



Décision n° 06-MC-01 du 23 février 2006
relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les
sociétés les Messageries Lyonnaises de Presse et
Agora Diffusion Presse

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre, enregistrée le 14 septembre 2005 sous les numéros 05/0071F et 05/0072M, par laquelle les sociétés les Messageries Lyonnaises de Presse et Agora Diffusion presse, ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne et la société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transport Presse et 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 modifié fixant les conditions de son application ;

Vu les observations présentées par la société 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 (MLP), Agora Diffusion Presse, les Nouvelles Messageries de Presse Parisienne (NMPP), et la société Auxiliaire pour l'Exploitation de Messageries Transport Presse, entendus lors de la séance du 24 janvier 2006 ;

Les représentants de l'Union Nationale des Diffuseurs de Presse (UNDP) et de la direction du développement des médias (Ministère de la culture et de la communication) entendus en vertu de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

1. Les Messageries Lyonnaises de Presse (ci-après MLP) et la société Agora Diffusion Presse (ci-après Agora) se plaignent de pratiques mises en œuvre par la société Nouvelles Messageries de Presse Parisiennes (ci-après NMPP) et par la société Auxiliaire pour l'Exploitation de Messagerie Transport Presse (ci-après SAEM-TP).
2. Elles soutiennent que les dispositions des accords conclus le 30 juin 2005, par les NMPP, d'une part, et la SAEM-TP, d'autre part, avec l'Union Nationale des Diffuseurs de Presse (UNDP) et le Syndicat des Dépositaires de Presse (SNDP) et portant sur les conditions d'octroi d'une rémunération complémentaire aux diffuseurs de presse, sont susceptibles de faire l'objet d'une application discriminatoire, favorisant les diffuseurs liés aux NMPP. Elles font également valoir que ces conditions sont de nature à inciter les diffuseurs à faire porter tous leurs efforts sur la distribution des seuls titres NMPP et SAEM-TP et à négliger, en conséquence, les titres MLP.
3. Les MLP font aussi état d'une campagne de dénigrement mise en place à leur encontre par les messageries dominantes et relayée par l'UNDP.
4. Les MLP et Agora Presse soutiennent que ces accords portent une atteinte grave et immédiate à leurs entreprises et au secteur de la distribution de la presse et demandent au Conseil de prendre des mesures conservatoires.

A. LE SECTEUR DE LA DISTRIBUTION DE LA PRESSE VENDUE AU NUMÉRO

5. La vente au numéro des produits de presse représente 70 % de la distribution de la presse. Une réglementation spécifique mise en place par la loi n° 47-585 du 2 avril 1947, relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, dite « *loi Bichet* », organise cette activité autour des principes de coopération, de liberté de distribution pour l'éditeur et de neutralité de la distribution. On distingue trois niveaux intermédiaires dans la chaîne reliant les éditeurs et les consommateurs : les messageries de presse, les dépositaires et les diffuseurs.

1. LE PREMIER NIVEAU : LES MESSAGERIES DE PRESSE

6. En vertu du principe coopératif, un éditeur peut soit assurer lui-même la distribution de ses titres, soit se grouper avec d'autres éditeurs au sein d'une coopérative de distribution, appelée messagerie de presse.
7. 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. Les NMPP participent à la distribution des quotidiens, fortement déficitaire, et bénéficient, à ce titre, d'une

subvention. Au total, elles distribuent plus de 3 500 titres de presse (quotidiens et magazines) dont, début 2005, 28 quotidiens et 2 700 magazines français, 80 quotidiens et 900 magazines étrangers et 5 000 parutions de produits multimédias et encyclopédies. Leurs ventes en montant fort (au prix facial des publications) ont atteint, en 2004, 2 008 millions d'euros en 2003, dont 286 (13,7 %) pour les quotidiens, 1 197 (59,6 %) pour les autres publications presse et 535 (26,6 %) pour les produits hors presse. Les NMPP ont réalisé un chiffre d'affaires de 367,2 millions d'euros en 2003 et de 407,8 millions d'euros en 2004.

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 de Hachette. Ne disposant pas de centre de traitement logistique, elle confie la sous-traitance de ses opérations aux NMPP. Ses ventes en montant fort sont estimées à 1 064 millions d'euros en 2004. Elle a réalisé la même année un chiffre d'affaires de 119,6 millions d'euros contre 130,8 millions d'euros en 2003.
9. La société MLP, créée en août 1945, est une société anonyme coopérative dont le capital est détenu par les éditeurs adhérents. Jusqu'en 1993, les MLP sous-traitaient la distribution de leurs titres aux NMPP. Depuis 1994, elles assurent elles-mêmes la distribution. Elles ne distribuent pas de quotidiens mais uniquement des magazines, essentiellement des hebdomadaires et des mensuels, soit près de 2 200 titres début 2005. Leurs ventes en montant fort ont représenté 517 millions d'euros en 2004. Elles ont réalisé un chiffre d'affaires de 41,9 millions d'euros en 2003 et de 41,6 millions d'euros en 2004.

2. LE DEUXIEME NIVEAU : LES DEPOSITAIRES

10. Le réseau dit de niveau 2 est le réseau constitué des dépositaires qui distribuent la presse qui leur est confiée par les messageries de presse (et par certains éditeurs qui s'adressent à eux directement) aux diffuseurs de presse. Les dépositaires bénéficient d'une exclusivité de distribution des titres qui leur sont confiés sur une zone géographique donnée. A Paris, l'organisation de ce niveau est spécifique, les MLP livrant directement les diffuseurs.

3. LE TROISIEME NIVEAU : LES DIFFUSEURS

11. On dénombre environ 32 000 points de vente de la presse au public, dans des configurations très variées (magasins spécialisés, presse-tabac, librairies-papeteries, rayons presse en grande et moyenne surface alimentaire, vendeurs en terrasse ou kiosques et vendeurs ambulants).
12. Ce sont pour la plupart des commerçants indépendants, 77 % d'entre eux exploitant leur affaire sous forme d'entreprise individuelle. Selon l'UNDP, le linéaire moyen développé d'un magasin est de l'ordre de 62 mètres et 53 % de points de vente ont moins de 60 mètres de linéaire développé, 24 % de 60 à 90 mètres, 12 % de 90 à 120 mètres, 6 % de 120 à 150 mètres et 5 % plus de 150 mètres. La surface moyenne d'un magasin est de l'ordre de 50 m². Quant à la commission annuelle moyenne d'un diffuseur, elle est de 12 200 euros pour un chiffre d'affaires presse annuel moyen de 85 400 euros (hors PQR). Celle d'un « diffuseur qualifié » (voir § 26 ci-après), s'établit à 16 800 euros pour un chiffre d'affaires presse annuel moyen de 117 400 euros (hors PQR).

13. Depuis plusieurs années, les diffuseurs connaissent des problèmes liés à des conditions de travail de plus en plus difficiles, à une rémunération insuffisante et à une faible valorisation de leur fonds de commerce. Depuis 1997, le réseau a perdu 1 024 points de vente. En 2004, il s'est appauvri de 532 points de vente. Une note du 22 septembre 2005, préparée et remise par l'UNDP à la direction du développement des médias (DDM) à l'occasion des questions parlementaires sur le budget de novembre 2005, indique : « (...) *La situation économique des diffuseurs reste précaire, tout particulièrement en ce qui concerne le cœur du réseau de diffusion de la presse constitué par les librairies-papeteries-presse. (...), de toute évidence le faible niveau de rémunération offert par cette profession contraignante (...) pèse sur son avenir (...). L'évolution défavorable sur les marchés de biens culturels début 2005 est, dès lors, plus qu'inquiétante et la consolidation économique de ce réseau essentiel à la diffusion de la presse d'information et d'opinion est urgente* ».

4. LES MAGASINS « MAISON DE LA PRESSE », "MAG PRESSE" ET "AGORA PRESSE ET CAETERA »

14. Plus de 1 500 magasins spécialisés exercent leur activité de diffuseur sous l'enseigne « Maisons de la Presse » ou « Mag presse ». Pour accéder à ces réseaux d'enseignes gérés par la société Seddif, filiale à 100 % des NMPP, le diffuseur doit remplir certains critères. En particulier, il doit adapter la devanture et l'intérieur de son magasin aux critères d'aménagement établis par la société Seddif et doit suivre les prescriptions de cette dernière dans le domaine de la gestion et de l'animation du point de vente. Les diffuseurs concernés s'acquittent auprès de la Seddif d'un forfait d'adhésion (1 450 euros pour « Mag Presse » et 2 600 euros pour « Maison de la Presse ») et une cotisation annuelle de 1 170 euros pour « Mag Presse » et de 1 300, 1 700 ou 2 600 euros pour « Maison de la Presse », en fonction du nombre d'opération d'animation ou de promotion que le diffuseur s'engage à suivre.
15. Les Maisons de la Presse représentent environ 615 points de vente. Elles occupent des emplacements privilégiés dans chaque ville, ont en moyenne une surface de 110 m² et 20 mètres de linéaire au sol pour 68 mètres de linéaire développé. En 2004, ces points de vente ont réalisé un chiffre d'affaire moyen de 295 000 euros.
16. Les magasins Mag Presse représentent plus de 900 points de vente. Ils sont situés en centre ville dans des quartiers commerçants ou dans des centres commerciaux et ont en moyenne une surface d'environ 60 m² et 14 mètres de linéaire au sol pour 122 mètres de linéaire développé. En 2004, ils ont réalisé un chiffre d'affaires de 187 000 euros. Entre 2001 et 2004, 200 magasins ont rejoint l'un de ces deux réseaux.
17. Les MLP ont développé récemment un concept de magasin spécialisé, les « *Agora presse et caetera* ». L'activité du magasin Agora est essentiellement centrée sur la presse. Les magasins Agora reçoivent plus de 3 000 titres et disposent d'un linéaire développé de plus de 300 mètres. Leur chiffre d'affaires provient entre 80 % et 90 % des publications et journaux distribués par les messageries. Ces magasins sont gérés par la société Agora Presse, filiale des MLP. Aujourd'hui Agora dispose de cinq magasins pilotes.

5. L'ENSEIGNE "LA PLUME"

18. Pendant plus de 40 ans, le logo des NMPP était formé par leurs initiales inscrites dans une plume. En 1988, ce logo a été modernisé, mais la plume a été conservée sous forme stylisée dans le nouveau logo protégé par un dépôt de marque. La plume fait partie des logos des réseaux de diffuseurs Maison de la Presse et Mag Presse.
19. Les NMPP ont développé plusieurs enseignes presse comportant une plume, destinées aux diffuseurs indépendants. Quinze marques déposées comportant une plume ont été recensées. Les diffuseurs souhaitant adopter une de ces enseignes peuvent l'acquérir auprès des revendeurs autorisés par les NMPP.

6. LE SYSTEME DE REMUNERATION

20. Les conditions de rémunération des différents niveaux ont été précisées par la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987, portant diverses mesures d'ordre social, le décret n° 88-136 du 9 février 1988 pris en application de l'article 11 de la loi n° 87-39 précitée, fixant les montants maximaux des commissions des agents de la vente, et le décret n° 2005-1455 du 25 novembre 2005 modifiant le précédent.
21. La distribution de la presse repose sur le principe selon lequel l'éditeur demeure propriétaire de ses publications jusqu'à leur acquisition par le lecteur. Les exemplaires invendus sont ainsi propriété de l'éditeur, de sorte que celui-ci supporte entièrement le risque financier des invendus. Chaque niveau du système de distribution de la presse nationale est rémunéré par une commission calculée *ad valorem*, c'est-à-dire en pourcentage du prix facial de vente du titre, sur la base des exemplaires vendus. Les dépositaires et les messageries de presse ont le statut de commissionnaire du croire, chaque maillon de la chaîne prenant le risque d'impayé du maillon suivant.
22. L'article 11 de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 dispose que : *« Afin d'assurer le respect du principe de neutralité dans les conditions de distribution de la presse, la rémunération des agents de la vente de publications quotidiennes et périodiques est déterminée en pourcentage du montant des ventes des dites publications réalisées par leur intermédiaire, dans des conditions fixées par décret ».*
23. Le décret n° 88-136 du 9 février 1988 fixant les conditions de rémunération des agents de la vente de presse, pris en application de ce texte, prévoit que les diffuseurs de presse (à l'exclusion des crieurs à poste fixe, des marchands ambulants et des vendeurs colporteurs) perçoivent une commission pouvant aller jusqu'à 15 % du montant des ventes au public. Ce plafond est porté à 18 % du montant de la vente de quotidiens et à 20 % du montant des ventes de publications périodiques, lorsque le diffuseur est implanté à Paris. Les diffuseurs peuvent en outre recevoir une rémunération complémentaire pouvant aller jusqu'à 5 %, lorsqu'ils sont implantés dans une ville de plus de 500 000 habitants.
24. Ce décret a été modifié par le décret n° 2005-1455 du 25 novembre 2005. L'article 1^{er} de ce décret dispose : *« Les taux des commissions des agents de la vente de publications quotidiennes et périodiques fixés aux articles 1^{er}, 2, 3 et 4 du présent décret peuvent faire, par convention, l'objet de majorations. Ces majorations ne peuvent excéder 15 % du montant des ventes, exprimées au prix public, pour la généralité des publications quotidiennes et périodiques. Ces majorations sont subordonnées à des critères objectifs, transparents, équitables et non discriminatoires, de nature à garantir le respect du*

principe de neutralité tel qu'il est défini à l'article 11 de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 ».

B. LES PRECEDENTS ACCORDS RELATIFS A LA REVALORISATION DE LA REMUNERATION DES DIFFUSEURS

25. Les taux de rémunération des diffuseurs s'étant révélés insuffisants pour faire face aux charges de ces derniers, un premier plan de revalorisation fondé sur une logique de qualification permettant d'identifier les diffuseurs pour lesquels la presse est une activité essentielle, a donné lieu à la signature de plusieurs accords.
26. Un premier accord a été conclu le 30 septembre 1994 entre les NMPP et l'UNDP, sous l'égide et en présence du Conseil Supérieur des Messageries de Presse (CSMP) et avec l'intervention du SNDP. Il prévoyait l'octroi d'une rémunération complémentaire aux diffuseurs remplissant certains critères, dénommés "diffuseurs qualifiés". Un accord similaire a été signé le même jour entre les MLP et l'UNDP.
27. Un deuxième accord a été conclu le 18 septembre 2001 entre les NMPP, la SAEM-TP, l'UNDP et le SNDP, sous l'égide et en présence du CSMP. Il prévoyait un taux de rémunération revalorisé uniforme de 15 % pour tous les diffuseurs qualifiés. Un accord similaire a été conclu le 12 mars 2002 entre les MLP, l'UNDP et le SNDP.
28. A ce jour, sont toujours en vigueur les accords de 2001 et 2002. Les NMPP ont déclaré que 13 700 diffuseurs bénéficient de ce plan.

C. LES ACCORDS DU 30 JUIN 2005 CONCLUS ENTRE LES NMPP ET LA SAEM-TP, AVEC L'UNDP ET LE SNDP

29. Ce premier plan s'étant avéré insuffisant, un second plan de revalorisation de la rémunération des diffuseurs a été discuté dans le cadre d'une table ronde organisée par le CSMP. A l'issue de ces discussions, deux protocoles interprofessionnels ont été conclus le 30 juin 2005 avec l'UNDP et le SNDP par les NMPP et la SAEM-TP. Ils fixent les critères de qualification permettant aux diffuseurs d'accéder à une rémunération complémentaire. De plus, un avenant au protocole interprofessionnel du 18 septembre 2001, en date du 30 juin 2005, aménage les critères de qualification du premier plan. Un document intitulé "Déclaratif Grandes Villes 2005" est annexé à chacun des protocoles NMPP et SAEM-TP. Enfin, un accord définit les conditions d'octroi d'une rémunération complémentaire aux kiosquiers.
30. Selon l'UNDP, ce second plan doit permettre de distribuer au réseau des spécialistes un complément de rémunération annuel estimé à 30 millions d'euros.
31. Les critères de qualification du premier plan résultant de l'accord du 18 septembre 2001, toujours en vigueur, sont les suivants :
 - Presse en vitrine : le diffuseur s'engage à réserver en vitrine un espace dédié à la presse significatif.

- Représentativité de la presse : le diffuseur s'engage à consacrer à la présentation en vue de la vente de la presse un pourcentage de son linéaire mural, qui varie en fonction de la surface de vente du magasin :

Surface du magasin	Part du linéaire presse reporté au linéaire total
Jusqu'à 20 m2	45%
Entre 20 et 40 m2	40%
Entre 40 et 60 m2	35%
Entre 60 et 100 m2	30%
Supérieure à 100 m2	25%

- Accessibilité de la presse : le diffuseur s'engage à ouvrir son point de vente six jours par semaine et à respecter certains horaires d'ouverture.

32. L'avenant du 30 juin 2005 apporte à ces critères plusieurs aménagements ou compléments :

- L'article 1.1 de l'avenant prévoit un premier aménagement selon lequel « le point de vente doit disposer d'une enseigne Presse de type « plume » dont le dessin et modèle doivent être récents et apposés sur la vitrine en enseigne drapeau.

- L'article 1.2 de l'avenant prévoit un deuxième aménagement selon lequel le diffuseur s'engage à consacrer en permanence dans sa vitrine un emplacement dédié significatif, afin de présenter au minimum 2 quotidiens, 8 publications, 2 produits hors presse. L'ensemble de ces titres en cours de vente fera l'objet d'une rotation régulière et d'une large visibilité des « unes ».

- L'article 1.3 de l'avenant prévoit un troisième aménagement selon lequel le linéaire presse dédié aux produits des messageries doit représenter une longueur de quatre mètres au sol minimum. Seul doit être déclaré le mobilier mural (mobilier de plus de 1,70 m de hauteur), les îlots et présentoirs n'étant pas pris en compte.

- L'article 1.3 de l'avenant prévoit un troisième aménagement qui ajoute une option supplémentaire aux créneaux horaires prévus dans le premier plan (horaire journalier de 9 heures).

33. Les critères complémentaires de qualification du second plan définis par les protocoles du 30 juin 2005 sont les suivants :

- Chiffre d'affaires minimum : pour bénéficier d'une rémunération complémentaire sur les titres NMPP, le diffuseur doit avoir réalisé en année n-1, avec les titres NMPP, un chiffre d'affaires d'au moins 50 000 euros ; pour bénéficier d'une rémunération complémentaire sur les titres SAEM-TP, le diffuseur doit avoir réalisé en année n-1, avec les titres SAEM-TP, un chiffre d'affaires d'au moins 30 000 euros ;

- Informatisation et remontée des informations : le diffuseur s'engage à être équipé d'une version de logiciel presse homologuée "remontées des ventes" par les NMPP ; à scanner les produits NMPP et SAEM-TP avec un taux de fiabilité supérieur ou égal à 95 % ; à transmettre aux NMPP chaque jour d'ouverture du point de vente, en fin d'activité journalière, le fichier des ventes de la journée (y compris celles concernant la SAEM-TP).

- Formation professionnelle agréée par les NMPP : le diffuseur s'engage à suivre au minimum tous les trois ans un stage de perfectionnement presse, qui devra être agréé par les NMPP.

- Modernisation du point de vente : le diffuseur s'engage à réaliser une action significative de modernisation du point de vente au moins une fois tous les 8 à 10 ans.

34. Le respect de l'ensemble de ces critères ouvre droit à une rémunération complémentaire qui comprend deux composantes.

La première rémunère la diversité de l'offre du diffuseur en titres NMPP, d'une part, et en titres SAEM/TP d'autre part. Quatre taux de rémunération sont prévus en fonction du pourcentage de l'ensemble des titres proposés par la messagerie concernée, et donc d'un nombre minimum de titres servis, soit NMPP, soit SAEM/TP. Le diffuseur ne peut toutefois prétendre à la première composante de la rémunération complémentaire que s'il dispose d'un linéaire presse, toutes messageries confondues, d'une longueur minimale.

Dans l'accord NMPP :

Pourcentage de l'offre totale NMPP	Pourcentage de rémunération complémentaire sur titres NMPP	Linéaire développé minimum demandé (toutes messageries)	Pour exemple, résultante en nombre de titres NMPP en 2004
33 à 66 %	1 %	75 m	De 580 à 1170
66 à 80 %	1,5 %	120 m	De 1170 à 1400
80 à 95 %	2	140 m	De 1400 à 1650
95 % et plus	2,5 %	155 m	Plus de 1650

Dans l'accord SAEM-TP :

Pourcentage de l'offre totale SAEM-TP	Pourcentage de rémunération complémentaire sur titres SAEM-TP	Linéaire développé minimum demandé (toutes messageries)	Pour exemple, résultante en nombre de titres SAEM-TP en 2004
33 à 66 %	1 %	75 m	De 320 à 640
66 à 80 %	1,5 %	120 m	De 640 à 760
80 à 95 %	2	140 m	De 760 à 900
95 % et plus	2,5 %	155 m	Plus de 900

35. La seconde composante rémunère la performance du diffuseur, c'est-à-dire une progression de ses ventes supérieure à celle d'une population de diffuseur de référence. Les protocoles conclus par les deux messageries décrivent en ces termes ce second volet de la rémunération complémentaire : « *Son mode de calcul est le suivant, la population de référence étant constituée par les diffuseurs éligibles au second plan du dépôt si celui-ci a au moins 10 diffuseurs éligibles dans son réseau et par l'ensemble des diffuseurs de France Métropolitaine hors SPPS si le dépôt a moins de 10 diffuseurs éligibles dans son réseau.* »

- *Si la progression du point de vente est supérieure à celle des diffuseurs éligibles au second plan de son dépôt, le diffuseur percevra une rémunération complémentaire au titre de la performance commerciale*
- *Sur tout le volume d'affaires réalisé au-delà de ce seuil, le diffuseur percevra une rémunération complémentaire égale à 15 % de ce chiffre*
- *Le total de rémunération complémentaire liée à la performance ne pourra excéder 3 % du volume d'affaires quotidiens et publications adhérents aux coopératives associées aux NMPP [respectivement TP] du diffuseur*
- *Le dépositaire fournira mensuellement au point de vente les informations lui permettant de se positionner par rapport aux autres points de vente éligibles au second plan de son dépôt et à ce titre concerné par la performance. Les données communiquées s'entendant de manière globale et non individuelle. »*

36. Au total, la rémunération complémentaire maximale que peut atteindre un diffuseur est de 5,5 % (2,5 % au titre de la diversité de l'offre et 3 % au titre de la performance) du chiffre d'affaires qu'il réalise avec les titres NMPP, d'une part, et SAEM-TP, d'autre part.

D. LA DATE D'ENTREE EN VIGUEUR DES ACCORDS DU 30 JUIN 2005

37. La signature des accords du 30 juin 2005 a été présentée comme une réponse d'urgence aux problèmes des diffuseurs. L'article 7 du protocole indique : *« le présent protocole prend effet au 1^{er} juillet 2005 pour l'offre titres et la performance. Sa durée est de trois ans, soit jusqu'au 1^{er} juillet 2008 »*. Quant à l'avenant déclaratif "Grandes Villes", il précise encore : *« pour l'année 2005, la performance commerciale portera sur la période du 1^{er} juillet au 31 décembre. Elle fera l'objet d'un règlement au cours du 1^{er} trimestre 2006 »*. Toutefois, le préambule du protocole indique qu'il *« est également subordonné à la modification préalable du décret 88-136 du 9 février 1988 par les pouvoirs publics. Les signataires s'engagent à mettre en œuvre tous les moyens pour obtenir cette modification dans les meilleurs délais »*.
38. Depuis la saisine est intervenu le décret n° 2005-1455 du 25 novembre 2005 modifiant le décret n° 88-136 du 9 février 1988 fixant les conditions de rémunération des agents de la vente de presse. L'article 1^{er} de ce décret modifie comme suit l'article 7 du décret de 1988 : *« Les conventions prévoyant de telles majorations sont transmises, dès signature, au ministre chargé de la communication et au Conseil supérieur des messageries de presse. Dans le délai de deux mois après réception d'une convention, le Conseil supérieur des messageries de presse adresse au ministre chargé de la communication un avis sur la conformité de cette convention aux dispositions du troisième alinéa du présent article. A défaut d'opposition notifiée aux parties à la convention par le ministre chargé de la communication sur proposition en ce sens du Conseil supérieur des messageries de presse, dans le délai d'un mois suivant la réception de l'avis du conseil, la convention entre en vigueur »*. L'article 2 indique : *« les conventions visées au deuxième alinéa de l'article 1^{er} du présent décret, signées au jour de la publication du présent décret, et non encore en vigueur, sont transmises dans les meilleurs délais au ministre chargé de la communication et au Conseil supérieur des messageries de presse. Elles sont soumises aux dispositions de l'article 1^{er} du présent décret »*.

39. Les MLP ont, le 18 août 2005, introduit un recours contre les protocoles du 30 juin 2005 devant le tribunal de grande instance de Paris sur le fondement de la loi Bichet et du décret de 1988.
40. Les protocoles ont été transmis au CSMP le 30 novembre 2005. Un projet d'avis a été transmis le 21 décembre 2005 au ministre de la culture par le président du CSMP. Selon ce projet, « *les majorations des taux de commissions des agents de la vente instituées au protocole souscrit le 30 juin 2005(...) apparaissent subordonnées à des critères objectifs, transparents, équitables et non discriminatoires, de nature à garantir le respect du principe de neutralité tel qu'il est défini à l'article 11 de la loi du 27 janvier 1987 et conformes aux dispositions du troisième alinéa de l'article 1^{er} du décret n° 2005-1455 du 25 novembre 2005* ». Le président du CSMP a rappelé toutefois que ses avis ont été rendus sur le fondement du droit de la presse, et qu'ils ne préjugent en aucun cas de l'appréciation qui pourrait être portée sur les protocoles au regard du droit de la concurrence. Ces avis ont été adoptés par l'assemblée générale du CSMP le 2 février 2005.

E. LA CONVENTION PROPOSEE PAR LES MLP

41. Les MLP ont élaboré un projet de convention intitulé « *convention de qualification et de complément de rémunération des diffuseurs qualifiés spécialisés de la presse* » qu'elles ont communiqué au Conseil de la concurrence le 9 novembre 2005. L'UNDP n'a pas signé cette convention mais cette dernière a été soumise au CSMP pour avis et approuvée par son assemblée générale le 2 février 2006. Cette convention vise à mieux rémunérer les « *diffuseurs qualifiés spécialistes de la presse* », remplissant certains critères d'accès. Cette convention devrait entrer en vigueur au plus tard le 2 mars 2006.

F. LES CAMPAGNES DE COMMUNICATION MISES EN ŒUVRE PAR LES NMPP, LES MLP ET L'UNDP A L'EGARD DES DIFFUSEURS AU SUJET DU SECOND PLAN DE REVALORISATION DE LEUR REMUNERATION

42. De nombreux communiqués de presse ou déclarations dans la presse relatifs au second plan de revalorisation de la rémunération des diffuseurs ont été faits par les responsables des MLP, des NMPP et de l'UNDP. Dans leur saisine du 14 septembre 2005 et par lettre du 24 novembre 2005, les MLP ont dénoncé le caractère dénigrant de certaines déclarations des responsables des NMPP et de l'UNDP. Selon elles, les réserves qu'elles ont exprimées sur la conformité des protocoles signés le 30 juin 2005 au droit de la presse et au droit de la concurrence ont été présentées aux diffuseurs comme des manœuvres visant à différer le versement d'une rémunération complémentaire aux diffuseurs.
43. Un communiqué du conseil des gérances des NMPP du 1er septembre 2005, publié sur le site des NMPP dans leur lettre d'information aux éditeurs, intitulé « *Assignment des MLP : communiqué du Conseil de gérance des NMPP* » est ainsi rédigé :

« *Le conseil de gérance des NMPP du 1er septembre 2005 : (...)* »

- *s'interroge sur les véritables motifs de la démarche judiciaire des MLP visant à annuler ce second plan de qualification des diffuseurs de presse.*
- *déplore vivement une attitude fortement préjudiciable aux diffuseurs de presse et à la consolidation du réseau de vente indispensable pour les éditeurs ».*

44. Un Flash Information affiché le 27 octobre 2005 sur le site Internet des NMPP mentionne :
« Les MLP ont assigné les NMPP, l'UNDP et le SNDP à jour fixe pour l'audience du 25 octobre 2005 afin d'obtenir la nullité du protocole interprofessionnel 30 juin 2005 prévoyant une rémunération complémentaire des diffuseurs. Les MLP ont demandé la veille de l'audience le renvoi des plaidoiries à une audience ultérieure, demande à laquelle les NMPP et l'UNDP se sont fermement opposées pour éviter que la situation d'incertitude juridique actuelle provoquée par la demande de nullité du protocole du 30 juin 2005 ne se prolonge. Les NMPP déplorent l'attitude irresponsable des MLP qui portent un préjudice grave aux diffuseurs de presse en accentuant encore la précarité de leur situation financière en ne permettant pas l'application du protocole du 30 juin 2005. (...) En conséquence, les NMPP constatent, que malgré tous leurs efforts, elles se trouvent devant l'impossibilité de mettre en œuvre le protocole interprofessionnel qu'elles ont signé, du fait de la procédure judiciaire engagée par les MLP. Les NMPP déplorent que les MLP tentent par tous moyens de neutraliser les effets de ce protocole et donc le versement aux diffuseurs d'une rémunération complémentaire ».

45. Le 31 octobre 2005, le président de l'UNDP a adressé aux diffuseurs un courrier indiquant : *« La direction des MLP communique d'abondance. Ce sont des manœuvres. Il est temps de répondre (...).*

Son objectif : faire annuler cet accord. Avec à la clé le risque de tout détruire et de repartir pour de longues années de discussions au résultat incertain (...).

La direction des MLP fait peu de cas de son réseau de diffuseurs. C'est une attitude bien étrange de la part d'une messagerie qui a bâti son développement sur la déontologie des diffuseurs, alors même que les produits MLP représentent 15 % du chiffre d'affaires, en occupant plus de 45 % des linéaires, pour un taux d'invendus dépassant 58 % en volume. Sauf à ce que la direction des MLP retire sa plainte, il faut maintenant attendre la décision de justice. Pendant ce temps perdu, rien ne nous oblige plus à soutenir le développement d'une messagerie qui ne nous paie pas de retour. Pour l'instant, à l'instar des élus de l'UNDP, nous vous invitons à cesser de participer aux opérations promotionnelles des MLP (« MLPilon », « j'aiMe La Presse » ou « Arrêt sur ») en retirant les mobiliers et signalétiques de vos points de vente. Comme ils le font eux-mêmes, nous vous demandons de ne plus accepter les produits hors presse distribués par les MLP, qui ne sont pas couverts par le système coopératif issu de la loi de 1947. Concrètement, nous disposons d'une faculté de retour immédiat sur les produits multimédias PM (vidéo, DVD, musique, jeux vidéo). Il faut l'utiliser. ».

46. Le contenu de cette lettre a été repris dans un tract adressé à tous les diffuseurs.

47. Les MLP soutiennent que cette campagne a eu des répercussions dans les assemblées générales régionales de l'UNDP, au cours desquelles les responsables régionaux des MLP se sont heurtés aux propos agressifs des représentants du syndicat qui les ont accusés d'avoir fait perdre six mois aux diffuseurs.

48. D'après les MLP, les effets de cette campagne et des appels au boycott de l'UNDP se font également sentir dans le courrier adressé par un diffuseur (Le Relais de la presse à Chennevières sur Marne – 94 430), le 10 novembre 2005, au magazine Marianne : *« Votre magazine est très bien mais je ne ferai aucun effort pour le promouvoir, pour le vendre.*

Vous avez choisi MLP, des gens malhonnêtes, qui posent problème pour nous payer correctement. Ci-joint courrier d'UNDP à tous les diffuseurs. En tout cas, dans le département 94, mes collègues et moi vont faire blocage à tous les titres distribués par les MLP.... ».

49. Le 17 novembre 2005 la DGCCRF a fait parvenir un courrier à l'UNDP, mettant cette dernière en garde sur le fait que son comportement était susceptible de porter atteinte aux règles de la concurrence.
50. A la suite de ce courrier, l'UNDP a adressé aux diffuseurs, le 30 novembre 2005, une circulaire, dans laquelle elle fait état de l'avertissement de la DGCCRF, et conclut : *« En conséquence le directeur général nous demande de mettre fin immédiatement à notre mouvement. Nous prenons acte de cette instruction et le présent courrier est donc destiné à vous confirmer expressément, selon le vœu exprimé par la DGCCRF, que l'UNDP ne vous donne aucun conseil concernant votre relation avec les MLP. »*. Ce courrier précise par ailleurs : *« Il ne s'agit en aucun cas de remettre en cause le statut des produits multimédias, définis par le conseil supérieur des messageries de presse pour toutes les messageries. Vous conserverez donc, sans réserves, votre pouvoir d'appréciation de commerçant indépendant sur ces produits, que vous pouvez refuser, conformément aux règles et procédures de la profession »*.
51. Dans l'éditorial de son magazine "Union Presse" n° 288 de janvier 2006, la direction de l'UNDP informe les diffuseurs que les MLP se sont encore une fois abritées derrière des prétextes juridiques pour ne pas se désister de leur action devant le tribunal de grande instance de Paris, contrairement à ce qu'elles avaient annoncé : *« Côté rémunération, à la suite de la parution d'un nouveau décret, les MLP ont annoncé qu'elles allaient retirer leur plainte contre l'accord signé en juin dernier entre les NMPP et le SNDP, accord dont l'objectif est de consolider le réseau sur le plan financier. Mais on apprend que de nouveaux obstacles juridiques empêcheraient la messagerie de tenir parole. Bref, nous risquons fort de nous retrouver malgré tout au tribunal en janvier »*.
52. Par courrier du 17 janvier 2005, les MLP ont également versé au dossier un exemplaire de « La gazette des Hautes-pyrénées » de janvier 2006, publication de la délégation départementale des Hautes-Pyrénées de l'UNDP dans lequel il est relevé : *« Vous avez reçu dans vos bacs un document des MLP qui avaient le « plaisir » de nous informer qu'ils étaient prêts à appliquer la convention qui vise à « mieux rémunérer les diffuseurs qualifiés ». Attention, tout ceci n'est que de « la poudre aux yeux ». Pour le moment aucun accord n'a été signé entre les MLP et l'UNDP. Restons vigilants !!!! Il sera toujours temps, pour faire pression, si les MLP ne se montrent pas plus coopératifs, de ne plus accepter les produits hors presse distribués par les MLP (produits multimédias : vidéo, dvd, musique, jeux vidéo). »*.

II. Sur la recevabilité

53. L'article 42 du décret du 30 avril 2002 modifié 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. 46-8 du code de commerce.

A. SUR LE MARCHÉ CONCERNE ET LA POSITION DES NMPP ET DE LA SAEM-TP SUR CELUI-CI

54. Les NMPP, la SAEM-TP et les MLP opèrent au premier niveau du marché de la distribution de la presse au numéro. Elles sont rémunérées par une commission que leur versent les éditeurs sur le prix facial des produits. A plusieurs reprises, le Conseil a considéré que le marché de la distribution de la presse au numéro constituait un marché distinct de celui de la vente par abonnement (voir notamment la décision n° [03-D-09](#)). En 2004, les ventes au prix fort (prix facial des journaux et magazines vendus) de ces produits se sont élevées à 2 006 millions d'euros pour ceux distribués par les NMPP, soit 55,9 % du total, à 1 064 millions pour ceux distribués par la SAEM-TP, soit 24,6 % du total, et à 517 millions d'euros pour ceux distribués par les MLP, soit 14,4 % du total.
55. Le Conseil a déjà relevé dans d'autres décisions (décisions n° [03-MC-04](#) du 22 décembre 2003 et n° [05-D-01](#) du 12 janvier 2004), que c'était la position conjointe des NMPP et de la SAEM-TP qui devait être prise en compte afin d'apprécier les effets sur les marchés des tarifs proposés par les deux messageries aux éditeurs. Il a retenu, dans cette analyse, les liens financiers qui unissaient ces deux sociétés, toutes deux filiales du groupe Hachette, le fait que les NMPP assuraient la distribution des titres confiés à la SAEM-TP par ses clients éditeurs, le fait que les barèmes des deux messageries étaient quasiment identiques et des éléments montrant que les deux messageries ne se présentaient pas aux éditeurs comme des concurrents mais comme des partenaires. Il a conclu que, si les liens financiers et juridiques les unissant pouvaient effectivement leur donner la possibilité de concevoir en commun leur stratégie commerciale, c'est-à-dire sans que les dispositions prohibant les ententes anticoncurrentielles puissent leur être opposées, il en ressortait qu'elles ne pouvaient être considérées comme indépendantes.
56. Les NMPP et la SAEM-TP soutiennent que l'analyse de leur indépendance à l'égard l'une de l'autre doit être menée au regard des pratiques dénoncées, en l'espèce la signature de deux protocoles distincts relatifs à la revalorisation de la rémunération des diffuseurs. Elles font valoir que ces compléments de rémunération ont été consentis aux diffuseurs par les éditeurs regroupés en coopératives, et non par les messageries, que si les systèmes de rémunération mis en place par les deux protocoles reposent sur les mêmes principes, c'est en raison de la qualité et du caractère approprié de ce système. Elles soulignent encore que les protocoles ne comportent aucun élément de mutualisation entre les conditions ouvrant droit à la rémunération NMPP d'une part, et celles ouvrant droit à la rémunération SAEM-TP, d'autre part, les seuils de chiffres d'affaires et de nombre de titres étant individualisés pour chaque messagerie.
57. Toutefois, les liens juridiques, financiers et commerciaux relevés par le Conseil dans ses décisions antérieures subsistent à ce jour. S'agissant des systèmes de rémunération complémentaire mis en cause par la saisine, le fait qu'ils aient été négociés de façon conjointe, qu'ils soient construits sur les mêmes principes et aient fait l'objet de protocoles

qui, bien que signés de façon séparée, sont rédigés dans les mêmes termes, confirment que les deux messageries ne se comportent pas de façon indépendante l'une de l'autre. De plus, l'avenant au protocole interprofessionnel du 18 septembre 2001, en date du 30 juin 2005, qui modifie les critères de qualification du premier plan, est commun aux deux messageries. En conséquence, il y a lieu de considérer que la position conjointe des deux messageries sur le marché les met en situation de se comporter comme si elles ne formaient qu'une seule entreprise ; en outre, elles assurent ensemble plus de 85 % des ventes aux prix forts, ce qui les met en position dominante sur le marché de la distribution de la presse au numéro.

B. EN CE QUI CONCERNE LE PRINCIPE D'UNE NEGOCIATION SEPARÉE D'UN DEUXIEME PLAN DE REVALORISATION DE LA REMUNERATION DES DIFFUSEURS

58. Les MLP font valoir qu'elles avaient envisagé lors des négociations qui ont débuté fin 2004, un dialogue interprofessionnel afin de fixer des règles de revalorisation non discriminatoires pour tous les diffuseurs mais que les NMPP et la SAEM-TP les ont évincées des négociations et ont conclu de façon séparée un accord avec l'UNDP et le SNDP.
59. Les NMPP objectent qu'elles étaient d'autant moins tenues d'impliquer une messagerie concurrente dans la négociation des conditions de rémunération des diffuseurs pour les titres qu'elles distribuent qu'un protocole commun aurait constitué une entente sur les prix supprimant toute concurrence entre les messageries. Elles font valoir, comme le fait également la SAEM-TP, qu'elles ont conclu un protocole d'accord distinct de celui de la SAEM-TP.
60. Comme cela a déjà été relevé ci-dessus, le protocole conclu par les NMPP et celui conclu par la SAEM-TP ont un contenu identique, hormis les seuils minimum de chiffre d'affaires et de nombre de titres, différents pour chaque messagerie. De plus, l'avenant au protocole d'accord du 19 février 2001 a été signé conjointement par les deux messageries. Le Conseil a cependant déjà eu l'occasion de préciser que les liens financiers et juridiques les unissant pouvaient effectivement leur donner la possibilité de concevoir en commun leur stratégie commerciale, c'est-à-dire sans que les dispositions prohibant les ententes anticoncurrentielles puissent leur être opposées. S'agissant d'une messagerie réellement concurrente comme les MLP, s'il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que la réglementation spécifique au secteur de la presse pourrait justifier la négociation conjointe d'un système de rémunération complémentaire des diffuseurs, il ne peut pour autant être soutenu que le principe d'une négociation séparée et de l'exercice d'une concurrence dans l'espace laissé par cette réglementation est, en lui-même, susceptible d'avoir des effets d'éviction à l'encontre des MLP.

C. EN CE QUI CONCERNE LE CARACTERE DISCRIMINATOIRE DES CRITERES DE REMUNERATION DES DIFFUSEURS RETENUS DANS LES ACCORDS DU 30 JUIN 2005

1. LE CRITERE RELATIF A L'ENSEIGNE PRESSE DE TYPE « PLUME »

61. Les MLP et Agora Presse prétendent que les critères de qualification du second plan de revalorisation de la rémunération des diffuseurs signé le 30 juin 2005 se prêtent à une application discriminatoire par les NMPP, dans le but de défavoriser les diffuseurs qui, comme Agora Presse, ne sont pas liés au groupe Hachette. En particulier, elles mettent en cause la clause stipulant que « *le point de vente doit disposer d'une enseigne Presse de type Plume dont le dessin et modèle doivent être récents et apposés sur la vitrine en enseigne drapeau* ». Selon les MLP, un diffuseur arborant une enseigne « *Presse Plume* » est dans l'esprit du public un diffuseur NMPP, même s'il est juridiquement indépendant. Les MLP sont par ailleurs réservées sur l'objectivité avec laquelle le respect de ce critère sera apprécié. Elles soulignent aussi que l'acquisition d'une telle enseigne représente un investissement minimum de 500 euros pouvant aller jusqu'à 800 euros.
62. Dans leurs observations, les NMPP précisent que l'exigence posée par l'accord ne porte pas sur les différents modèles de marques « Plume » qu'elle a fait enregistrer à l'INPI, mais sur un "type" d'enseigne permettant d'identifier les points de ventes distribuant la presse. Les sociétés mises en cause soutiennent que la référence à la "Plume" est un signe extérieur usuel dans le secteur de la presse, comme la croix verte pour les pharmacies. Elles citent le cas du magasin au 19, rue des Archives à Paris, à l'enseigne "Agora presse et caetera", réseau développé par les MLP, qui aurait rempli et renvoyé au dépôt SPPS de Bobigny le "Déclaratif Grandes Villes" sans qu'aucun refus ne lui soit opposé.
63. Toutefois, la rédaction de l'article 1.1 de l'avenant au protocole interprofessionnel du 18 septembre 2001, en date du 30 juin 2005, est ambiguë et ouvre la voie à plusieurs interprétations. Elle pourrait en particulier être interprétée comme imposant aux diffuseurs l'acquisition des droits d'utilisation des modèles déposés par les NMPP. Le CSMP, dans deux courriers du 12 décembre 2005 adressés aux NMPPP et à la SAEM-TP s'interrogeait d'ailleurs en ces termes : « *Les NMPP peuvent-elles confirmer au CSMP que l'enseigne Presse de type Plume* » objet du premier aménagement des critères du premier plan, *ne constitue pas une enseigne imposée par la messagerie mais un type d'enseigne « type presse » ?* ». Les deux messageries ont répondu par courriers respectivement du 19 et du 20 décembre que « *l'enseigne Presse de type « Plume » visée dans l'avenant au Premier Plan inclut toute enseigne de nature à informer clairement le public que le point de vente qui l'arbore est un spécialiste de la presse. Le terme « Plume » a été utilisé à titre d'illustration et de référence car la plume est le signe distinctif de la distribution de la presse le plus fréquemment utilisé, mais il n'a pas une portée restrictive, le critère étant rempli dès lors que l'enseigne est de type « Plume »* ». Les NMPP poursuivent : « *Les enseignes figurant une plume différente des modèles de plume déposés comme marques par les NMPP et plus généralement, toutes les enseignes identifiant clairement un point de vente de la presse, notamment celles qui comprennent le mot « presse », répondent donc à la définition de l'enseigne Presse de type « Plume » et permettent aux diffuseurs qui les arborent de bénéficier des dispositions du Protocole ou de la Convention s'ils remplissent les autres critères* ».

64. Toutefois, la lettre adressée par les NMPP au CSMP, confirmée en séance par les NMPP, n'a pas la même valeur juridique que celle issue de la rédaction de l'article 1.1. Le Conseil note que cet article fait référence à « *un dessin et un modèle récent* », ce qui n'a de sens que s'il s'agit d'un modèle de marque déposé. Les explications fournies au CSMP et, dans le cadre de la procédure relative à la présente affaire, devant le Conseil ne peuvent suffire à lever toute ambiguïté à l'égard des nombreux diffuseurs concernés par l'avenant, comme le montre « *La Gazette des Hautes-Pyrénées* » de janvier 2006 qui adresse « *un merci tout particulier à Mme X... qui a obtenu des prix très intéressants pour les plumes obligatoires au maintien de la qualif. 1* ».
65. En l'état de l'instruction, l'imposition pour l'obtention d'un complément de rémunération, d'un critère de qualification, dont la rédaction peut, en raison de son ambiguïté, être interprétée comme obligeant les diffuseurs à acquérir une enseigne dont la marque est déposée par la messagerie en position dominante sur le marché amont de la distribution de la presse, et dont l'apposition en façade suggère l'existence d'un lien particulier entre cette messagerie et les diffuseurs concernés, est susceptible d'être qualifié, au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce, d'abus de position dominante.

2. LES CRITERES RELATIFS A UNE LONGUEUR MINIMALE DE LINEAIRE MURAL

66. Les MLP et Agora Presse mettent également en cause le caractère discriminatoire des critères de qualification du premier plan, aménagés dans les accords du 30 juin 2005, relatifs à la représentativité de la presse. Ces critères sont au nombre de deux : le diffuseur s'engage, d'une part, à réserver à la presse un pourcentage de son linéaire mural, qui dépend de sa surface de vente (cf. tableau au paragraphe 31 ci-dessus) ; le linéaire presse dédié aux produits des messageries doit, d'autre part, représenter une longueur de quatre mètres au sol au minimum. Mais, alors que l'avenant du 30 juin 2005 précise que « *seul doit être déclaré le linéaire mural (mobilier de plus de 1,70 m de hauteur), les îlots, présentoirs n'étant pas pris en compte* », les MLP notent que dans les explications données aux diffuseurs dans un document intitulé « *Comment remplir votre déclaratif* », il est indiqué que, pour calculer le ratio de représentativité, « *une dérogation au principe concerne les magasins sous enseigne « Maisons de la Presse » et « Mag Presse » pour lesquels sont comptabilisés dans le linéaire au sol les îlots centraux, éléments indissociables du concept architectural* ».
67. Les NMPP produisent un courrier qu'elles ont adressé au président de l'UNDP le 28 septembre 2005 : « *Par courrier en date du 15 septembre 2005, vous attirez mon attention sur une mention inscrite dans le document d'accompagnement au Déclaratif Grandes villes qui concerne le calcul du ratio du linéaire presse (...) cette dérogation ne doit naturellement pas s'entendre comme une mention semblant faire obstacle à l'équité entre les diffuseurs. Si nous n'avons mentionné que le concept architectural de "Maison de la Presse" et "Mag Presse", c'est tout simplement parce que nous avons une connaissance précise de ces points de ventes et que nous souhaitons indiquer que nous prenions en considération la notion d'îlot dès lors que celle-ci avait une réalité architecturale. En clair, comme cela a toujours été le cas, nous n'entendons pas prendre en compte des îlots qui ne seraient pas exclusivement consacrés à la presse et ce, de manière systématique dans le temps. En d'autres mots un diffuseur dont l'agencement du point de vente intégrerait la notion d'îlot presse dans son architecture verrait ces îlots pris en considération. Par ailleurs, dans ce même document (cf. point 2 intitulé « représentativité de la presse), nous indiquons que 4 mètres linéaires au sol sont exigés au minimum pour*

être qualifiés. Il est précisé dans ce paragraphe que les îlots et présentoirs, etc, ne sont pas pris en compte et aucune exception ne sera faite quelque soit le point de vente »..

68. Les NMPP ajoutent dans leurs observations que les îlots centraux des magasins Agora seront pris en compte dans le calcul du ratio de représentativité de la presse. Elles soutiennent par ailleurs que l'exploitation d'un point de vente sous l'enseigne « Maison de la Presse » ou « Mag Presse » ne crée, par elle-même, aucun lien de dépendance des diffuseurs concernés vis-à-vis des NMPP, les commerçants concernés demeurant totalement indépendants, et que les NMPP ne sont pas intéressés au développement du chiffre d'affaires de ces magasins, les forfaits d'adhésion et les cotisations annuelles versées à la Seddif n'étant nullement fonction du chiffre d'affaires mais forfaitaires ou fonction du nombre d'opérations d'animation et de promotion que les diffuseurs concernés s'engagent à suivre par an.
69. Cependant, l'interprétation donnée par les NMPP dans ce courrier du 28 septembre ou dans leurs observations devant le Conseil ne ressort pas explicitement de la rédaction des instructions données aux diffuseurs dans le document « *Comment remplir votre déclaratif* ». Dans la mesure où la plupart des diffuseurs n'auront pas accès à ces explications nouvelles, ils ne pourront que se fonder sur la lettre du document qui introduit une discrimination entre les points de vente susceptible, en l'état de l'instruction, d'être qualifiée d'abusives au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

3. LE CRITERE RELATIF A LA REALISATION D'UN CHIFFRE D'AFFAIRES MINIMAL ET A LA DIVERSITE DE L'OFFRE

70. Les MLP et Agora Presse font encore valoir que, parmi les critères du second plan, le seuil de chiffres d'affaires cumulés en produits NMPP et SAEM-TP à atteindre pour prétendre à une rémunération complémentaire (soit 80 000 euros) est particulièrement élevé et vise à réserver le bénéfice du second plan à une catégorie restreinte de diffuseurs, parmi lesquels on retrouve le plus grand nombre de diffuseurs NMPP et tout particulièrement de « Maisons de la Presse » et de « Presse Mag ». Elles affirment aussi que les seuils de déclenchement de la rémunération au titre de la diversité de l'offre aboutissent en réalité à privilégier les distributeurs ayant adopté les concepts NMPP. Selon elles, il ressort des statistiques publiées par les NMPP que seuls 3,1 % des diffuseurs, soit 800, exposent plus de 1400 titres et pourront donc prétendre aux tranches les plus élevées de rémunération au titre de la diversité de l'offre, « Maisons de la presse » et « Presse Mag » constituant l'essentiel de ces 800 diffuseurs.
71. Les NMPP objectent que les conditions en termes de chiffres d'affaires ne doivent pas être globalisées dans la mesure où elles peuvent être respectées de façon séparée par les diffuseurs. Les NMPP reprennent par ailleurs l'argument de l'indépendance des diffuseurs arborant les enseignes « Presse Mag » et « Maisons de la Presse » déjà exposé ci-dessus. Elles font valoir qu'il n'est pas démontré que seuls les points de vente exploités sous l'enseigne « Maison de la Presse » ou « Mag Presse » accéderont aux tranches de rémunération les plus élevées alors que le critère de diversité est justifié et objectif et qu'en tout état de cause tout diffuseur peut adhérer aux concepts concernés.
72. La SAEM-TP soutient également que certains diffuseurs seront qualifiables au titre des deux messageries et que d'autres le seront pour l'une et non pour l'autre et vice-versa. Elle a précisé le nombre de diffuseurs qualifiables au titre des NMPP, au titre de la SAEM-TP, et

ceux qualifiables au titre des deux messageries, chiffres ne concernant que le paramètre chiffre d'affaires 2004. Ces chiffres sont les suivants, le premier étant celui de la province, le second celui des grandes villes :

- Diffuseurs qualifiables au titre des NMPP : 6 121 (5 221 + 900)
- Diffuseurs qualifiables au titre de SAEM-TP : 7 356 (6 454 + 902)
- Diffuseurs qualifiables au titre des NMPP et SAEM-TP : 5 988 (5 152 + 836)
- Diffuseurs qualifiables au titre des NMPP ou SAEM-TP : 7 489 (6 523 + 968).

73. Les autorités de la concurrence nationales et communautaires considèrent que lorsque les seuils de déclenchement des différentes tranches de rabais, liés aux taux pratiqués, conduisent à réserver le bénéfice de rabais ou de rabais supplémentaires, à certains partenaires commerciaux tout en leur donnant un avantage économique non justifié par le volume d'activité qu'ils apportent et par les éventuelles économies d'échelle qu'ils permettent au fournisseur de réaliser par rapport à leurs concurrents, un système de rabais de quantité entraîne l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes. Peut constituer, à défaut de justifications objectives, l'indice d'un tel traitement discriminatoire, un seuil de déclenchement du système élevé ne pouvant concerner que quelques partenaires particulièrement importants de l'entreprise en position dominante (voir par exemple la décision n° [03-D-09](#) du 13 février 2003).
74. Les Maisons de la Presse représentant environ 615 points de vente et les magasins Mag Presse environ 900, le seuil de déclenchement du rabais, constitué par la réalisation d'un minimum de 50 000 euros de chiffre d'affaires avec les NMPP et de 30 000 euros avec la SAEM-TP, apparaît, en l'état de l'instruction, comme pouvant s'appliquer à un ensemble plus large que les partenaires des NMPP, puisque les éléments communiqués par la SAEM-TP font apparaître qu'environ 6 000 d'entre eux peuvent être qualifiés au titre de ces seuils.
75. En revanche, en l'état de l'instruction, les tranches les plus élevées de rémunération au titre de la diversité de l'offre sont susceptibles de n'être accessibles qu'aux points de vente les plus importants, constitués de facto des Magasins de la Presse et des Mag Presse. En effet, il ressort des données sur le réseau des diffuseurs publiées par les NMPP dans « Tendance de la vente au numéro » qu'en 2004, ces deux enseignes représentaient 5,2 % du nombre de points de vente mais 12, % du total du linéaire national développé et que le chiffre d'affaires moyen des Magasins de la Presse était de 295 000 euros et celui des Mag Presse, de 184 000 euros contre 100 000 pour l'ensemble des diffuseurs. Il ressort également que le nombre de points de vente diffusant plus de 1 000 titres n'était que de 3,1 % du total, soit 877.

4. LES CRITERES RELATIFS A LA FORMATION DES DIFFUSEURS, A L'INFORMATISATION ET A LA MODERNISATION DES POINTS DE VENTE

76. Les MLP et Agora Presse soutiennent que l'obligation « *d'être équipé d'une version de logiciel presse homologuée 'remontées des ventes' par les NMPP* » découragera les diffuseurs d'adopter des solutions alternatives, et que l'obligation « *d'effectuer le scan des produits NMPP avec un taux de fiabilité supérieur ou égal à 95 %* » les incitera à se

concentrer sur le scannage des produits NMPP et SAEM-TP, au détriment du scannage des produits MLP. Les saisissantes notent également que si, aux termes de l'article 3.4 du protocole « *le diffuseur s'engage à suivre au minimum une fois tous les trois ans un stage de perfectionnement presse. Ce stage, lié à la vente et à la gestion de la presse, a une durée minimum d'une journée et est assuré par un organisme de formation agréé par la profession* », il ressort du document « *comment remplir votre déclaratif* », que « *l'agrément sera du ressort d'un comité réunissant les professionnels concernés : NMPP, SNDP et UNDP. Le rôle des NMPP est de recevoir les programmes de formation provenant de ces organismes à partir des informations fournies par les organismes (bilans pédagogiques, références des formateurs...)* ». Selon les saisissantes, par cette disposition, les NMPP et la SAEM-TP aménagent la possibilité d'apprécier, de façon discrétionnaire, si un diffuseur remplit ce critère. Elles dénoncent également l'influence que peut conférer la maîtrise de la formation de l'ensemble des diffuseurs, notamment par le moyen du contrôle du contenu des formations et signalent que l'organisme de formation le plus important de la profession, le Cefodip, se trouve dans les mêmes locaux que les NMPP. Enfin, les MLP et Agora Presse considèrent que la condition selon laquelle « *le diffuseur s'engage à réaliser une action de modernisation du point de vente au moins une fois tous les huit à dix ans. Cette action doit être significative et correspondre à un investissement minimum de 3 500 euros hors taxes (hors gros œuvre) pour l'année 2006, base de référence* », laisse aux NMPP une grande marge d'appréciation leur ouvrant la possibilité d'exclure du bénéfice de cette clause les diffuseurs liés aux MLP.

77. En ce qui concerne le critère de l'informatisation, les NMPP répondent que l'exigence d'une homologation par les NMPP du logiciel utilisé par le diffuseur est destinée à assurer que le logiciel est en mesure de communiquer avec leur système d'information. A propos du scannage des titres, les défenderesses font valoir que le diffuseur qui y procède ne peut, lors du passage du client final à la caisse, traiter les titres de façon différenciée en fonction de la messagerie qui les distribue.
78. S'agissant de la formation professionnelle, tant les NMPP que la SAEM - TP soutiennent que le Cefodip est un organisme paritaire qui réunit tous les participants de la distribution de la presse y compris les MLP, qui sont membres du collège "messagerie". Les formations destinées aux diffuseurs de presse font l'objet de plaquettes qui démontrent que les trois messageries y sont représentées de façon totalement impartiale. En outre des sessions sont organisées, pour répondre aux demandes spécifiques des MLP et former les candidats, par exemple sur leur logiciel EDGAR.
79. Pour ce qui concerne la modernisation du point de vente, les défenderesses font valoir qu'une bonne présentation de la presse doit être assurée pour promouvoir celle-ci et que les efforts demandés aux diffuseurs sont très mesurés.
80. En eux-mêmes, les critères visant, d'une part, à assurer la compatibilité des logiciels utilisés par les diffuseurs avec les autres logiciels proposés par les messageries et d'autre part à garantir un niveau de formation minimum ou une modernisation du point de vente tous les huit à dix ans ne paraissent pas, en l'état de l'instruction, discriminatoires ni de nature à favoriser une catégorie de revendeurs par rapport à une autre. Ils pourraient le devenir si la vérification de ces critères par les NMPP ou la SAEM-TP n'était pas faite de bonne foi ce qui, à ce stade de l'application des protocoles, ne peut être présumé.

D. EN CE QUI CONCERNE LE CARACTERE FIDELISANT DES CRITERES DE QUALIFICATION

81. Les MLP dénoncent également le caractère fidélisant du système de rémunération complémentaire mis en place par le second plan et l'aménagement des critères du premier plan. Selon elles, plusieurs critères de qualification auront directement pour effet d'inciter les diffuseurs à concentrer leurs efforts de commercialisation sur les produits NMPP et SAEM-TP, au détriment des produits MLP et sont donc susceptibles de les évincer du marché de la distribution de la presse au numéro.
82. En premier lieu, elles soutiennent que lorsque l'article 1.3 de l'avenant du 30 juin 2005 au protocole du 18 septembre 2001 prévoit que « *le linéaire presse dédié aux messageries doit représenter une longueur de quatre mètres au sol minimum* », le terme « messageries » ne peut désigner que les NMPP et la SAEM-TP, ces deux messageries, seules, ayant signé l'avenant. En deuxième lieu, elles mettent en cause les seuils minimum de chiffre d'affaires de 50 000 euros pour les produits NMPP et de 30 000 euros pour les produits SAEM-TP ; elles estiment que NMPP et SAEM-TP ne formant qu'une seule entreprise, il faut faire masse de ces deux seuils, à 80 000 euros. En troisième lieu, la rémunération au titre de la diversité de l'offre a, selon elles, pour but d'inciter les diffuseurs à présenter en priorité les titres NMPP et SAEM-TP. Elles exposent qu'un diffuseur exposant habituellement 2 000 titres, dont 700 titres MLP, sur 120 mètres linéaires développés, devra désormais exposer 1 170 titres NMPP et 660 titres SAEM-TP, soit 1 830 titres et qu'il sera donc contraint de réduire l'offre MLP de 530 titres afin d'assurer son complément de rémunération sur au moins 80 % du chiffre d'affaires. En quatrième lieu, elles font valoir que la rémunération au titre de la performance constitue un rabais de progression du chiffre d'affaires que les autorités de la concurrence considèrent comme anticoncurrentiel.
83. Les NMPP rétorquent, s'agissant de l'article 1.3 de l'avenant qu'il ne vise pas "les messageries signataires d'un accord avec les diffuseurs", mais "les messageries", dont font partie les MLP et que les conditions relatives à la représentativité de la presse ne peuvent donc avoir aucun effet d'exclusion vis-à-vis des MLP. S'agissant des autres conditions, elles contestent qu'un quelconque effet de fidélisation et d'exclusion des titres MLP des présentoirs puisse être envisagé, dans la mesure où le diffuseur est tenu d'exposer sans discrimination tous les titres qui lui sont remis par les messageries pour le compte des éditeurs, cette obligation, rappelée dans le préambule du protocole NMPP, résultant tant de la réglementation applicable à la distribution de la presse, que des contrats entre dépositaires et diffuseurs.
84. Les NMPP ajoutent, qu'en tout état de cause, les seuils ne sont pas fixés à des niveaux tels que pour les respecter, les diffuseurs devraient exclure les produits MLP des linéaires. De même que la SAEM-TP, elles font valoir que la condition portant sur le niveau des ventes doit être respectée de façon distincte, d'une part pour les ventes NMPP et, d'autre part pour les ventes SAEM-TP. S'agissant des critères relatifs à la diversité de l'offre, les NMPP soutiennent que les diffuseurs seront en mesure de les respecter tout en exposant de façon satisfaisante les titres MLP. Selon elle, chaque mètre de linéaire accueille une vingtaine de publications, soit 5 cm environ par titre, sauf pour les titres exposés « en pleine page ». Elle affirme aussi qu'il est reconnu dans la profession que seuls 2/3 du total des titres servis à un point de vente sont exposés à un instant donné, puisqu'il est d'usage de ne pas laisser en exposition les trimestriels jusqu'à la parution suivante mais durant

seulement 56 jours, et qu'il faut tenir compte des hors série et des titres qui disparaissent. En séance, les NMPP ont précisé que cette règle ne concernait que les nouveautés mais ont réaffirmé que seuls 2/3 des titres étaient exposés. Cette observation est reprise par la SAEM-TP. Selon les estimations présentées par les NMPP, l'exposition des titres NMPP et MLP laisserait entre 20 % et 60 % de la longueur du linéaire libre pour les produits MLP alors que la part de marché des MLP serait estimée à moins de 20 % en valeur et que, de surcroît, le linéaire exigé dans les protocoles est un minimum et que de nombreux diffuseurs peuvent disposer d'un linéaire développé plus long.

85. Les NMPP expliquent encore qu'il faut tenir compte de l'écart entre le prix moyen des publications MLP et le prix moyen des publications NMPP : le prix facial des titres MLP serait en moyenne 2,5 fois supérieur au prix facial de ses propres titres. Enfin, s'agissant de la rémunération au titre de la performance du point de vente, les NMPP soutiennent que ce n'est pas l'augmentation du chiffre d'affaires réalisé par le diffuseur en titres NMPP qui est rémunérée, mais sa performance relative par rapport à celle des autres diffuseurs.
86. Toutefois, il résulte d'une jurisprudence constante qu'une remise a un effet fidélisant susceptible de fausser le jeu de la concurrence sur un marché lorsqu'elle incite les clients à s'approvisionner en totalité ou pour une partie importante de leurs besoins auprès de l'entreprise en position dominante (voir l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 13 février 1979, Hoffmann-Laroche/Commission). En l'espèce, la réglementation spécifique au secteur de la presse crée des conditions particulières, dans la mesure où les diffuseurs ne peuvent pas refuser que leur soient livrées certaines publications. En particulier, les diffuseurs ne peuvent refuser de distribuer tel ou tel titre au motif qu'il transiterait par l'une ou l'autre des messageries, comme l'a jugé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 19 septembre 1997 à propos d'un diffuseur qui refusait de mettre en vente les titres transitant par les MLP. Les éditeurs ayant l'entière maîtrise de la distribution de leurs publications, ce sont eux qui, en fonction d'un « réglage » fait avec le concours des messageries et des dépositaires, décident des points de vente dans lesquels les publications seront diffusées. Les diffuseurs peuvent signaler un taux d'inventus important auprès des dépositaires ou demander à être servis en nouveaux titres mais ne peuvent pas, de leur propre initiative, supprimer un titre ou réduire le nombre d'exemplaires qui leur sont livrés par les dépositaires. Ils sont, de plus, tenus d'exposer à la vente tous les titres qui leur sont servis et d'observer un principe de neutralité.
87. Les effets concrets des obligations que la loi Bichet fait peser sur les dépositaires et les diffuseurs doivent, cependant, s'apprécier compte tenu du contexte dans lequel se déroulent les opérations de dépôt et de vente. L'ensemble de la profession et des observateurs dénonce, en effet, l'extrême encombrement des dépôts et des linéaires de vente. Cette contrainte pesant sur l'espace disponible a été confirmée tant par les parties saisissantes que par les défenderesses, ainsi que par les témoins entendus en séance par le Conseil. La commission des affaires culturelles du Sénat, dans son avis sur le projet de loi de finances pour 2005 (avis n°75 (2004-2005), tome 10) déplorait également « *l'engorgement croissant des surfaces d'exposition dans les points de vente* » et l'expliquait par la combinaison de trois facteurs :

« - *l'explosion du nombre de produits à traiter : 3 526 produits ont été distribués par les NMPP en 2002 (dont 339 titres supplémentaires par rapport à 2001), et 1 759 par les Messageries lyonnaises de presse (MLP), soit un total de près de 5 300 produits pour ces deux seules sociétés ; le nombre de références de presse a progressé de 35 % entre 1996 et 2002, selon le Conseil supérieur des messageries de presse (CSMP) ;*

- le développement spectaculaire des produits « hors-presse » (DVD, multimédias, livres, encyclopédies, etc.) : 426 produits diffusés en 2002, contre seulement 61 en 1997 ;

- la persistance de forts taux d'inventus : 46,7 % en moyenne en 2002 (41,2 % pour les quotidiens, 46,8 % pour les magazines et 51,4 % pour les produits « hors-presse »).

Outre l'impact déjà évoqué sur la pénibilité du travail des diffuseurs, cet encombrement des linéaires nuit à la visibilité et à l'accessibilité des titres et produits exposés, et, partant, aux ventes et à la rentabilité des exploitations. ».

88. Cette contrainte forte pesant sur la place disponible interdit de fait une complète exposition de tous les titres que le diffuseur a l'obligation de présenter à la vente. Contrairement à ce que soutiennent les NMPP et la SAEM-TP, la contrainte de place redonne donc au diffuseur une marge d'appréciation dans l'exposition des titres qu'il doit vendre, et donc la possibilité de faire des choix dans les titres dont il promeut la vente. De fait, le système de rémunération mis en place par les protocoles mis en cause aurait peu de sens si les diffuseurs ne pouvaient pas être incités à promouvoir certains titres, puisque ce système a justement pour objet d'encourager les diffuseurs à accepter un certain nombre de titres d'une messagerie (rémunération au titre de la diversité) et à promouvoir les ventes de ces produits pour bénéficier de la rémunération au titre de la performance. Il ressort du dossier que les titres peuvent être exposés de façon plus ou moins visible, depuis l'exposition « en chevauché » laissant apparaître 1 cm de couverture en pleine page, jusqu'à l'exposition en « pleine page » et que les éditeurs et les messageries organisent des opérations d'animation et de promotion à l'aide d'affiches, d'affichages des couvertures en vitrine ou d'exposition sur des chevalets particuliers. Mais, dès lors que la place disponible dans les linéaires est déjà sur-encombrée, la mise en valeur des titres relevant d'une messagerie particulière, à laquelle le diffuseur est incité par une rémunération supplémentaire, ne peut se faire qu'au détriment des titres relevant des autres messageries. Ainsi, l'effet d'éviction provoqué par un système de remises fidélisantes ne porte pas sur la liste des titres diffusés puisque les diffuseurs n'ont pas la possibilité de refuser les publications qui leur sont servies, mais sur la qualité de la diffusion. Or, dans un système où les choix de diffusion n'appartiennent qu'à l'éditeur et où les taux de rémunération des divers acteurs sont fixés, c'est la qualité de la diffusion qui constitue le seul véritable argument de vente que les messageries ne peuvent manquer de faire valoir auprès des éditeurs.
89. En outre, les obligations rappelées ci-dessus ne s'imposent pas pour les produits hors presse. Or, ceux-ci représentent une part croissante des ventes au numéro réalisées par les diffuseurs et des revenus des messageries. Les produits hors presse ont constitué 26,6 % des ventes en montant fort des NMPP en 2004 contre 22,2 % en 2003. Comme le montrent les communiqués de l'UNDP exposés aux paragraphes 45 à 52 ci-dessus, les produits hors presse peuvent être refusés par les diffuseurs. Dans un communiqué du 31 octobre 2005, le président de l'UNDP demandait en effet à ses adhérents « *de ne plus accepter les produits hors presse distribués par les MLP, qui ne sont pas couverts par le système coopératif issu de la loi de 1947. Concrètement, nous disposons d'une faculté de retour immédiat sur les produits multimédias PM (vidéo, DVD, musique, jeux vidéo). Il faut l'utiliser* ».
90. Au total, le contexte particulier créé par la loi Bichet et la contrainte résultant du sur-encombrement des linéaires de vente, pris ensemble, rendent fidélisant un système de remises visant à inciter les diffuseurs à privilégier la diffusion de titres sélectionnés en fonction de la messagerie qui les distribue. L'effet fidélisant est d'autant plus élevé que l'incitation est forte. Il est susceptible de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la distribution de la presse au numéro.

91. Il convient de relever que ces remises fidélisantes sont insusceptibles de bénéficier au consommateur final. En effet, le prix final payé n'est pas modifié : la remise ne bénéficie qu'au diffuseur. Quant à la qualité moyenne de la diffusion, elle n'est pas améliorée non plus car, dès lors que l'incitation à améliorer la qualité de la diffusion, due à la remise, ne porte que sur une partie des titres offerts à la vente et non pas sur tous, la façon la plus simple de satisfaire aux critères déterminant la remise est d'améliorer la qualité de la diffusion de cette partie au détriment du reste, plutôt que de tenter de desserrer la contrainte née du sur-encombrement des linéaires de vente. Par ailleurs, l'effet du système de remise sur le maintien d'un réseau de diffuseurs suffisamment capillaire pour que la presse soit facilement accessible à l'ensemble des consommateurs devrait être limité, dans la mesure où les critères retenus réservent le bénéfice de la rémunération complémentaire aux diffuseurs les plus importants.

1. SUR L'EFFET INCITATIF DES SEUILS RETENUS

92. S'agissant du premier volet de la rémunération complémentaire, les effets incitatifs et, en l'espèce, fidélisants du système mis en place sont fonction du niveau des seuils de chiffre d'affaires réalisées sur les titres des NMPP et des SAEM-TP retenus pour attribuer au revendeur ce complément de rémunération. Or, en l'espèce, les seuils qui ouvrent droit aux rémunérations complémentaires représentent une part très significative des ventes actuelles d'un diffuseur moyen. Les volumes d'affaires de respectivement 50 000 euros sur les produits coopératifs des NMPP et de 30 000 euros sur les produits coopératifs de la SAEM-TP, représentent respectivement 50 % et 30% du chiffre d'affaires moyen des diffuseurs de presse, estimé à environ 100 000 euros.
93. Il ressort également des statistiques publiées par les NMPP (Tendance de la vente au numéro – Marché et Réseau 2004) que le nombre de titres servis est d'au moins 500 pour 56,2 % des diffuseurs sur un total de 28 269, d'au moins 800 pour 35 % d'entre eux, d'au moins 1000 pour 21,9 % et d'au moins 1 500 pour 3,1 %. Les seuils de déclenchement de la rémunération au titre de la diversité de l'offre prévus par les protocoles et exposés dans les tableaux ci-dessus au paragraphe 34, sont donc relativement élevés. Ils sont de nature à inciter les diffuseurs à demander, comme ils en ont la possibilité, à ce que plus de titres NMPP et SAEM-TP leur soient servis.
94. Le fait que les seuils fixés dans les protocoles NMPP, d'une part, et SAEM-TP, d'autre part, puissent être respectés de façon distincte permet effectivement aux diffuseurs de satisfaire aux critères d'une des messageries et de toucher la rémunération complémentaire correspondante, sans satisfaire aux critères de l'autre messagerie. Mais le seul seuil de 50 000 euros du protocole NMPP, cumulé à ceux de 580, 1 170, 1 400 ou 1 650 titres, représente déjà une contrainte forte. Par ailleurs, pour bénéficier d'une rémunération complémentaire à la fois sur ses ventes NMPP et sur ses ventes SAEM-TP, un diffuseur est contraint de respecter chacun des deux seuils sans pouvoir effectuer de compensations à l'intérieur d'un plafond global. Cette impossibilité de compenser rend plus difficile l'obtention des deux rémunérations complémentaires mais elle ne diminue pas l'effet d'exclusion joué par l'existence de ces seuils à l'égard des titres ne relevant pas de la diffusion NMPP ou SAEM-TP.
95. S'agissant du second volet de la rémunération complémentaire, cette rémunération est fonction de la performance du point de vente par rapport à une référence constituée par la performance moyenne des points de vente servis par le même dépositaire. Ce second volet

est important : pour un point de vente donné, toute progression des volumes de vente des produits NMPP et SAEM-TP supérieure à celle de cet ensemble de référence bénéficiera d'une rémunération complémentaire de 15 %, dans la limite de 3 % du chiffre d'affaires total du point de vente. Le Conseil a déjà eu l'occasion de dénoncer les effets anticoncurrentiels de remises de ce type étant donné qu'elles sont indépendantes du niveau des volumes traités ce qui exclut toute justification économique à de telles remises (voir notamment la décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2005). En l'espèce, cette remise vise à inciter le diffuseur à soutenir la progression des ventes des produits NMPP d'une part et SAEM-TP d'autre part, plus encore que la moyenne des points de vente servis par le même dépôt, sauf à être fortement pénalisé. Les moyens dont il dispose pour ce faire sont soit d'exposer plus de titres des deux messageries concernées, soit de mieux mettre en valeur les titres concernés afin de promouvoir leurs ventes. Le caractère relatif de l'appréciation de la performance ne peut que provoquer un effet d'entraînement collectif d'incitation à participer à la procédure fidélisante.

96. Dans ce contexte, tout effort visant à développer le nombre de titres NMPP et SAEM-TP servis et les ventes des produits concernés ne peut se faire qu'aux dépens des produits concurrents. Comme on l'a vu, cette exclusion peut prendre la forme d'une exposition moins favorable des produits presse ; elle peut aussi porter sur les produits hors presse que les diffuseurs ne sont pas contraints d'accepter. Les NMPP et la SAEM-TP, d'une part, et les MLP, d'autre part, avancent des hypothèses contradictoires afin d'évaluer le nombre de titres qui sont exposés, en moyenne, sur une longueur de linéaire donnée. Mais le Conseil ne peut, dans le cadre de l'instruction d'une demande de mesures conservatoires, procéder à la vérification précise de ces hypothèses. Au demeurant et en l'état de l'instruction, ces arguments sont peu opérants dès lors qu'il est établi à suffisance qu'une réelle contrainte d'espace porte sur l'exposition des produits presse et hors presse. Ainsi, tout effort visant à améliorer la représentativité et la diversité de l'offre des produits des deux messageries collectivement dominantes ne peut se faire qu'aux dépens des produits de la troisième.
97. Enfin, s'agissant de l'effort financier qui devrait être fait par les MLP pour inciter les diffuseurs à renoncer aux compléments de rémunération sur leurs ventes NMPP ou sur leurs ventes SAEM-TP, l'objection faite par les NMPP selon laquelle le prix moyen des publications distribuées par les MLP serait 2,5 fois supérieur à celui des produits des autres messageries n'est pas pertinente dans la mesure où les parts de marché des trois messageries sont mesurées en valeur. De fait, la remise que devraient verser les MLP sur 15 % des ventes du diffuseur pour concurrencer une remise de 5,5 % sur 55 % des ventes, soit les ventes des titres des NMPP seules, serait d'au moins 12 % ($55/15 \times 3,5$ %).
98. Compte tenu de l'organisation particulière de la distribution de la presse, l'effet d'éviction sur le marché des messageries passe par le choix par les éditeurs de la messagerie par laquelle ils font transiter leurs produits. Ce choix est fonction des barèmes dans lesquels les messageries fixent les tarifs de leurs services mais aussi de la qualité du service de distribution. De mauvaises performances de leurs titres sont de nature à motiver un changement de messagerie.
99. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que le système de rémunération proposé par les NMPP et la SAEM-TP dans les protocoles signés le 30 juin 2005, qui cumule un seuil en chiffres d'affaires, des seuils en nombre de titres servis et la rémunération d'un taux de progression des ventes des produits concernés supérieur à une moyenne, est susceptible, en l'état des éléments produits au dossier à ce stade de la procédure, d'avoir pour objet ou pour effet d'évincer l'unique messagerie concurrente des marchés de la distribution des

produits de presse et des produits hors presse et donc, de constituer une pratique contraire à l'article L. 420-2 du code de commerce.

E. EN CE QUI CONCERNE LA CAMPAGNE DE DENIGREMENT CONDUITE CONTRE LES MLP

100. Les MLP font valoir que la façon dont les NMPP ont commenté la décision qu'elles ont prise de saisir le tribunal de grande instance de Paris, relayés par l'UNDP, les dénigre auprès des diffuseurs, et plus généralement, auprès de toute la profession.
101. Les NMPP contestent tout caractère dénigrant à ces commentaires.
102. Il ressort toutefois des documents décrits aux paragraphes 43 et 44 ci-dessus que l'action en justice engagée par les MLP a été présentée par les NMPP comme étant « *préjudiciable aux diffuseurs* ». A ce stade de la procédure, il ne peut être exclu que de tels propos aient pour objet ou pour effet d'exclure les MLP du marché de la distribution de la presse et soient prohibés par l'article L. 420-2 du code de commerce. De plus, il ressort de plusieurs communiqués publiés par l'UNDP (voir paragraphes 45 à 52) que, à la suite de la signature des protocoles du 30 juin 2005 entre les NMPP, la SAEM-TP, l'UNDP et le SNDP, l'UNDP a demandé à ses adhérents de « *ne plus accepter les produits hors presse distribués par les MLP, qui ne sont pas couverts par le système coopératif issu de la loi de 1947* ». En l'état des éléments produits, de telles demandes sont susceptibles de constituer une pratique d'invitation au boycott contraire à l'article L. 420-1 du code de commerce.

III. Sur la demande de mesures conservatoires

103. Accessoirement à la saisine au fond, les sociétés MLP et Agora Presse Diffusion, demandent au Conseil de la concurrence de prononcer les mesures conservatoires suivantes :

« 1. *D'enjoindre les NMPP et la SAEM-TP de suspendre l'application des dispositions des accords du 30 juin 2005 qui sont susceptibles de présenter un caractère abusif ;*

2. *D'enjoindre les NMPP et la SAEM-TP de faire cesser toute action ayant pour objet de dénigrer les MLP auprès des diffuseurs, et d'adresser à ces derniers et à l'UNDP un courrier reprenant la motivation retenue par le Conseil de la concurrence pour prononcer les mesures conservatoires demandées, clarifiant la situation et indiquant que l'intention des MLP n'est pas de bloquer la mise en œuvre du second plan de revalorisation ;*

3. *D'enjoindre les NMPP et la SAEM-TP de fournir les informations nécessaires permettant de créer un fichier de diffuseurs qualifiés commun à toutes les messageries, expurgé de toute information confidentielle, et soumis à la supervision d'un organisme indépendant, tel que le CSMP ».*

A. EN CE QUI CONCERNE L'ATTEINTE GRAVE ET IMMEDIATE AUX INTERETS D'AGORA ET A LA CONCURRENCE SUR LE MARCHE DES DIFFUSEURS DE PRESSE

104. Les MLP soutiennent que les accords conclus par les NMPP et la SAEM-TP portent gravement atteinte aux intérêts d'Agora dans la mesure où ils mettent en danger ses perspectives de développement et sa pérennité, en minorant ses commissions et en altérant son modèle économique, et que le système de « primes » mis en place par les NMPP et la SAEM-TP aboutit, par des différences de rémunération injustifiées, à créer un désavantage concurrentiel important pour les diffuseurs exclus, dont les magasins appartenant au réseau Agora. Selon les parties saisissantes le caractère immédiat de l'atteinte est incontestable, l'entrée en vigueur des accords étant imminente.
105. Les NMPP et la SAEM-TP prétendent que l'immédiateté de l'atteinte qui serait portée aux intérêts des diffuseurs et d'Agora n'est pas établie, le protocole signé par les NMPP n'étant toujours pas entré en vigueur. S'il produit des effets, ils ne pourront pas être observés avant plusieurs mois. Les NMPP font également valoir que l'atteinte grave aux intérêts de la société Agora n'est pas prouvée en soulignant que l'analyse de ses comptes fait état d'une augmentation d'environ 9 % de son chiffre d'affaires, la baisse de son résultat d'exploitation étant imputable à une politique particulièrement dynamique en matière d'investissements, comme l'atteste l'augmentation importante du poste « *Autres achats et charges externes* » qui est passé de 280 834 à 1 066 352 euros.
106. Il n'est pas démontré que les protocoles mis en cause portent une atteinte grave et immédiate aux intérêts de la société Agora et à la concurrence sur le marché des diffuseurs de presse. En effet, si certaines des modalités d'application de ces protocoles, relatives à la définition d'une enseigne de type « Plume » ou à la comptabilisation des îlots centraux, sont en l'état actuel, rédigées d'une façon suffisamment ambiguë pour être à la source de discriminations entre les diffuseurs, il ne ressort pas des éléments du dossier que ces ambiguïtés aient eu d'ores et déjà pour effet d'écarter les magasins Agora du futur bénéfice de la rémunération complémentaire prévue par les accords du 30 juin 2005. Par ailleurs, si la lecture de ces protocoles et de leurs modalités d'application ont pu laisser penser à certains diffuseurs qu'ils étaient contraints d'acquérir les droits d'une des marques « Plume » déposées par les NMPP ou qu'ils ne pouvaient comptabiliser leurs îlots centraux alors que ceux des « Magasins de la Presse » ou des « Mag Presse » peuvent l'être, l'atteinte grave et immédiat qui serait ainsi portée à la concurrence sur le marché des diffuseurs n'est pas démontrée.

B. EN CE QUI CONCERNE L'ATTEINTE GRAVE ET IMMEDIATE AUX INTERETS DES MLP ET A LA CONCURRENCE SUR LE MARCHE DES MESSAGERIES DE PRESSE

107. Sur l'atteinte qui serait portée à leurs intérêts, les MLP soutiennent que les efforts réalisés par les diffuseurs dans le but de respecter les critères de qualification du second plan se traduiront, tout d'abord, par un traitement défavorable des titres MLP dans leur présentation sur les linéaires. Une telle politique remet en cause leur pérennité et pourrait aboutir à leur retrait du marché de la vente de la presse au numéro. Elles rappellent aussi que leur chiffre d'affaires et leurs bénéfices déclinent de manière régulière, depuis 2000 :

Années	CA en MEUR	% de variation	Résultat Brut d'exploitation en MEUR	% de variation
1998	45,4	-	5,4	
1999	49,8	+ 9,75	8,6	+ 61,8
2000	54,1	+ 8,62	10,1	+ 3,37
2001	47,8	- 11,54	2,6	- 76,08
2002	44,8	- 6,28	0,3	- 113,6
2003	41,9	- 6,47	- 1	- 400
2004	41,5	- 1	- 0,4	- 60

108. Sur l'immédiateté de l'atteinte qui leur serait portée, elles font observer qu'il est probable que les diffuseurs mettent d'ores et déjà en application les critères du second plan, notamment ceux qui concernent le développement des ventes des titres NMPP et SAEM-TP. Quant aux éditeurs, ils pourront rapidement considérer les conséquences des critères du second plan et les effets que celui-ci aura sur la présentation et les ventes des titres MLP. Cette analyse ne pourra qu'influencer dès maintenant, leur choix de messagerie. Les MLP soulignent que l'atteinte à leurs intérêts remet en cause la pérennité de la seule alternative concurrentielle viable et effective aux NMPP et à la SAEM-TP.
109. Les NMPP et la SAEM-TP rétorquent que le lien de causalité entre la prétendue dégradation du chiffre d'affaires et des bénéfices des MLP et la mise en œuvre du protocole du 30 juin 2005, ne peut être établi puisqu'il n'est pas entré en vigueur. En outre, elles font valoir que les documents comptables produits par les MLP démontrent que de 2003 à 2004 leur chiffre d'affaires sous le poste « *total des produits d'exploitation* » a augmenté de 2,2 %, et que leur déficit d'exploitation s'est réduit de 60 %. Elles mettent également en cause la présentation des comptes des MLP, arguant que le chiffre d'affaires à prendre en considération serait, pour 2004, celui de 54 229 541 euros figurant à la ligne « *total des produits d'exploitation* » et non 41,6 millions d'euros comme avancé par les MLP. Elles expliquent aussi que le déficit enregistré par les MLP au cours de l'exercice 2004 est imputable à l'existence de charges exceptionnelles, dont le montant est passé de 327 729 euros en 2003 à 700 000 euros en 2004. Enfin, les NMPP relèvent que, d'après un article paru dans la *Tribune de la vente* en février 2005, sur les 1 500 nouveaux titres lancés en 2004, 42 % l'ont été par les MLP et que des éditeurs importants, comme Robert Laffont, ont décidé de leur confier la distribution de leurs titres.
110. 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*".

1. SUR LA GRAVITE DE L'ATTEINTE

111. Il convient tout d'abord d'observer que le secteur de la distribution de la presse se caractérise par une grande concentration de l'offre au niveau des messageries et par une intensité du jeu de la concurrence déjà très réduite, en raison, d'une part, de la réglementation spécifique au secteur et, d'autre part, de la position largement dominante occupée par les NMPP et la SAEM-TP qui assurent ensemble 85 % des ventes et ne se font pas concurrence. Dès lors, les MLP, avec 15 % du marché, sont le seul concurrent des NMPP et de la SAEM-TP. Cette forte concentration est l'un des éléments à mettre en regard du niveau relativement élevé des coûts de distribution de la presse, en France, par rapport aux autres pays européens.
112. La gravité de l'atteinte doit également être évaluée au regard du cumul, dans les protocoles mis en cause, de critères susceptibles de conférer au système de rémunération mis en place un caractère fidélisant, portant à la fois sur un chiffre d'affaire minimum, sur un nombre de titres et sur un effort de progression du chiffre d'affaires.
113. Ce système de rémunération, conçu, par l'instauration de seuils relativement élevés, pour inciter les diffuseurs à faire des efforts significatifs pour exposer plus de titres NMPP et SAEM-TP et à en développer les ventes, est susceptible, compte tenu de l'état d'encombrement des linéaires d'ores et déjà constaté, d'inciter, en contrepartie, les diffuseurs à négliger la promotion des titres MLP. La mise en place, par les MLP, d'un système de rémunération complémentaire sur leurs publications n'est pas de nature à supprimer cet effet puisque compte tenu des parts respectives, dans les ventes en valeur des diffuseurs, des ventes de titres des différentes messageries (55 % pour les NMPP, 30 % pour la SAEM-TP et 15 % pour les MLP), un diffuseur ne peut avoir intérêt à renoncer au bénéfice d'une rémunération complémentaire, soit sur les titres NMPP, soit sur les titres SAEM-TP, que si la rémunération complémentaire éventuellement offerte par les MLP excédait, par euro de chiffre d'affaires celle de l'ensemble formé des NMPP et de la SAEM-TP selon un facteur de 85 sur 15, dans la proportion des parts de marché.
114. Du fait du caractère très récent de la mise en place de ce nouveau système de rémunération, il ne peut être démontré qu'il a déjà eu un effet perceptible dans les comptes des MLP. Il convient toutefois de prendre en compte le fait que la mise en place par les NMPP et la SAEM-TP de ce système de rémunération prend place alors que la situation financière du seul concurrent des messageries en position dominante est fragile, puisque le résultat d'exploitation pour l'année 2004 est toujours négatif, même si c'est dans des proportions moindres qu'en 2003.
115. Par ailleurs, si les déclarations de l'UNDP exposées ci-dessus, susceptibles, en l'état de l'instruction, de constituer des menaces de boycott à l'encontre des MLP, ne peuvent être analysées comme des effets de la mise en place des protocoles, puisqu'au contraire les motivations avancées évoquent le retard pris par cette mise en place, il convient néanmoins d'en tenir compte comme un élément de contexte susceptible de fragiliser encore plus la situation des MLP.

2. SUR L'IMMEDIATETE DE L'ATTEINTE

116. La mise en œuvre des dispositions contenues dans les protocoles du 30 juin 2005 est imminente puisque le décret permettant une augmentation de la rémunération des

diffuseurs a été adopté le 25 novembre 2005 et que le CSMP a rendu un avis favorable sur les protocoles mis en cause le 2 février dernier. Conformément aux dispositions du décret du 25 novembre 2005, les protocoles entreront donc en vigueur dans le délai d'un mois suivant la réception de l'avis par le ministre chargé de la communication. Par ailleurs, les protocoles prévoient que les compléments de rémunération seront versés sur les ventes avec effet rétroactif à compter du 1^{er} juillet 2005. Les NMPP et la SAEM-TP ont déclaré, en séance, que sur environ 7 000 déclaratifs envoyés, environ 6 000 leur avait été retournés par les diffuseurs en vue de recevoir la rémunération complémentaire sur leurs ventes du 1^{er} juillet au 31 décembre 2005. Le plein effet des clauses fidélisantes peut, en conséquence, immédiatement commencer.

117. Afin d'évaluer le caractère immédiat de l'atteinte, il y a lieu également de prendre en compte le fait que les éditeurs ne sont pas liés aux messageries par des contrats de longue durée mais peuvent en changer après un préavis de trois mois. En outre, la concurrence entre messageries ne porte pas seulement sur les titres existants mais sur les parutions de nouveaux titres, un éditeur n'étant pas tenu de faire transiter tous ses titres par la même messagerie.

3. SUR LES MESURES CONSERVATOIRES

118. Les stipulations fidélisantes susceptibles, en l'état de l'instruction, d'être prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce, proviennent du cumul de plusieurs critères : le critère du « second plan » relatif au seuil en chiffres d'affaires de 50 000 euros pour les titres NMPP, dans le protocole NMPP, et de 30 000 euros pour les titres SAEM-TP dans le protocole SAEM-TP ; les seuils en nombre de titres ouvrant droit à la rémunération au titre de la diversité dans les protocoles NMPP et SAEM-TP ; enfin les conditions d'attribution d'une rémunération au titre de la performance. C'est donc l'économie globale du système de rémunération complémentaire mis en place par les deux messageries qui est en cause. L'atteinte grave et immédiate établie ci-dessus ne peut donc être prévenue que par la suspension de l'application de l'ensemble des protocoles.
119. En l'espèce, il y a lieu d'examiner si la suspension de l'application de l'ensemble des protocoles pourrait elle-même constituer une atteinte au secteur qui résulterait de ce que les protocoles ont été négociés avec les instances représentatives des dépositaires et des diffuseurs afin de remédier à la situation financière fragile de beaucoup de diffuseurs de presse, situation responsable de la fermeture de nombreux points de vente par an. Mais à supposer qu'une augmentation immédiate de la rémunération des diffuseurs soit nécessaire, comme toutes les parties en cause l'ont déclaré en séance, il convient d'observer que rien n'interdit aux NMPP, à la SAEM-TP et aux MLP d'augmenter cette rémunération sur la base des anciens protocoles toujours en vigueur, le décret du 9 février 1988 depuis sa modification par le décret du 25 novembre 2005 leur en donnant la possibilité.
120. Dès lors, il y a lieu, dans l'attente de la décision du Conseil sur le fond :
- d'enjoindre aux sociétés NMPP et SAEM-TP de suspendre l'application des protocoles interprofessionnels qu'elles ont respectivement conclus avec l'UNDP et le SNDP le 30 juin 2005.

- d'enjoindre aux sociétés NMPP et SAEM-TP de suspendre l'application de l'avenant au protocole interprofessionnel du 18 septembre 2001 qu'elles ont conclu avec l'UNDP et le SNDP le 30 juin 2005.

Cette suspension court tant qu'il n'aura pas été mis fin aux stipulations fédéralisantes inhérentes à l'économie globale de ces protocoles et de cet avenant, tel qu'il ressort de leur rédaction actuelle, et au plus tard jusqu'à la décision que le Conseil rendra sur le fond.

DECISION

Article 1er : Il est enjoint aux sociétés NMPP et SAEM-TP de suspendre, à titre conservatoire, l'application des protocoles interprofessionnels qu'elles ont respectivement conclus avec l'UNDP et le SNDP le 30 juin 2005.

Article 2 : Il est enjoint aux sociétés NMPP et SAEM-TP de suspendre, à titre conservatoire, l'application de l'avenant au protocole interprofessionnel du 18 septembre 2001 qu'elles ont conclu avec l'UNDP et le SNDP le 30 juin 2005.

Article 3 : Les mesures de suspension prononcées, à titre conservatoire, aux articles 1 et 2 de la présente décision portent leur effet tant qu'il n'aura pas été mis fin aux stipulations fédéralisantes inhérentes à l'économie globale des protocoles et avenant précités, tel qu'il ressort de leur rédaction actuelle, et au plus tard jusqu'à la notification de la décision que rendra sur le fond le Conseil de la concurrence.

Délibéré sur le rapport oral de Mme de Mallmann par M. Nasse, vice-président présidant la séance, MM. Bidaud, Combe, Honorat et Mme Mader-Saussaye, membres.

La secrétaire de séance
Catherine Duparcq

Le vice-président,
Philippe Nasse