

Conseil de la concurrence

Décision n°2012-E-04

du 23 novembre 2012

**concernant une procédure rendant obligatoires des engagements présentés par Valora s. à r. l.,
inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n° B73774, établie à L-2339 Luxembourg,
11, rue Christophe Plantin**

Le Conseil de la concurrence,

Vu la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ;

Vu la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu les plaintes à l'encontre de Valora Luxembourg s. à r. l. auprès du Conseil de la concurrence en date des 6 et 26 janvier 2011 ;

Vu la communication des griefs du 03 août 2012 ;

Vu les engagements proposés par Valora Luxembourg s. à r. l. en date des 16 octobre 2012, 22 octobre 2012 et 9 novembre 2012 ;

Vu les observations du 16 octobre 2012 de Valora Luxembourg s. à r. l. en réponse à la communication des griefs ;

Vu l'avis de la plaignante sur les engagements proposés ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

Table des matières	Page
1. Rétroactes	2
2. L'entreprise visée	3
3. Objet de la plainte	3
4. Définition des marchés en cause	4
5. Position dominante	5
6. Affectation du commerce intra-communautaire et droit applicable	5
7. Le secteur de la distribution de la presse	6
8. Abus de position dominante lié aux changements de procédure et au comportement général de Valora	7
9. Abus de position dominante lié aux contrats entre les détaillants tiers et Valora	8
10. Conclusions de la communication des griefs	11
11. Les engagements proposés par Valora	12
12. L'avis des parties plaignantes	15
13. Conclusion	15

1. Rétroactes

1. Entre 2006 et 2008, l'ancienne Inspection de la concurrence a réceptionné différents courriers et plaintes émanant de personnes en relation d'affaires avec la société Messageries Paul Kraus s. à r. l. (aujourd'hui : Valora Luxembourg s. à r. l. ; ci-après « Valora »). Ces plaintes ont cependant toutes été soit classées sans suite par l'ancienne Inspection de la concurrence, soit retirées par le plaignant.
2. Au cours de l'année 2008, l'Inspection de la concurrence a entamé une enquête par voie d'auto-saisine. Le seul acte procédural entrepris dans le cadre de cette enquête a été une demande de renseignements envoyée le 29 mars 2010 à Valora ainsi qu'à d'autres entreprises du secteur de la distribution de la presse. Cet acte est resté sans suites.
3. Le 6 janvier 2011 respectivement le 26 janvier 2011, [REDACTED], exploitante de deux magasins de librairie-papeterie [REDACTED], et [REDACTED], exploitante d'un magasin de librairie-papeterie à [REDACTED], déposent deux plaintes pour abus de position dominante à l'encontre de Valora, suivies de différents compléments de plainte auprès de l'ancienne Inspection de la concurrence. L'Inspection de la concurrence a procédé à l'organisation d'une réunion avec les représentants de Valora et à l'envoi d'une demande de renseignements en date du 12 avril 2011.
4. Le 03 août 2012, le conseiller désigné par ordonnance du 25 juillet 2008 (ci-après : « le conseiller désigné ») clôturé son enquête et transmet une communication des griefs aux parties concernées.
5. Par courrier du 16 octobre 2012, Valora fait parvenir au Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») une proposition d'engagements en réponse aux reproches retenues dans la communication des griefs, tout en contestant toute infraction à la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et à l'article

102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Les engagements initiaux ont été, sur certains points, modifiés par courriel du 22 octobre et complétés par courriel du 9 novembre 2012. Ils ont été transmis pour avis aux parties plaignantes. Ces dernières ont donné leur avis au conseiller désigné en date du 29 octobre 2012.

2. L'entreprise visée

6. VALORA Luxembourg s. à r. l. , anc. Messageries Paul Kraus s. à r. l.
11, rue Christophe Plantin
L-2339 Luxembourg
RC B007374

Les origines des Messageries Paul Kraus remontent à 1896. Durant les années '20, la société développe l'activité de distribution de la presse à Luxembourg. La société a été cédée en 2000 au groupe suisse Valora et a été renommée Valora Luxembourg s. à r. l. le 9 septembre 2008.

Chiffre d'affaires (2010) : 114,665 millions d'euros
Employés : 99 (2011)

Valora poursuit trois activités à Luxembourg:

- Distribution en gros, c'est-à-dire aux détaillants, de la presse nationale et internationale; Valora est le seul distributeur de gros sur le territoire du Luxembourg, desservant des points de vente à travers le pays, dont plus de trois quarts sont des points de vente tiers indépendants (ci-après : « détaillants tiers ») ;
- Distribution de la presse nationale et internationale au niveau du marché de détail via 75 magasins « kiosk », l'enseigne internationale du groupe Valora, gérés par Valora Luxembourg s. à r. l. ;
- Valora Luxembourg détient en outre l'entièreté des parts des Messageries du Livre s. à r. l., société exploitant une librairie à Luxembourg-Gasperich.

A travers une construction en cascade, Valora Luxembourg est contrôlée par Valora Holding SA située à Muttenz, Suisse. Valora Holding SA est la société faitière du groupe Valora, qui, à travers un réseau de filiales en Suisse, Allemagne, Autriche et Luxembourg, réalise un chiffre d'affaires de 2,8 milliards de francs suisses (2011), et occupe 6400 salariés.

3. Objet de la plainte

7. Les principaux faits reprochés dans les plaintes déposées auprès du Conseil sont les suivants :
8. Reproche lié à des changements de procédure lors de la livraison de la presse et de la reprise des exemplaires invendus
- Suppression du récapitulatif journalier et son remplacement par un récapitulatif hebdomadaire ; cette suppression rend difficile la vérification des livraisons et des factures.
9. Reproches liés au comportement de la société Valora
- Multiplication des erreurs de livraison et de facturation, livraisons tardives, livraisons de quotidiens avec un jour de retard. Entre le 18 octobre 2010 et avril 2011, les erreurs en tout genre sont presque journalières.

- Redirection des réclamations du représentant local à un « call center » en Suisse, puis en Bulgarie.

10. Reproches liés aux contrats liant le détaillant à Valora

- Certaines erreurs de livraison peuvent donner lieu au paiement injustifié d'une commission d'invendus.
 - L'augmentation du nombre de titres dépasse les capacités du magasin et engendre une augmentation des commissions d'invendus (0.5% de la valeur des invendus) au détriment des détaillants.
 - Paiement des factures par domiciliation sans redressement des erreurs.
 - Liens d'exclusivité entre le détaillant et Valora et exclusivité de Valora pour le Luxembourg. Valora fait savoir sur demande qu'une fourniture au détaillant à partir de l'étranger ne sera pas possible en raison des droits d'exclusivité pour le Luxembourg dont jouit Valora Luxembourg.
11. Outre les reproches formulés dans la plainte, le conseiller désigné a retenu, à la suite de son enquête, des griefs additionnels repris au point 41.
12. Selon l'avis des deux plaignantes, le mauvais traitement des détaillants tiers par Valora relève d'un abus de position dominante, étant donné que Valora détient un quasi-monopole dans la distribution de gros de la presse à Luxembourg. L'objectif de Valora serait d'évincer les détaillants indépendants afin de récupérer leur chiffre d'affaires au sein du réseau du groupe, c'est-à-dire par les magasins kiosk.
13. Les reproches formulés dans la plainte visent donc une infraction à l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, à l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et à l'article 102 TFUE.

4. Définition des marchés en cause

14. La définition du marché en cause est d'une importance cruciale, car il arrive qu'une entreprise se trouve en position dominante ou non en fonction de la délimitation du marché qui a été retenue :

« 2. La définition d'un marché, au niveau tant des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. (...) La délimitation du marché en cause, tant au niveau des produits qu'au niveau de sa dimension géographique, a souvent une influence déterminante sur l'appréciation d'une affaire de concurrence. »

Le marché en cause doit être défini en termes de produits et en termes géographiques.

15. L'activité de Valora à Luxembourg concerne aussi bien le marché de détail, via les points de vente kiosk gérés par elle, que le marché de gros, c'est-à-dire la fourniture de la presse nationale et internationale aux détaillants, qu'ils appartiennent au groupe ou qu'ils travaillent en tant qu'indépendants.

¹ Communication de la commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence » (97/C 372/03).

16. Au niveau du marché de détail, c'est-à-dire la vente d'articles de presse au client final, il existe plusieurs canaux de distribution. Il convient en premier lieu de faire la distinction entre les ventes au numéro et les ventes par abonnement. Les abonnements sont commandés la plupart du temps auprès de l'éditeur, ce qui fait que la répartition des parts de marché entre les ventes par abonnement et les ventes au numéro n'est pas connue. Les abonnements peuvent également se faire via un service d'abonnement tel que « Letzebuurger Liesmapp ». Les ventes par abonnement ne transitent donc généralement pas via le marché de gros.
17. Toutefois, la plainte en l'espèce concerne la fourniture de la presse aux détaillants, c'est à dire le marché de gros de la distribution de la presse.
18. En tant que distributeur de gros d'articles de presse, Valora n'est actif que sur le territoire de Luxembourg. Selon la communication des griefs, le marché en cause au sens du droit de la concurrence sera alors le marché de la distribution de gros de la presse sur le territoire luxembourgeois².

5. Position dominante

19. A côté des points de vente desservis par Valora, on peut encore mentionner :
 - la distribution de la presse gratuite, qui est assurée par les éditeurs
 - la presse portugaise, qui n'est pas distribuée par Valora
 - ainsi que, comme remarqué par Valora, deux maison d'éditions distribuant leurs titres non seulement à travers le réseau de détaillants approvisionnés par Valora, mais également via certains points de vente dans des supermarchés et stations-service non-desservis par Valora.
20. Selon la communication des griefs, Valora détient un quasi-monopole au niveau de ce marché de gros :

« En effet, les commerçants indépendants vendeurs de produits de presse sont liés à Valora par des contrats qui prévoient de façon explicite l'approvisionnement exclusif auprès de Valora. Hormis un seul titre hebdomadaire luxembourgeois, la presse portugaise et la presse gratuite, Valora contrôle l'entièreté du marché de gros de distribution de la presse. Les détaillants indépendants sont une clientèle captive. » (Communication des griefs, point 16).
21. Valora conteste que les détaillants seraient des clients captifs, puisqu'ils auraient la possibilité, à chaque instant, de résilier leur relation contractuelle avec Valora moyennant un préavis de trois mois.
22. Toutefois, le Conseil constate que la possibilité de résiliation du contrat évoquée par Valora ne change rien au fait que les détaillants n'ont pas d'alternative en matière d'approvisionnement en titres de presse. C'est pourquoi le Conseil se rallie à la conclusion de la communication des griefs que la position dominante au niveau du marché de la distribution de gros de la presse dans le chef de Valora est avérée. Il convient de préciser que la position dominante n'est pas forcément avérée pour le marché de détail de la distribution de la presse.

6. Affectation du commerce intra-communautaire et droit applicable

23. La notion d'affectation du commerce intra-communautaire est le critère de compétence qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence de l'Union européenne (UE). Le régime communautaire

² « Distribution en gros de la presse au numéro » selon l'Autorité de la concurrence de la République Française dans la décision n° 12-D-16 du 12 juillet 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de la presse, point 81.

d'application des règles de concurrence³ fait obligation aux juridictions et autorités de concurrence nationales d'appliquer les règles de concurrence de l'UE à tous les accords et pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres de l'UE.

24. Un abus de position dominante qui affecte la structure concurrentielle du marché à l'intérieur d'un Etat membre peut également affecter le commerce entre Etats membres. Comme Valora importe une partie substantielle des produits qu'elle distribue auprès des détaillants, qu'elle impose des relations d'exclusivité à ses clients et que les relations d'exclusivité avec ses fournisseurs étrangers constituent une barrière à l'entrée du marché de gros de la distribution de la presse à Luxembourg, le commerce entre Etats membres est affecté. L'article 102 TFUE est donc d'application.

7. Le secteur de la distribution de la presse

25. Le secteur de la distribution de la presse à Luxembourg est régi par les principes suivants⁴:

- Exclusivité territoriale : le distributeur de gros dispose d'un quasi-monopole sur le territoire du Luxembourg, reposant sur des relations d'exclusivité aussi bien avec les fournisseurs (éditeurs et grossistes étrangers) qu'avec les détaillants.
- Fixation des prix : les prix de gros aussi bien que les prix de détail sont fixés par les éditeurs. Pour les titres étrangers, les prix de détail imprimés en page de garde sont majorés d'un montant représentant la marge du détaillant ou du distributeur de gros à Luxembourg.
- Droit de tirage (« Dispositionsrecht ») : l'éditeur impose au distributeur de gros les titres et le nombre d'exemplaires qu'il souhaite distribuer auprès des détaillants. Le grossiste distribue ces exemplaires auprès des détaillants, qui sont obligés de mettre en vente l'ensemble des titres livrés par le grossiste, c'est-à-dire un assortiment complet. Le grossiste facture les exemplaires livrés aux détaillants au prix de gros.
- Droit de retour (« Remissionsrecht ») : le détaillant a le droit de retourner les exemplaires invendus au grossiste. Ce dernier lui crédite le prix des invendus. En amont, le grossiste a le droit de retourner les invendus à l'éditeur, ou, pour des raisons de logistique, de les détruire selon une procédure déterminée. L'éditeur lui crédite la valeur des invendus. Le risque de vente est entièrement subi par l'éditeur. Juridiquement, l'éditeur reste propriétaire des titres aussi longtemps qu'ils n'ont pas été vendus par le détaillant au client final.
- Neutralité : le distributeur de gros s'engage à respecter la neutralité envers tous les éditeurs.

26. Ces principes sont également repris dans le « code d'usage » de Distripres⁵. Ils sont appliqués à Luxembourg, mais également dans d'autres pays européens. En France, la distribution de la presse est organisée selon les principes de la liberté de presse, la liberté de la distribution, de l'égalité et de la solidarité entre les éditeurs dans le cadre de la loi Bichet de 1946, modifiée par la loi du 20 juillet 2011. En Allemagne, le secteur s'auto-organise autour des principes invoqués selon les termes d'une convention

³ Tel que fixé par le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

⁴ Voir, par exemple, la présentation MPK du 29 avril 2010, classeur 2.

⁵ Association pour la Promotion de la Diffusion internationale de la Presse, demande de renseignement du 29 mars 2010, pièce n°14.

entre éditeurs et grossistes de 2004⁶ et sur base du § 30 GWB qui permet explicitement la fixation des prix dans le secteur des journaux et magazines.

27. Les représentants du secteur en Allemagne et au Luxembourg, justifient ces principes d'organisation par la liberté d'expression et le pluralisme de la presse, qui nécessitent un système de distribution qui garantit que tous les éditeurs et tous les titres ont le même accès au marché, c'est-à-dire au lecteur potentiel⁷. Les pratiques « prima facie » incompatibles avec le droit de la concurrence (ententes horizontales et verticales, relations d'exclusivité, fixation des prix ...) sont explicitement ou implicitement tolérées par le législateur et/ou les autorités de concurrence. Toutefois, les monopoles territoriaux viennent d'être partiellement mis en question par une jurisprudence du Landgericht de Cologne, qui accorde à un éditeur allemand le droit de distribuer ses produits par un distributeur de gros de son choix⁸. Toutefois, ce jugement fait d'un côté l'objet d'un appel devant le juge administratif allemand et d'un autre côté il ne modifie en rien la relation d'exclusivité entre éditeurs et grossistes. Il remplacerait l'exclusivité territoriale par une exclusivité par titre.

8. Abus de position dominante lié aux changements de procédure et au comportement général de Valora

28. La communication des griefs retient comme comportement abusif la suppression du récapitulatif journalier et son remplacement par un récapitulatif hebdomadaire, mais non pas la recrudescence des erreurs de livraison et de facturation qui a été constatée à partir d'octobre 2010 :

« Les nombreuses erreurs de livraison, erreurs de facturation, livraisons tardives, erreurs dans les bulletins récapitulatifs et dans les inventaires des invendus que les plaignantes ont documentées lors de leur plainte et dans le courrier échangé avec l'ancienne Inspection de la concurrence, semblent être dues, selon la direction de Valora, à l'installation d'un nouveau système informatique. La nouvelle application informatique a été installée le 18 octobre 2010 afin d'harmoniser les procédures à travers le groupe Valora et a donné lieu à une vague de mécontentement de la part des clients de Valora, documenté par le courrier des plaignantes, d'autres détaillants contactés par l'Inspection de la concurrence, ou encore par les reportages de RTL TV du 03 janvier 2011 et 26 janvier 2011.

Néanmoins, quoique le mauvais fonctionnement de la nouvelle application et des nouvelles procédures soit suffisamment documenté et ait des conséquences substantielles à la fois pour les détaillants clients de Valora que pour Valora elle-même, il n'est pas possible de conclure à un abus de position dominante dont le but aurait été d'évincer les détaillants tiers afin de récupérer leur chiffre d'affaires au sein du réseau Valora.

En effet, l'enquête de l'Inspection de la concurrence a montré qu'entre le 1^{er} novembre 2010 et le 17 juin 2011, Valora a enregistré, en moyenne par magasin, nettement moins de réclamations de la part des

⁶ Gemeinsame Erklärung des Verbandes Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ), des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger (BDZV) und des Bundesverbandes Deutscher Buch-, Zeitungs- und Zeitschriften-Grossisten (BVPG) vom 19. August 2004
http://www.presse-grosso.de/index.php?eID=tx_nawsecured1&u=0&file=fileadmin/user_upload/Downloads/Branche/07-03-06_Gemeinsame_Erklaerung.pdf&t=1343823176&hash=cc966e894a12384b808f79093f62b052.

⁷ Voir : Pr. Dr. Rainer Bechthold: Keine Ware wie jede andere dans "50 Jahre Presse Grosso", ou encore: présentation de Messageries Paul Kraus du 29 avril 2010, Classeur 2 .

⁸ Arrêt du Landgericht Köln du 14 février 2012 – 88 O (Kart) 17/11.

détaillants tiers que de la part des magasins kiosk. Tout porte à croire que les innovations de Valora ont eu des conséquences encore plus sensibles à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe.⁹

Selon les affirmations des plaignantes, la suppression des récapitulatifs journaliers met les détaillants dans l'impossibilité de vérifier si les livraisons du jour ont été complètes ou non. Lorsqu'un titre est manquant, le bordereau y afférant est évidemment manquant aussi et un contrôle journalier n'est plus possible. L'absence de récapitulatif journalier crée ainsi une source inutile d'erreurs, de pertes commerciales et un surplus de travail évitable pour le détaillant qui effectue les contrôles sur base des seuls récapitulatifs hebdomadaires¹⁰.

Dans une situation de marché concurrentielle, l'imposition unilatérale d'une procédure nuisible de la part du fournisseur risquerait d'aliéner le client (le détaillant) qui serait libre de se tourner vers un autre fournisseur. Dans une situation de monopole territorial comme dans le marché de gros de la distribution de la presse, cette option n'existe pas. Le détaillant est un client captif qui n'a que le choix d'accepter les conditions qui lui sont imposées par l'entreprise dominante ou de sortir du marché de la presse, c'est à dire changer de métier et de secteur. L'entreprise visée se trouve dans une situation de marché qui lui permet « *d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective.* » L'abus de position dominante consistant à imposer « *des conditions de transaction non équitables* » au sens de l'article 5 de la loi relative à la concurrence et de l'article 102 TFUE est avéré. »

29. Toutefois, Valora affirme avoir toujours traité sans délai les réclamations des détaillants et que tous les litiges ont toujours été réglés. Valora fait valoir également qu'une des plaignantes admet que les changements implémentés par Valora ont, à côté des effets négatifs décrits ci-dessus, également apporté des améliorations pour les détaillants. Par ailleurs, les problèmes initiaux, inévitables lors de l'implémentation d'un système informatique d'une grande complexité, auraient été résolus et la nouvelle application produirait moins d'erreurs que l'ancienne. Enfin, la collecte journalière de tous les bordereaux permet un contrôle des récapitulatifs hebdomadaires. Le Conseil ne conteste pas les efforts de la part de l'entreprise visée, mais rejoint la communication des griefs en ce qui concerne le caractère abusif de la suppression du relevé journalier.

9. Abus de position dominante lié aux contrats entre les détaillants tiers et Valora

30. Les détaillants tiers sont liés à Valora soit par un « Contrat de commission », appelé avant juillet 2006 « Contrat de sous-dépositaire – commissionnaire », soit par un « Contrat de livraison compte ferme ». Les contrats de commission sont la règle, les contrats de livraison compte ferme ne concernent que 16 points de vente.
31. La communication des griefs examine les deux types de contrats sous l'angle du droit de la concurrence, afin de déterminer si et dans quelle mesure ils incluent des dispositions constitutives d'un abus de position dominante.

Contrats de commission

32. Le détaillant tiers est un commissionnaire qui agit en son propre nom mais pour le compte et selon les instructions du commettant (Valora). La communication des griefs retient notamment les dispositions suivantes, incluses dans la version actuelle des contrats de commission :

⁹ Demande de renseignement du 12 avril 2011 adressée à Valora, pièces 20 et 21.

¹⁰ Voir par exemple Classeur 1, pièce 4.

- « *Approvisionnement exclusif auprès des MPK¹¹. Le commissionnaire s'engage à se fournir exclusivement auprès des MPK en presse, c'est-à-dire en journaux, publications, livres de poche, romans populaires (...). Un impératif d'exposition de 1000 titres différents constitue une exigence minimale pour pouvoir bénéficier d'une offre de presse suffisamment représentative.*
- *L'enseigne. Le commissionnaire s'oblige à équiper l'extérieur de son commerce d'une enseigne lumineuse fourni par MPK et facturée à prix coûtant. (...)*
- *Le mobilier. le Commissionnaire s'engage, dans une optique d'uniformisation du réseau de revendeur presse, de respecter scrupuleusement le concept de présentation et de mise en place des articles de presse avec le support et le matériel approuvés par les MPK. Par conséquent, le Commissionnaire s'engage dans le cadre de ce contrat à remplacer l'installation actuelle destinée à l'exposition de la presse par le matériel préconisé par MPK dans un délai de 3 mois.*
- *Le paiement et la garantie bancaire : (...) Le commissionnaire s'oblige à régler le relevé mensuel par domiciliation bancaire aux MPK, valeur au 18 du mois.*
- *L'amplitude horaire. Le commissionnaire s'oblige à maintenir l'activité commerciale tous les jours ouvrables dans le but de garantir la vente quotidienne des journaux. Afin de garantir cette exigence, le Commissionnaire s'engage à respecter un horaire d'ouverture minimale de 8 heures par jour et 6 jours par semaine. (...)*
- *Le courant d'affaires. (...) Le commissionnaire s'engage à gérer son point de vente presse de telle sorte qu'il ne dépasse pas un taux d'inventus de 50%.*
- *Responsabilité de la marchandise livrée. (...) Le Commissionnaire s'engage à - (...)*
 - *gérer le stock en bon père de famille en opérant les retours conformément aux listes soumises et aux prix de 0.5% de la valeur retournée (...)*
 - *suivre les actions de promotion et de mise en avant de certains titres de presse telles que préconisées par les MPK, »¹²*

Appréciation de ces dispositions dans la communication des griefs :

33. « 'Approvisionnement exclusif auprès des MPK'.

Imposer l'exclusivité est un abus de position dominante per se si la position dominante est avérée. Conformément à une jurisprudence bien établie, la Commission et le Tribunal considèrent qu'un comportement légitime en lui-même, tels que les contrats d'approvisionnement exclusif, devient illicite dès lors qu'il est adopté par une entreprise en position dominante¹³.

A supposer qu'« *Un impératif d'exposition de 1000 titres différents constitue une exigence minimale pour pouvoir bénéficier d'une offre de presse suffisamment représentative* » signifie que le détaillant doit s'engager à exposer 1000 titres en vertu du droit de tirage (voir point 25). Selon les explications de Valora, le nombre de titres en circulation à Luxembourg est d'à peu près 5000, nombre beaucoup trop élevé pour pouvoir être exposé dans sa totalité dans la plupart des points de vente. Dès lors, le nombre de 1000 titres est arbitraire et est imposé au commissionnaire sans justification. Une approche normale consisterait à

¹¹ Maintenant: Valora.

¹² Contrat de Commission; demande de Renseignement du 29 mars 2010, pièce 19.

¹³ Voir, entre autres : les arrêts du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (ci-après « Tetra Pak II »), Rec. 1994, II-755 et du 1^{er} avril 1993, T-65/89, BPB Industries & British Gypsum/Commission, Rec. 1993, II-389

négocier le nombre minimal des titres à mettre en vente avec le commissionnaire sur base de la surface commerciale disponible.

« *L'enseigne* » et « *le mobilier* ».

L'installation d'une enseigne ainsi que d'un mobilier « *dans une optique d'uniformisation du réseau de revendeur presse* » peut se justifier dans le cadre de la stratégie de vente du commettant, mais il est incompréhensible que cette stratégie doive être financée par le commissionnaire. L'installation de ces éléments aux frais du commissionnaire est entièrement étrange à la notion de contrat de commission. Selon les explications de Valora, l'obligation de remplacement du mobilier n'existerait plus dans la nouvelle version du contrat.

« *Le paiement et la garantie bancaire* ».

Le paiement des fournitures par domiciliation bancaire est une possibilité de paiement seulement, parmi d'autres, mais pour quelle raison le contrat de commission pourrait l'imposer, éventuellement même contre la volonté du commissionnaire ?

« *L'amplitude horaire* ».

L'amplitude horaire n'a pas de raison d'être dans un contrat de commission, qui doit laisser au commissionnaire pour tout le moins la liberté de la gestion de son temps.

« *Le courant d'affaires* ».

Le maintien d'un taux maximal d'invendus ainsi que le paiement imposé d'une commission de 0.50% sur la valeur des exemplaires retournés est une exigence injustifiable du moment que le commissionnaire n'a pas d'emprise sur le nombre de titres et d'exemplaires livrés, qui est, rappelons-le, déterminé par les éditeurs en concertation avec les distributeurs de gros en vertu du droit de tirage. Comme les éditeurs ont un intérêt à gonfler leur tirage afin d'accroître leur attractivité auprès des annonceurs, le nombre d'exemplaires livrés sera toujours très au-dessus du nombre d'exemplaires vendus.

(...)»

34. Par conséquent, la communication des griefs conclut que

- « L'approvisionnement exclusif,
- l'exposition de 1000 titres,
- l'installation de l'enseigne et du mobilier aux frais du commissionnaire,
- le mode de paiement imposé par domiciliation bancaire,
- l'amplitude horaire,
- la limitation du taux d'invendus et la commission sur les retours,

sont des dispositions abusives non-nécessaires au bon déroulement de la relation commissionnaire-commettant que le commettant ne saurait imposer s'il n'était pas dans une situation de quasi-monopole.

35. Dans une situation de marché concurrentielle, l'imposition unilatérale des conditions du contrat de commission par le commettant risquerait d'aliéner le commissionnaire (le détaillant) qui serait libre de se tourner vers un autre commettant. Dans une situation de monopole territorial comme dans le marché de gros de la distribution de la presse, cette option n'existe pas pour le client. C'est pourquoi le détaillant est un client captif qui, en tant que commissionnaire, n'a que le choix d'accepter les conditions qui lui sont imposées par le commettant ou de sortir du marché de la presse, c'est à dire changer de métier et de secteur. L'entreprise visée, le commettant, se trouve dans une situation de marché qui lui permet « *d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective.* »

36. L'imposition par une entreprise en position dominante de clauses contractuelles « léonines », qui réservent tous les avantages à l'entreprise dominante en faisant peser les charges sur le client est considérée comme abusive selon une jurisprudence constante.¹⁴ L'abus de position dominante consistant à imposer des conditions de transaction non équitables au sens de l'article 5 de la loi relative à la concurrence et de l'article 102 TFUE est avéré. »

Contrats de livraison compte ferme

37. Les dispositions du contrat de livraison compte ferme sont identiques à celles du contrat de commission, mais n'incluent pas le droit de retour. Il s'agit dès lors d'un contrat entre fournisseur et client au sein duquel le fournisseur ne subit pas de risque commercial. Les contrats de compte ferme imposent toutefois au client le droit de tirage, sans pour autant lui accorder le droit de retour.
38. De façon analogue aux dispositions contenues dans les contrats de commission, la communication des griefs conclut que
- « L'approvisionnement exclusif,
 - l'installation de l'enseigne aux frais du client,
 - le mode de paiement imposé par domiciliation bancaire,
 - la garantie bancaire,
 - l'obligation d'une offre initiale de 1000 titres

sont des dispositions abusives non-nécessaires au bon déroulement de la relation fournisseur-client au sein de laquelle le risque commercial est entièrement subi par le client ; que le fournisseur ne saurait imposer s'il n'était pas dans une situation de monopole.

L'inclusion de ces dispositions dans les contrats de livraison compte ferme est un abus de position dominante au sens de l'article 5 de la loi relative à la concurrence et de l'article 102 TFUE. »

39. Valora remarque dans ses observations transmises au Conseil en réponse à la communication des griefs que l'Inspection de la concurrence avait déjà été saisie, en 2007, d'une plainte à l'encontre des Messageries Paul Kraus pour abus de position dominante. Au cours de cette affaire, le Conseil aurait reconnu avoir connaissance des clauses contractuelles des contrats entre MPK et les détaillants.
40. Le Conseil tient à préciser que l'affaire en question ne portait pas sur les clauses des contrats, mais sur un comportement de MPK que la plaignante avait qualifié de refus de vente. Comme les parties concernées s'étaient finalement mis d'accord et que la plainte avait été retirée, le Conseil a classé l'affaire. L'ancienne Inspection de la concurrence n'avait pas déclenché de procédure et le Conseil n'avait donc pas à se prononcer sur les clauses des contrats. Il est en tout état de cause incorrect d'affirmer que le Conseil aurait donné son aval quant à la conformité du contrat de livraison conclu entre Valora (à l'époque: MPK) et un détaillant.
41. Le Conseil se rallie aux conclusions de la communication des griefs que les dispositions citées des contrats de commission et des contrats de compte ferme sont des abus de position dominante au sens de l'article 5 de la loi relative à la concurrence et de l'article 102 TFUE.

10. Conclusions de la communication des griefs

42. Selon l'article 11 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil « *peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée.* A

¹⁴ Voir, l'arrêt du Tribunal Tetra Pack II précité

cette fin, il peut leur imposer toute mesure coercitive qui soit proportionnée à l'infraction retenue à charge de l'entreprise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. »

43. Sur base des infractions d'abus de position dominante retenues à l'encontre de Valora dans sa communication des griefs, le conseiller désigné en charge de l'enquête propose au Conseil d'imposer à Valora les mesures suivantes :
- i. « Valora rétablit le récapitulatif journalier à l'attention des détaillants tiers tel qu'il existait avant octobre 2010.
 - ii. Valora renouvelle endéans les six mois à partir de la communication de la présente décision les contrats de commission et les contrats de livraison compte ferme existants en supprimant les dispositions abusives énumérées ci-dessus. Valora fait parvenir au Conseil au terme des six mois une copie signée des nouveaux contrats.
 - iii. Afin de rendre la suppression de la relation d'exclusivité effective, Valora devra également supprimer les dispositions d'exclusivité de ses contrats avec ses fournisseurs – éditeurs luxembourgeois et étrangers, distributeurs de gros étrangers.
 - iv. A défaut d'avoir mis en œuvre les mesures de la présente décision, Valora. sera soumis au paiement d'une astreinte journalière calculée en fonction du chiffre d'affaire journalier dans l'activité de distribution en gros de la presse à compter du premier jour suivant le délai des six mois après la communication de la décision du Conseil.
 - v. Le Conseil impose à l'entreprise visée une amende à hauteur de x% du chiffre d'affaire de l'exercice 2011 dans le secteur de la distribution de gros de la presse. »

11. Les engagements proposés par Valora

44. L'article 13 de la loi relative à la concurrence accorde aux entreprises visées par une enquête en matière de concurrence la faculté de proposer des engagements qui répondent aux reproches formulées contre elles :

« Art. 13. Engagements

(1) Lorsque le Conseil envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont le conseiller désigné les a informées dans sa communication des griefs, le Conseil peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que le Conseil agisse.

(2) Le Conseil peut rouvrir la procédure d'office ou sur demande d'une partie intéressée au litige ou du ministre:

a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;

b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements; ou

c) si la décision repose sur des informations inexactes, incomplètes ou dénaturées fournies par les parties. »

45. Par courrier du 16 octobre 2012, Valora, sans préjudice d'une reconnaissance quelconque de responsabilité, propose au Conseil les engagements suivants :

Ad i : suppression des récapitulatifs journaliers destinés aux détaillants tiers depuis le 18 octobre 2010

46. Selon Valora, il est extrêmement difficile et coûteux de rétablir les récapitulatifs journaliers. L'application informatique qui génère les bordereaux (qui accompagnent les colis de journaux et de magazines) et les récapitulatifs (qui reprennent toutes les livraisons durant une période donnée, et qui sont à la base de la facturation) a été achetée auprès d'un fournisseur allemand, et a été développée pour le marché de gros de la presse en Allemagne. Cette application prévoit des récapitulatifs hebdomadaires et mensuels, mais non journaliers. La fourniture de récapitulatifs journaliers nécessiterait un développement spécifique pour Valora et serait très coûteux.
47. Valora ne pense pas que les récapitulatifs journaliers soient nécessaires ou utiles. L'application informatique permet de générer les bordereaux (pour chaque titre) qui correspondent à la livraison reçue de l'éditeur. Ce qui veut dire que les erreurs résultant d'une livraison erronée ou légèrement divergente de la quantité usuelle de la part de l'éditeur ne se soient plus reproduites sur les bordereaux. En ce sens, l'application aurait permis de réduire le nombre d'erreurs.
48. Les seules erreurs proviennent dès lors
- soit d'erreurs de comptage auprès de Valora, qui sont détectables grâce aux bordereaux ;
 - soit d'erreurs de livraison (par exemple, un titre est livré à la mauvaise adresse), qui seraient, selon Valora, détectables grâce à la numérotation continue des bordereaux.
49. Alors que la suppression du récapitulatif journalier se trouve au centre des reproches des plaignantes, il est difficile pour le Conseil d'évaluer dans quelle mesure l'absence d'un tel outil constitue une surcharge de travail intolérable pour les détaillants. On ne peut exclure qu'il résulte, comme l'affirme Valora, simplement de l'inexpérience avec un nouveau système de traitement des livraisons. Ensuite, les bordereaux permettent de compter les erreurs relatives au nombre des journaux livrés par titre. Le comptage hebdomadaire des nombres de bordereaux permet de vérifier si certains titres n'ont pas été livrés certains jours de la semaine. Par courriel du 9 novembre 2012, Valora a ajouté l'engagement suivant par rapport au problème des récapitulatifs journaliers :

„Zurzeit wird von Valora recherchiert, wie von dem "recapitulatif hebdomadaire" auf eine tägliche Übersicht unprogrammiert werden kann. Valora ist gern bereit, sobald dafür ein Vorschlag vorliegt, diesen mit der Wettbewerbsbehörde im Voraus abzusprechen.

Aufgrund dieser Erläuterungen bittet Valora, das bestehende System des "recapitulatif hebdomadaire" beibehalten zu können, bis eine umsetzbare IT- Lösung gefunden ist.

Als Übergangslösung bieten wir im Einzelfall (sofern gewünscht) bis auf weiteres an, dem Kunden eine manuell erstellte Paket Übersicht (Anzahl der Pakete eines Tages) zur Verfügung zu stellen.“

Ad ii : dispositions abusives dans les contrats avec les détaillants

50. Valora propose les modifications suivantes dans les contrats de commission et les contrats de compte ferme. Ces modifications seront appliquées aux contrats existants ainsi qu'à tout nouveau contrat qui sera conclu à l'avenir.

Grief	Contrat de commission	Contrat de compte ferme
Approvisionnement exclusif	Supprimé	Supprimé
Obligation d'exposer de 1000 titres	Supprimée	Supprimée (1)
Enseigne et mobilier aux frais du commissionnaire	Supprimé	Supprimé
Paiement imposé par domiciliation bancaire	Maintenu	Maintenu (2)
Heures d'ouverture	Moins contraignantes	Moins contraignantes(3)
Limitation du taux d'invendus	Supprimée	Supprimée
Commission sur les retours	Supprimée	Supprimée
Garantie bancaire	Maintenu	Maintenu (4)

(1) Dans le cas des contrats à compte ferme, la disposition visée est l'obligation d'une offre initiale de 1000 titres.

(2) Les représentants de Valora insistent que

- le paiement par domiciliation bancaire serait essentiel pour la conduite des affaires ;
- le risque d'une écriture erronée (voir point 10) aurait été fortement réduit grâce aux nouvelles procédures ;
- Valora n'aurait pas encore eu de réclamations à ce sujet ;
- la domiciliation bancaire serait pratiquée courante dans tous les secteurs.

(3) L'obligation très stricte dans les contrats actuels est remplacée par une formule se référant aux pratiques normales à Luxembourg. Valora n'aurait pas encore eu de réclamations à ce sujet.

(4) Valora ne voudrait pas renoncer à la garantie bancaire.

Ad iii : exclusivité dans les relations avec les fournisseurs

51. Valora s'engage à enlever les clauses d'exclusivité des contrats avec les détaillants.
52. Valora propose, en ce qui concerne les relations d'exclusivité avec les fournisseurs (éditeurs et exportateurs étrangers), de remplacer l'exclusivité territoriale par une exclusivité territoriale par titre. L'exclusivité par titre signifie que tout titre diffusé par Valora ne peut être diffusé par un autre grossiste à Luxembourg, mais que, en théorie, un éditeur pourrait confier la diffusion d'un ou de tous ses titres à un autre distributeur.
53. Pour le détaillant, cette nuance ne fera pas de différence. Il sera toujours obligé de s'adresser, pour chaque titre, au fournisseur qui, pour le territoire du Luxembourg, a l'exclusivité territoriale par titre, en l'occurrence Valora.
54. Les représentants de Valora affirment que l'exclusivité leur est imposée par les fournisseurs (les éditeurs), qui ne renonceront pas de leur propre gré à un système de distribution qui fonctionne de façon satisfaisante, à leurs yeux, dans la plupart des pays. Par ailleurs, l'exclusivité serait inhérente au secteur et elle est

appliquée de façon implicite par toutes les parties (éditeurs, grossistes). En effet, la plupart des relations d'affaires reposent sur l'usage plutôt que sur un contrat écrit.

55. Le Conseil est ouvert à ces arguments dans la mesure où l'exclusivité entre éditeur et distributeur de gros ne relève pas d'un abus de position dominante dans le chef de ce dernier. En revanche, l'exclusivité entre distributeur et détaillant ayant été retirée, le reproche d'abus de position dominante dans le chef du distributeur de gros est sans objet.
56. Il reste que la proposition faite par Valora de remplacer l'exclusivité territoriale par une exclusivité par titre tout comme le refus de Valora de renoncer à cette dernière n'est pas essentielle dans la mesure où, dans la pratique, et en raison de la relation d'exclusivité entre éditeurs et distributeurs propre au secteur, n'a très probablement pas d'impact sur la situation des détaillants au Luxembourg.

12. L'avis des parties plaignantes

57. Les parties plaignantes, lors d'observations orales et écrites transmises au conseiller désigné, indiquent qu'elles approuvent les propositions faites sous ii) et iii), mais qu'elle déplore que les engagements n'incluent pas le rétablissement du récapitulatif journalier, qui serait essentiel pour gérer les erreurs de livraison (i). Elle n'est pas d'accord que la numérotation des bordereaux suffirait pour détecter ces erreurs.

13. Conclusion

58. Selon une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité exige que les mesures adoptées par une autorité de concurrence soient appropriées et nécessaires pour atteindre le but recherché, c'est-à-dire la cessation des infractions retenues¹⁵. La mise en œuvre par le Conseil du principe de proportionnalité dans le contexte spécifique de l'article 13 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, concernant des engagements, se limite à la vérification que ces engagements répondent aux préoccupations dont il a informé l'entreprise concernée et que cette dernière n'a pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces préoccupations¹⁶.
59. Le Conseil estime que les engagements sont appropriés et nécessaires étant donné qu'ils termineront les pratiques qualifiées comme abusives au sens du droit de la concurrence. Les reproches retenus dans la communication des griefs que les engagements n'éliminent pas concernent le paiement par domiciliation bancaire, la garantie bancaire et l'exclusivité par titre entre Valora et les éditeurs.
60. Le Conseil accepte les arguments de l'entreprise visée que le paiement par domiciliation bancaire et la garantie bancaire devant couvrir les impayés éventuels seraient essentiels pour la conduite des affaires et qu'ils seraient pratique courante dans tous les secteurs.
61. Le Conseil accepte également l'argument de Valora que les relations d'exclusivité entre éditeurs et distributeurs de gros sont imposées par les éditeurs et correspondent à une pratique acceptée dans le secteur de la distribution de la presse dans la plupart des pays.
62. Quant à l'engagement relatif aux récapitulatifs, le Conseil accepte les engagements de Valora et décide de retenir la solution provisoire évoquée dans le courriel jusqu'au 1^{er} juillet 2013. A partir de cette date, le Conseil peut réexaminer la situation en fonction de son évolution et / ou en fonction des propositions nouvelles présentées par Valora.

¹⁵ Voir, en ce sens, les arrêts de la Cour du 17 mai 1984, 15/83, *Denkavit Nederland*, Rec. p. 2171, point 25 et du Tribunal du 23 octobre 2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commission*, Rec, 2003, p. II-4563, point 201.

¹⁶ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 29 juin 2010, C-441/07 P, *Commission/Alrosa*, Rec. 2010, p I-5949, point 41.

Adopte la décision suivante :

Article 1^{er}

Le Conseil accepte et rend obligatoires les engagements présentés par Valora.

Article 2

A l'exception de l'engagement aux points 46-49, Valora doit mettre en œuvre les engagements pour le 1^{er} mai 2013 au plus tard.

Article 3

En ce qui concerne l'engagement repris au point 46-49, la présente décision est prise pour une durée de sept mois à compter de la notification de la présente décision à Valora

Article 4

Conformément à l'article 13 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil décide qu'il n'y a plus lieu d'agir.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg le 23 novembre 2012.

Pierre Rauchs

Président

Marc Feyereisen

Conseiller

Mattia Melloni

Conseiller

Indication sur les voies de recours

Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre de la présente décision prise en formation collégiale en vertu de l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

En vertu de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ce recours est formé par requête signée d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés par les conseils des Ordres des avocats dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente ou à partir du jour où vous avez pu en prendre connaissance.