué un tableau dressant le bilan général des titres transférés des MLP vers TP/NMPP, soit 90 titres pour l'année 2001 et 115 titres pour l'année 2002. Quant aux titres transférés des NMPP/TP vers les MLP, ils s'élèvent à 41 pour l'année 2001 et 24 pour l'année 2002, soit au total 65.
84. Bien que cette dégradation puisse avoir plusieurs causes, les pratiques dénoncées ci-dessus sont de nature à accroître les difficultés de l'entreprise, voire à en constituer la cause première. En effet, comme déjà relevé au paragraphe 56 ci-dessus, plusieurs éléments du dossier montrent que le défaut d'accès direct au système Presse 2000 est de nature à empêcher les MLP de développer leur propre système de fonctionnalités à valeur ajoutée, en amont du tronc commun de Presse 2000. En premier lieu, le courrier du SNDP, en date du 7 juillet 2003, précise : *"Au-delà de cet objectif, vos messageries ont souhaité*

commencer un autre travail qui concerne en particulier les modules implantation-réimplantations et réglages des titres MLP. Sur ce point précis, les membres de notre commission exécutive ont tenu à réaffirmer à nouveau notre position : Dans l'hypothèse où le déploiement à terme de ces modules nécessiterait une quelconque ressaisie du poste MLP vers Presse 2000, nous ne saurions l'accepter. ". En deuxième lieu, les NMPP présentent elles-mêmes les contraintes liées à l'absence d'accès direct comme un argument de vente. Un courrier, adressé par les NMPP, le 25 août 2003, à un éditeur, est rédigé en ces termes : "Nos outils sont les seuls capables de transmettre les répartitions diffuseurs directement dans l'outil informatique des dépositaires. Ces derniers n'ont pas de ressaisie à faire contrairement à ce qui se passe pour les titres MLP, où rien n'est automatique. Avec le système NMPP, les dépôts ont juste à contrôler la répartition en fonction de leur connaissance locale des spécificités de leur réseau. ". Certains éditeurs se plaignent d'ailleurs de la qualité des prestations informatiques offertes par les MLP. Tel est le cas des éditeurs des titres "Psychologies magazine" et "Cyber Press Publishing", qui, dans des courriers en date respectivement du 13 septembre 2002 et du 21 juin 2002, font part aux MLP de leur décision de ne plus recourir à leurs services, en invoquant, pour le premier, le regret de ne pouvoir "bénéficier d'un outil informatique performant" et pour le second, l'espoir que les MLP soient très vite en mesure "de mettre à la disposition des éditeurs un véritable outil de réglage".

85. S'agissant du caractère immédiat de l'atteinte, plusieurs éléments parmi ceux portés à la connaissance du Conseil par les MLP sont récents. Il en est ainsi : du courrier électronique, en date du 2 octobre 2003, adressé par les NMPP à un éditeur pour lui proposer de faire bénéficier ses titres du barème Transport Presse ; du courrier des NMPP, en date du 25 août 2003, dénonçant à un éditeur le défaut d'accès direct des MLP ; du courrier du SNDP, en date du 7 juillet 2003, exprimant des réticences vis-vis de l'installation d'un système MLP propre ; du communiqué du SNDP, en date du 18 septembre 2003, demandant aux dépositaires de suspendre la mise en place d'une liaison ADSL pour le système TID ; du projet de contrat à l'exportation de février 2003. L'ensemble de ces éléments montre que les effets des pratiques tarifaires et de refus d'accès direct au système Presse 2000, qui perdurent certes depuis plusieurs années, ont été récemment exploités de façon active par les NMPP et sont susceptibles de porter aux MLP une atteinte grave et immédiate.

86. Dès lors, il y a lieu, dans l'attente de la décision du Conseil sur le fond :

- d'enjoindre à la société NMPP :
 - d'accorder aux MLP, dans un délai de quatre mois et à des conditions économiques équitables, un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, en mettant en place -pour chaque dépôt qui le souhaiterait et selon des modalités qui devront faire l'objet d'un accord entre les parties concernées- un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP, TID ou équivalent, et Presse 2000 ;
 - de suspendre la pratique consistant à subordonner la prestation de ses services de distribution sur les marchés export à la condition que l'éditeur ou le groupement d'éditeurs (messagerie ou autre) concerné s'engage à lui confier l'intégralité de ses titres pour l'exportation ;
 - de suspendre le système des remises de fidélité pratiquées à l'égard des éditeurs sur les tarifs de ses services de distribution sur les marchés export ;
 - de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans ses barèmes ;

- d'enjoindre à la société SAEM-TP :
 - de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans son barème ;
 - de suspendre l'application de la remise de fidélité figurant dans son barème.

DECISION

Article 1^{er} - Il est enjoint à la société Nouvelles Messageries de Presse Parisienne (NMPP) à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :

- d'accorder aux MLP dans un délai de quatre mois un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, dans des conditions économiques équitables, en mettant en place - pour chaque dépôt qui le souhaiterait et selon des modalités qui devront faire l'objet d'un accord entre les parties concernées- un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP, TID ou équivalent, et Presse 2000. Dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la présente décision, il sera rendu compte au Conseil par les parties des dispositions prises par la société NMPP pour se conformer à cette injonction ;

- de suspendre la pratique consistant à subordonner la prestation de ses services de distribution sur les marchés export à la condition que l'éditeur ou le groupement d'éditeurs (messagerie ou autre) concerné s'engage à lui confier l'intégralité de ses titres pour l'exportation ;

- de suspendre le système des remises de fidélité pratiquées à l'égard des éditeurs sur les tarifs de ses services de distribution sur les marchés export ;

- de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans ses barèmes ;

Article 2 : Il est enjoint à la Société Auxiliaire pour l'Exploitation de Messageries Transport Presse (SAEM-TP) à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :

- de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans son barème ;

- de suspendre l'application de la remise de fidélité figurant dans son barème.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme de Mallmann, par Mme Hagelsteen, présidente, Mmes Behar-Touchais et Renard-Payen, ainsi que MM. Bidaud, Flichy et Gauron, membres.

La secrétaire de séance,

La présidente,

Christine Charron

Marie-Dominique Hagelsteen