

Décision n°2012-E-07

du 18 décembre 2012 concernant une procédure rendant obligatoires des engagements présentés par l'Entreprise des Postes et Télécommunications

Le Conseil de la concurrence,

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

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

Vu le règlement intérieur du Conseil de la concurrence ;

Vu les plaintes à l'encontre de l'Entreprise des Postes et Télécommunications introduites auprès du Conseil de la concurrence en date du 26 novembre 2004 et du 05 juillet 2005 ;

Vu la communication des griefs du 15 juin 2012 ;

Vu les engagements proposés par l'Entreprise des Postes et Télécommunications en date du 24 septembre et modifiés en date du 22 octobre 2012 ;

Vu les observations du 24 septembre de l'Entreprise des Postes et Télécommunications à la communication des griefs ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

Table des matières	Page
1. Rétroactes	3
2. Objet de la plainte	4
3. Entreprise visée	4
4. Définition du marché	5
4.1. Définition du marché des produits et services	5
4.2. Définition du marché géographique	7
5. Contexte juridique	7
6. Position dominante	9
7. Affectation au commerce intra-communautaire et droit applicable	11
8. Examen des griefs de la plainte	12
8.1 Prétendu abus de position dominante en raison de la politique tarifaire de l'EPT en relation avec certaines augmentations et réductions de tarifs pratiquées depuis l'an 2000 (1er grief du plaignant)	12
8.1.1 Faits reprochés	12
8.1.2 Examen de l'évolution des tarifs	13
8.1.3 Comparaison de l'évolution des tarifs avec <i>bpost</i>	14
8.1.4 Analyse des coûts et des marges	15
8.1.5 Vérification des subventions croisées	16
8.2 Rabais accordés de façon arbitraire (2ème grief du plaignant)	19
8.3 Dégressivité discriminatoire des tarifs selon les quantités (3ème grief du plaignant)	20
8.4 Fixation de prix prédateurs dans la diffusion d'envois non-standards (4ème grief du plaignant)	21
8.5 Discrimination de concurrents en raison de la collaboration avec certaines entreprises (5ème grief du plaignant)	23
8.6 Discrimination en raison du refus d'accès aux boîtes postales (6ème grief du plaignant)	24
8.7 Prétendue entente entre l'Entreprise des Postes et Télécommunications et d'autres parties (7ème grief du plaignant)	28
9. Conclusions de la communication des griefs	28
10. Les engagements proposés par l'EPT	29
11. L'avis du plaignant	30
12. Conclusion	31

1. Rétroactes

1. Par courrier du 25 novembre 2004, M. Jacques Deltenre, administrateur-délégué de la société Dintec Participations S.A (ci-après : « Dintec » ou le « plaignant »), a porté plainte contre l'Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après : l'« EPT ») pour abus de position dominante auprès de l'ancienne Inspection de la concurrence (ci-après : l'« Inspection ») sur base de l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.
2. Une première entrevue de l'Inspection avec Dintec et l'EPT a eu lieu le 10 mai 2005. Le plaignant a introduit une deuxième plainte, pour une prétendue entente conclue entre l'EPT et d'autres sociétés du secteur, en date du 05 juillet 2005.
3. En date du 2 mars 2006, l'Inspection lance une première demande de renseignements dans le secteur postal.
4. En date du 30 mars 2006, le plaignant dépose une plainte auprès de la Commission européenne (ci-après : la « Commission ») contre le Grand-Duché de Luxembourg pour mauvaise transposition de la directive postale. La Commission ne donne pas de suite à cette plainte.
5. En date du 16 janvier 2008, l'Inspection a une nouvelle entrevue avec le plaignant.
6. En date du 14 mars 2008, l'Inspection lance une deuxième demande de renseignements. Elle s'adresse à l'EPT, l'Institut luxembourgeois de régulation (ci-après : l'« ILR »), Dintec et 25 autres sociétés du secteur postal.
7. En date du 6 mai 2008, l'Inspection envoie une demande de renseignements supplémentaire à l'ILR.
8. En date du 16 mars 2009, l'Inspection envoie une troisième demande de renseignements à Dintec, l'EPT, et trois autres entreprises du secteur des services postaux.
9. Le 8 septembre 2009, l'Inspection a une entrevue avec l'ILR.
10. En date du 15 juillet 2010, l'Inspection commande un rapport d'expertise concernant différents reproches formulés dans la plainte à Van Dijk Management Consultants S.A (ci-après : le « rapport d'expertise »). Entre septembre 2010 et août 2011, trois autres demandes de renseignements sont adressées à l'EPT.
11. En date du 26 janvier 2012, l'Inspection réceptionne le rapport d'expertise.
12. Le 24 mai 2012, le président du Conseil de la concurrence informe les parties de la désignation d'un conseiller pour diriger le dossier sous le nouveau régime de la loi du 23 octobre 2011, relative à la concurrence.
13. Le 15 juin 2012, le conseiller désigné notifie la Communication des griefs aux parties. Ensuite, les parties prennent connaissance des pièces du dossier.

14. Par courrier du 24 septembre 2012, tout en contestant toute infraction à l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, l'EPT fait parvenir au Conseil ses observations ainsi qu'une proposition d'engagements, incluant un projet de convention régissant les modalités d'accès aux boîtes postales, en réponse aux reproches formulés dans la communication des griefs. L'engagement initial a été, sur un point, modifié par courrier daté au 22 octobre 2012. Il a été transmis au plaignant, qui n'a pas fait parvenir d'avis au Conseil de la concurrence (ci-après : le « Conseil »).

2. Objet de la plainte

15. Par courrier du 25 novembre 2004, M. Jacques Deltenre, administrateur-délégué de la société Dintec a porté plainte contre l'EPT pour abus de position dominante auprès de l'Inspection. Le prétendu abus se sera notamment manifesté par :
 - une politique tarifaire de l'EPT en relation avec certaines augmentations et réductions de tarifs pratiquées depuis l'an 2000;
 - une politique des rabais accordés de façon arbitraire ;
 - la dégressivité discriminatoire des tarifs selon les quantités ;
 - la fixation de prix prédateurs dans la diffusion d'envois non-standards ;
 - la discrimination de concurrents en raison de la collaboration avec la société Michel Greco ;
 - la discrimination en raison du refus d'accès aux boîtes postales de l'EPT ;
16. Par courrier du 05 juillet 2005, le plaignant a également introduit une plainte concernant une entente conclue entre l'EPT et d'autres sociétés.

3. Entreprise visée

17. L'Entreprise des Postes et Télécommunications (« EPT ») a été créée en tant qu'établissement public autonome dotée de la personnalité juridique par la loi du 10 août 1992. L'objet social de l'EPT regroupe trois grands domaines de prestations : services postaux, services financiers postaux et télécommunications.
18. Est visée dans le cas présent plus particulièrement la division des postes. Les activités postales réalisaient en 2010 un chiffre d'affaires de 122 millions d'euros. Avec les filiales TNT, Michel Greco et Infomail, l'EPT est verticalement intégré dans le secteur des services postaux.
19. L'EPT est l'unique prestataire de services postaux au sein du secteur réservé et le prestataire du service postal universel, comme il sera démontré ci-dessous.

4. Définition du marché

4.1 Définition du marché des produits et services

20. 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. (...) »

21. Le marché en cause doit être défini en termes géographiques et en termes de produits. Au niveau du marché de produits, la notion la plus déterminante est celle de la substituabilité du côté de la demande :

« 7. (...) Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. (...) »

« 13. La concurrence soumet les entreprises à trois grandes sources de contraintes: la substituabilité du côté de la demande, la substituabilité au niveau de l'offre et la concurrence potentielle. D'un point de vue économique, pour une définition du marché en cause la substitution du côté de la demande est le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix. (...) L'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. Une façon de procéder à cette détermination peut être envisagée comme un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients. (...) »

22. Le marché des produits et services postaux est défini par la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux comme suit:

« Art. 2. (19) services postaux - des services qui consistent en la levée, le tri, l'acheminement et la distribution des envois postaux;

Art. 2. (6) envoi postal - un envoi portant une adresse sous la forme définitive dans laquelle il doit être acheminé par le prestataire du service postal universel. Il s'agit, en plus des envois de correspondance, par exemple de livres, de catalogues, de journaux, de périodiques et de colis postaux contenant des marchandises avec ou sans valeur commerciale; »

23. En l'espèce, les tarifs appliqués par l'EPT sont fonction de la taille, du poids, de la destination - nationale ou internationale, et de la rapidité de la distribution, pour les envois exprès, des

envois. Les tarifs délimitent et définissent des segments ou subdivisions du marché des services postaux. Il se pose, alors, la question de savoir si des différents segments ou subdivisions ne sont pas à considérer comme des marchés certes adjacents, mais séparés du marché des services postaux. En effet, la substituabilité du côté de la demande entre ces différents segments n'est que partielle, un consommateur pouvant substituer un colis à un envoi postal de taille et de poids plus petit, mais pas l'inverse.

24. On pourrait aussi analyser la substituabilité du côté de l'offre pour définir le marché dans les opérations où celle-ci a des effets équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité. Le Conseil rappelle que cette approche est suivie par la Commission qui précise davantage que:

« 20. ... Il faut, pour cela, que les fournisseurs puissent réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme (4) sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs.

21. C'est souvent le cas lorsque des entreprises offrent tout un choix de qualités ou de types pour un même produit. Même si, pour un acheteur final ou un groupe de consommateurs finals donné, ces différences de qualité ne sont pas substituables, ces dernières seront regroupées dans un seul marché de produits, sous réserve que la plupart des fournisseurs soient en mesure de proposer et de vendre ces différentes qualités immédiatement et sans augmenter leurs coûts de manière substantielle. Dans ces cas, le marché du produit en cause englobera tous les produits qui sont substituables pour la demande et l'offre, et les ventes actuelles de ces produits seront additionnées pour calculer la valeur totale ou le volume total du marché.»¹

25. En l'espèce, les différents segments ou subdivisions du marché ainsi définis par l'EPT en fonction de la taille, du poids, de la destination et de la rapidité de distribution des envois remplissent bien la condition que *« la plupart des fournisseurs soient en mesure de proposer et de vendre ces différentes qualités immédiatement et sans augmenter leurs coûts de manière substantielle »* puisqu'ils requièrent largement le même type d'infrastructures, d'équipements, de savoir-faire et de compétences. En effet, la plupart des opérateurs concurrents de l'EPT offrent des services à l'intérieur de plusieurs sinon de tous les segments et subdivisions mentionnés ci-dessus.
26. Dans ses observations qu'elle a fait parvenir au Conseil en réponse à la communication des griefs, l'EPT fait valoir que *« le refus d'offrir aux autres opérateurs postaux un accès aux boîtes postales »* retenu comme grief dans la plainte et dans la communication des griefs *« se produit sur le marché en amont du marché de détail. »* Il serait donc nécessaire, de définir un

¹ Voir, en ce sens, la *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03)*.

« marché en amont [qui] devrait consister en la fourniture d'un accès à l'infrastructure essentielle (indispensable pour fournir le service de détail) »².

27. Bien que le Conseil n'ait pas connaissance d'une seule affaire d'abus de position dominante traitée par une autorité nationale de concurrence de l'UE ou par la Commission qui aurait donné lieu à une définition du marché de gros ou en amont de « fourniture d'un accès à des infrastructures essentielles » dans le secteur des services postaux, il est prêt à s'engager dans cette voie novatrice et de prendre en considération un deuxième marché en cause qui serait celui de « la fourniture d'accès à l'infrastructure essentielle indispensable pour fournir le service de détail » des envois postaux.
28. Les marchés des produits et services postaux en cause seraient, donc, le marché (de détail) tel que défini par la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux et, le marché (de gros) de la « fourniture d'un accès à l'infrastructure essentielle ».
29. Il n'est pas nécessaire à ce stade d'examiner ni de définir la notion d'infrastructure essentielle, la question de savoir si les boîtes postales pouvant être qualifiées d'infrastructure ou de facilité essentielle étant examinée ci-dessous.

4.2 Définition du marché géographique

30. Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers, les marchés du courrier national et transfrontière coïncident sur le plan géographique avec les frontières nationales, car
 - ces dernières délimitent les monopoles nationaux ;
 - la collecte et la distribution sont organisées à l'échelle nationale dans tous les pays ;
 - les prix et leur système de fixation diffèrent d'un pays à l'autre ;
 - la tarification applicable pour le territoire du Grand-Duché pour le courrier national et international est nationale ;
 - il n'existe pas de substitution du côté de la demande ni du côté de l'offre à travers les frontières nationales.
31. Le marché géographique est donc le territoire national du Luxembourg.

5. Contexte juridique

32. La loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux définit le secteur réservé des services postaux comme suit :

² Voir les observations de l'EPT sur la communication des griefs du 15 juin 2012, point 28.

« Art 15. (1) La levée, le transport, le tri et la distribution des envois de correspondance intérieure, que ce soit par courrier accéléré ou non, dont le prix est inférieur à cinq fois le tarif public applicable à un envoi de correspondance du premier échelon de poids de la catégorie normalisée la plus rapide, pour autant que leur poids soit inférieur à trois cent cinquante grammes (350 g), est réservé à l'Etat. Ce droit peut faire l'objet de concessions dont les conditions sont déterminées par voie légale. Les services ainsi réservés font partie intégrante du service postal universel. (...) »

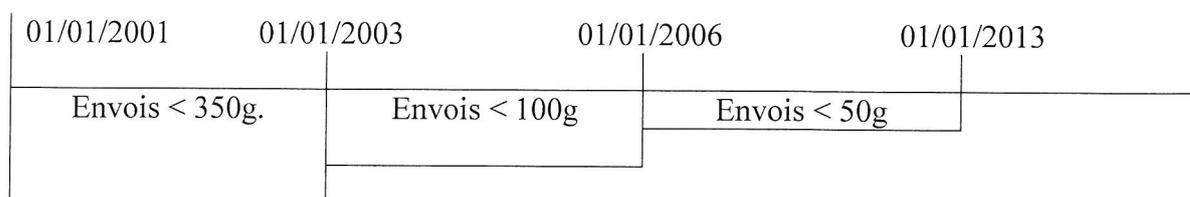
33. L'article 2 (5) définit l'envoi de correspondance :

« (5) envoi de correspondance - une communication écrite sur un support physique quelconque qui doit être acheminée et remise à l'adresse indiquée par l'expéditeur sur l'envoi lui-même ou sur son conditionnement. Les livres, les catalogues, les journaux et les périodiques ne sont pas considérés comme des envois de correspondance; »

Autrement dit, cette disposition concerne les envois portant une adresse, autres que « les livres, les catalogues, les journaux et les périodiques ». Elle concerne aussi bien les envois nationaux qu'internationaux.

34. La délimitation des services postaux réservés change avec la loi du 20 décembre 2002 qui fixe le poids maximal des envois de correspondance réservés à 100 grammes à partir de janvier 2003, et à 50 grammes à partir du 1^{er} janvier 2006. Le tarif applicable est modifié de façon analogue.

35. La définition des services postaux réservés est double : à travers le poids maximal et à travers un prix maximal. Il s'avère que la structure des tarifs postaux de l'EPT est telle que le critère du prix est toujours vérifiée et qu'il suffit de retenir le poids comme critère déterminant du secteur réservé. On peut alors résumer les définitions successives du secteur réservé par le schéma suivant :



36. L'EPT jouit donc d'un monopole au sein d'un secteur réservé jusqu'au 31 décembre 2012.

37. En contrepartie de l'exploitation des services postaux réservés, l'EPT est tenue d'assurer le service universel, conformément aux articles 7 et 17 de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers. Ces articles disposent que :

« Art. 7. (1) Le service postal universel comprend:

- la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kg;
- la levée, le tri, le transport et la distribution des colis jusqu'à 10 kg;

- les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée.
- (2) Le service postal universel tel que défini au présent article comprend aussi bien les services nationaux que transfrontières.
- (3) Les dimensions minimales et maximales des envois postaux visés au paragraphe (1) du présent article sont celles fixées par les Actes du XXI^e Congrès postal universel approuvés par la loi du 8 avril 1999 portant approbation du cinquième Protocole additionnel à la Constitution de l'Union postale universelle, de la Convention et des Arrangements signés au Congrès postal universel de Séoul le 14 septembre 1994.
- (4) La durée d'acheminement des envois postaux de la catégorie normalisée la plus rapide du service postal universel est fixée par règlement grand-ducal.
- (5) Le prestataire du service postal universel doit garantir pour tous les jours ouvrables du lundi au vendredi à l'exception des jours fériés et sauf circonstances jugées exceptionnelles par l'Institut, au minimum:
 - une levée aux points d'accès dont la densité doit tenir compte des besoins des utilisateurs. La répartition géographique des points d'accès ainsi que les plages des horaires de levée font l'objet d'un plan subordonné à l'accord préalable de l'Institut;
 - une distribution à chaque personne physique ou morale dans des installations de réception appropriées placées à la limite de la voie publique ou à tout autre endroit adéquat, de manière à assurer un accès facile, libre, direct et sans danger, sauf contrat entre opérateur et utilisateur fixant d'autres modalités de distribution ou autre forme de remise autorisée par l'Institut. »

« Art. 17. Les P&T sont chargées de la prestation du service postal universel. A cet effet l'Etat concède aux P&T l'exploitation des services postaux réservés et le droit d'émettre des timbres-poste. »

6. Position dominante

38. Déterminer si une entreprise occupe une position dominante et évaluer le degré de pouvoir de marché qu'elle détient constituent la première étape de l'application de l'article 102 TFUE³ que le Conseil est tenu à appliquer, conformément à l'article 6, paragraphe 2, de la loi du 23 octobre 2011, relative à la concurrence, ainsi que de l'article 5 de cette loi. Conformément à la jurisprudence communautaire, détenir une position dominante confère une responsabilité particulière à l'entreprise qui en jouit, dont l'ampleur doit être vue à la lumière des circonstances particulières de l'espèce.⁴

³ Voir la Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02).

⁴ Voir, en ce sens, les arrêts de la Cour du 9 novembre 2003, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I)/Commission*, Rec.1983, p.3461, point 57; et du Tribunal du 6 octobre 1994, T-83/91, *Tetra Pak/Commission (Tetra Pak II)*, Rec.1993, p. II-755, point 114 ; du 17 juillet 1998, T-111/96, *ITT Promedia/Commission*, Rec. 1998, p II-2937, point 139 ; du 7 octobre 1999, T-228/97, *Irish Sugar/Commission*, Rec.1999, p II2969, point 112 ; du 30 septembre 2003, T-203/01, *Michelin/Commission (Michelin II)*, Rec.2003, p II-4071, point 97.

39. La position dominante est définie en droit communautaire comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.⁵
40. En règle générale, une position dominante résulte d'une combinaison de plusieurs facteurs qui, pris séparément, ne sont pas, nécessairement déterminants.⁶
41. Ainsi, la position dominante se doit apprécier en tenant compte de la structure concurrentielle du marché, et notamment des éléments suivants :
- les contraintes constituées par les fournitures existantes des concurrents actuels et la position de ces derniers sur le marché (la position sur le marché de l'entreprise dominante et de ses concurrents) ;
 - les contraintes constituées par la menace crédible d'une future expansion des concurrents actuels ou de l'entrée de concurrents potentiels (expansion et entrée) ;
 - les contraintes résultant de la puissance de négociation des clients de l'entreprise (puissance d'achat compensatrice).⁷
42. S'agissant du premier élément concernant la position sur le marché en cause de l'entreprise dominante et notamment la part dudit marché qu'elle possède, il convient de relever que, si cette part est élevée et détenue longtemps, il est très probable qu'elle constituera un premier indice sérieux de l'existence d'une position dominante et, dans certaines circonstances, d'éventuels effets graves de pratiques abusives, justifiant une intervention de la Commission ou des autorités nationales de concurrence, en vertu de l'article 102 TFUE⁸ ou de la loi nationale de concurrence qui condamne tout abus de position dominante.
43. En l'espèce, il y a lieu de constater qu'en ce qui concerne les services réservés, la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers confère à l'EPT une position dominante puisque elle lui accorde l'exploitation d'un monopole postal.
44. En ce qui concerne les services non-réservés, les informations recueillies par l'Inspection lors de sa demande de renseignements du 14 mars 2008 montrent que l'EPT est dominante sur le marché des services postaux dans son ensemble ainsi que sur toutes les subdivisions possibles de ce marché, sauf les segments des colis et des envois express. Selon l'estimation non-officielle de l'EPT, sa part de marché est supérieure ou égale à 80% dans tous les segments du marché, sauf pour les colis (20%) et les envois express (10%).

⁵ Voir, en ce sens, les arrêts de la Cour du 14 février 1978, 27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV/Commission*, Rec. 1978, p.207, point 65; et du 13 février 1979, 85/76, *Hofmann-La Roche & Co./Commission*, Rec. 1979, p.461, point 38.

⁶ Voir, en ce sens, l'arrêt *United Brands Company et United Brands Continentaal BV/Commission*, précité, point 207.

⁷ Voir la Communication de la Commission précitée ci-dessus, point 12.

⁸ Voir la Communication de la Commission précitée ci-dessus, point 15.

45. A côté des parts de marché, d'autres éléments tels que la taille et le caractère indispensable des facilités et infrastructures, le nombre et la distribution des points de vente, le nombre de personnes employées, le chiffre d'affaire et l'image de marque démontrent également le poids de l'entreprise visée par rapport aux concurrents et confirment sa position dominante sur le marché en cause des envois postaux.
46. S'agissant du deuxième élément, il y a lieu de relever que l'EPT s'adresse à une multitude de clients dont aucun ne dispose d'une puissance d'achat, contrairement à ce que l'ETP suggère dans ses observations à la communication des griefs⁹.
47. S'agissant du troisième élément, il y a lieu de constater que les clients personnes physiques ne disposent pas d'une réelle alternative pour la plupart des services prestés par l'EPT, que ce soit à l'extérieur ou à l'intérieur du secteur réservé. De même, quoique les barrières à l'entrée ne semblent pas très élevés pour les prestataires souhaitant fournir des services dans un segment restreint du marché en cause – comme par exemple la distribution du courrier pour une clientèle spécifique et ciblée - elles sont extrêmement élevées pour un concurrent potentiel souhaitant créer une infrastructure complète sur le plan national. Il n'existe, bien entendu, pas de concurrent actif dans tous les segments du marché ni d'infrastructure alternative complète.
48. Il s'ensuit de tout ce qui précède que l'EPT est dominante sur le marché des services postaux dans son ensemble ainsi que sur toutes les subdivisions possibles de ce marché, sauf les segments des colis et des envois exprès.
49. En ce qui concerne le marché de la « *fourniture d'accès aux facilités essentielles* », comme le fait valoir l'EPT, la communication des griefs ne fournit aucune indication concernant sa position dominante sur ce marché, étant donné que le marché de gros pertinent n'a pas été défini dans la communication des griefs.¹⁰ Dans le cas des boîtes postales, il est sans doute vrai qu'il s'agit d'une infrastructure que l'on peut facilement répliquer sur le plan technique, en tant que points terminaux de la distribution d'envois postaux, et que la société BPM met également des boîtes postales à disposition de ses clients. Toutefois, la réplification des boîtes postales, en tant qu'éléments du réseau, n'est pas un argument pertinent. En effet, il est indéniable que l'accès aux boîtes postales de l'EPT est contrôlé par elle et que l'EPT a donc une position de monopole sur le marché de la « *fourniture d'accès aux facilités essentielles* » en ce qui concerne les boîtes postales qu'elle met à disposition de ses clients à l'intérieur des bureaux de poste.

7. Affectation du commerce intra-communautaire et droit applicable

50. Comme le Conseil l'a rappelé dans sa décision n° 2012-E-04 du 23 novembre 2012 dans l'affaire *Valora*, 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

⁹ Voir les observations de l'EPT sur la communication des griefs du 15 juin 2012 points 35 et 36.

¹⁰ Voir les observations de l'EPT sur la communication des griefs du 15 juin 2012 points 33 à 36.

(UE). Le régime communautaire d'application des règles de concurrence¹¹ fait l'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 Etats membres de l'UE.

51. 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.
52. En l'espèce, le Conseil considère que le commerce intra-communautaire ne risque pas d'être affecté de manière sensible par le fait que le courrier transfrontière sortant soit acheminé par l'EPT ou par un opérateur concurrent.

8. Examen des griefs de la plainte

8.1. Prétendu abus de position dominante en raison de la politique tarifaire de l'EPT en relation avec certaines augmentations et réductions de tarifs pratiquées depuis l'an 2000 (1er grief du plaignant)

8.1.1 Faits reprochés

53. Pour le plaignant, « *la politique de prix poursuivie par l'EPT constitue un abus de position dominante. Elle profite de l'attribution de droits exclusifs pour augmenter déraisonnablement les prix dans le secteur faisant l'objet du monopole. Et elle n'augmente que très peu les prix dans le secteur hors monopole afin d'évincer ses concurrents potentiels. D'ailleurs, l'EPT diminue parfois ses prix dans le secteur non-réservé, de façon surprenante.* »¹²
54. Il est donc reproché à l'EPT d'augmenter les tarifs des activités dans les secteurs des services réservés dans lesquels elle jouit d'un monopole légal afin de pouvoir baisser les prix dans les secteurs des services non réservés soumis à la concurrence dans un but d'évincer ses concurrents de ces secteurs.
55. Dans le cadre de l'enquête, ont été examinées les questions suivantes:
 - Est-ce que la politique tarifaire de l'EPT est différente dans le temps selon qu'il s'agit d'activités dans des secteurs jouissant d'un monopole postal légal ou d'activités soumises à la concurrence ?
 - Comment se compare l'évolution de la politique tarifaire de l'EPT avec celle des anciens opérateurs monopolistiques à l'étranger ?

¹¹ Voir également 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 CE.

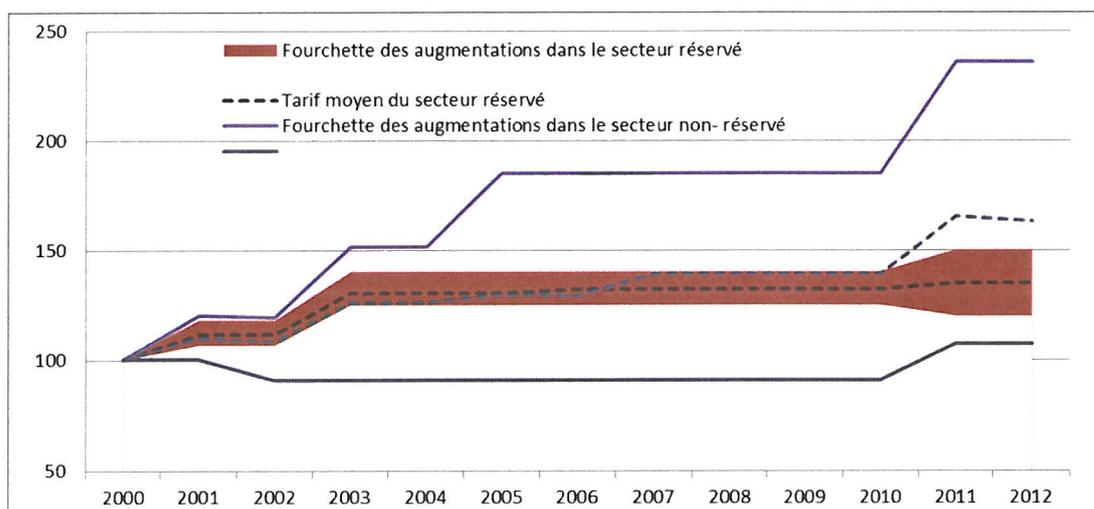
¹² Première plainte Groupe Dintec / Classeur I - Pièce n°2 p.7

- Est-ce qu'il existe un lien entre tarifs et rentabilité ?

- Est-ce qu'il existe des subventions croisées des activités en monopole vers les activités soumises à la concurrence permettant à l'EPT de pratiquer des prix prédateurs ?

8.1.2 Examen de l'évolution des tarifs

56. Cette partie de l'analyse doit examiner si la politique tarifaire de l'EPT dans le secteur des services postaux réservés est systématiquement différente de celle dans les services non-réservés et donc exposés à une concurrence existante ou potentielle. Des augmentations systématiques au sein du secteur réservé pourraient servir à financer des diminutions de tarifs, voire des tarifs non-équitable dans le but d'éliminer la concurrence existante ou de décourager une concurrence future. La confirmation d'une telle politique, sans avoir force de preuve, serait cependant une première indication d'un abus de position dominante.
57. Selon le plaignant, l'EPT aurait augmenté ses tarifs au sein du domaine réservé au 1er avril 2000 entre 6 et 20% et au 1er janvier 2003 de 14% en moyenne.¹³ Selon le rapport d'expertise, les augmentations tarifaires de l'EPT dans le secteur des envois postaux se résument de la façon suivante:



Graphique 1 : évolution des tarifs dans les secteurs réservé et non-réservé, base 100 en 2000.

58. Il ressort de ce tableau qu'entre 2000 et 2004, date de la première plainte dans la présente affaire, les tarifs des envois postaux ont évolué à l'intérieur d'une fourchette comprise entre -9% et +52% pour le secteur non-réservé (lignes violettes dans le graphique) et entre +25% et +40% pour le secteur réservé (surface rouge dans le graphique). On peut donc dire qu'il y a

¹³ Voir la plainte du Groupe Dintec / Classeur I - Pièce n°2 p.5.

eu, à l'intérieur du secteur non-réservé, des baisses aussi bien que des hausses tarifaires. De même, l'EPT a mis en œuvre des augmentations tarifaires à la fois à l'intérieur du secteur réservé et à l'extérieur de ce secteur. Il s'ensuit que la politique tarifaire de l'EPT ne semble a priori pas guidée par les délimitations du secteur réservé. Par, ailleurs, affirmer comme le fait le plaignant, que « (...) les prix sont déterminés non pas par rapport au coût du service, mais par rapport à la concurrence potentielle » paraît quelque peu simplificateur.

59. On pourrait se poser la question s'il est possible d'arriver à la conclusion que les augmentations de tarifs sont plus prononcées dans le secteur réservé où l'EPT détient un monopole légal que dans le secteur non-réservé où il y a une concurrence effective. Or, ce constat en soi ne permet pas de conclure à un abus de position dominante. Une telle politique tarifaire peut être légitime et légale dans la mesure où elle peut résulter d'une évolution au niveau des coûts ou au niveau du marché. Par exemple, la baisse de certains tarifs dans le secteur non-réservé pourrait très bien refléter la réponse de l'EPT à l'augmentation de la pression concurrentielle dans certains segments de marché, suite à l'ouverture du marché. C'est précisément l'objectif de la politique de libéralisation.
60. Il sera montré aux points 69 et suivants qu'une divergence dans l'évolution des tarifs dans le secteur réservé par rapport au secteur non-réservé est une condition insuffisante pour établir un abus de position dominante. Il ne peut y avoir abus de position dominante que si les activités du domaine réservé subventionnent les activités du domaine non-réservé.¹⁴

8.1.3 Comparaison de l'évolution des tarifs avec *bpost*

61. Le rapport d'expertise compare les tarifs des services du secteur réservé dans sa définition de 2001 à Luxembourg avec ceux en Belgique pour la période de 2001 à 2011. Faisant abstraction de certaines spécificités nationales, le rapport arrive à la conclusion que :

- 2000, en service National, les tarifs luxembourgeois et belges sont assez proches (...); en service Export Europe, les tarifs luxembourgeois sont très sensiblement inférieurs aux tarifs belges ; (...)

- les hausses tarifaires de 2001 et 2003 amènent, en service National, les tarifs luxembourgeois à un niveau plutôt plus élevé que les tarifs belges ; (...) en service Export Europe, les tarifs luxembourgeois (sont amenés) à un niveau comparable aux tarifs belges ; (...)

- au terme de la période considérée, soit 2011, les tarifs luxembourgeois sont inférieurs aux tarifs belges et ce pour tous les produits ;

En conclusion, on peut dire que, sur la période examinée (2000 à 2011), les augmentations tarifaires ont été plus importantes en Belgique qu'au Luxembourg, que les hausses des tarifs

¹⁴ Voir, en ce sens, la décision de la Commission du 20 mars 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE (affaire COMP/35.141- *Deutsche Post AG*), point 5 et suivants.

belges se font de manière continue alors qu'on procède plutôt par ajustements périodiques (2001, 2003 et 2011) au Luxembourg. A l'arrivée, les tarifs luxembourgeois sont clairement inférieurs aux tarifs belges même en considérant que les timbres-poste sont moins chers achetés en nombre qu'à la pièce. »

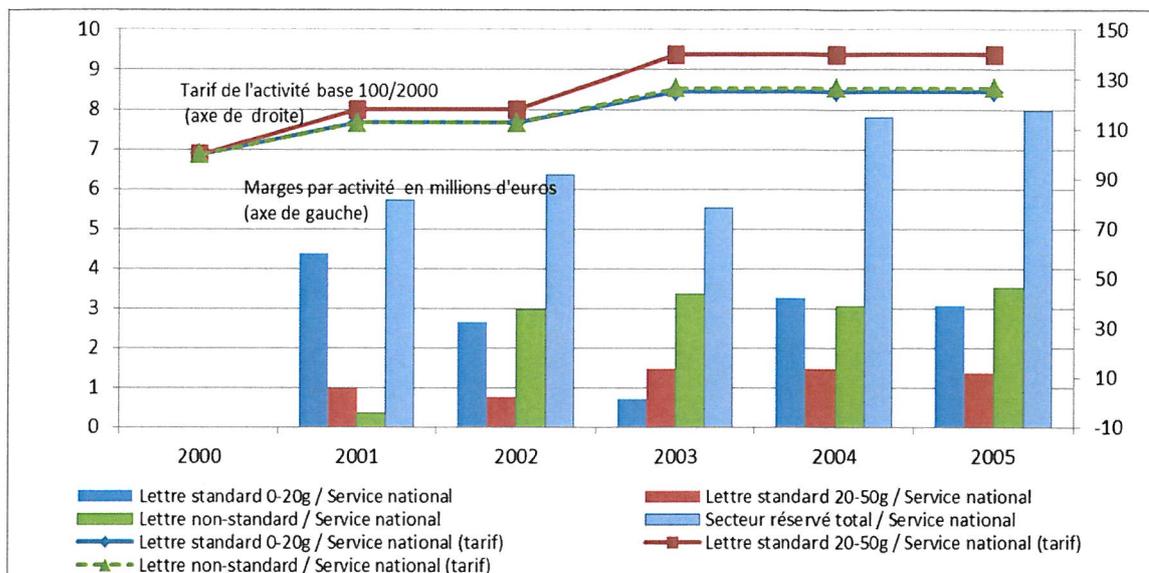
62. Cette conclusion ne signifie pas nécessairement qu'il y ait, à Luxembourg comme en Belgique, absence de comportement abusif. Elle signifie seulement que les augmentations tarifaires pratiquées au Luxembourg ne font pas exception en comparaison avec un marché postal étranger assez comparable, selon l'avis de l'expert. La comparaison avec l'évolution des tarifs en Belgique ne corrobore donc pas le reproche d'abus.

8.1.4 Analyse des coûts et des marges

63. Le but de l'analyse des marges est de détecter quelles sont les activités rentables susceptibles de subventionner des activités qui seraient non-rentables, mais également d'examiner les liens entre l'évolution de la tarification et la rentabilité des activités. Par exemple, il serait logique que des hausses de tarifs aient été implémentées au sein d'activités non-rentables, et que la rentabilité de ces activités se soit redressée par la suite.
64. Selon le rapport d'expertise, cette analyse se heurte à un certain nombre de problèmes, dont le plus fondamental est l'évolution continue de la comptabilité analytique de l'EPT. Ainsi, une analyse détaillée par activité n'est pas possible pour tous les produits pour les années 2001 à 2005. Il n'a pas non plus été possible de faire le lien entre la segmentation des clients entre les périodes 2001-2005 et 2006-2010. L'analyse des marges reste donc partielle.
65. Sur base des chiffres disponibles, le calcul des marges a pu être fait pour les trois activités du secteur réservé : lettre standard 0-20 grammes, lettre standard 20-50 grammes, lettre non-standard, mais uniquement pour le service national. Les envois postaux à l'export ne sont pas inclus dans le calcul. Les marges peuvent s'entendre en termes de pourcentage du chiffre d'affaire ou en termes nominaux, exprimés en euros. Les chiffres retenus ici sont les montants nominaux en euro, car la rentabilité en termes de pourcentage ne dit rien sur l'importance de l'activité.
66. Les résultats de ce calcul partiel sont résumés dans le graphique 2 ci-dessous.¹⁵ On voit que l'évolution des marges est fort divergente selon l'activité considérée, mais qu'au total, il y a en effet une amélioration des marges pour les années 2004 et 2005 (bâton bleu clair dans le graphique). Au total la marge réalisée au sein des services postaux réservés a augmenté entre 2001 à 2005 de 39%.
67. Par ailleurs, les hausses de tarifs semblent avoir été implémentées indépendamment de la rentabilité des différentes activités. Par exemple, les hausses tarifaires de l'année 2001

¹⁵ Tous les calculs effectués reposent sur les chiffres fournis par l'EPT. Les marges s'entendent ici au sens de "bénéfice d'exploitation": différence entre recettes et coûts par produits.

concernaient les trois activités, alors que seulement la lettre non-standard (bâton vert clair) avait connu une situation de marges très comprimées à ce moment.



Graphique 2 : Evolution des marges dans certaines activités du secteur réservé (€ millions)

68. Ainsi, les marges positives et croissantes dégagées dans le domaine réservé, sont à priori susceptibles de subventionner les activités dans le domaine non-réservé. Encore, faut-il la preuve qu'il y a eu une subvention dans le domaine non-réservé.

8.1.5 Vérification des subventions croisées

69. Comme déjà mentionné, les augmentations de tarifs ainsi que l'existence de marges bénéficiaires à priori confortables dans le secteur réservé sont une indication de la possibilité d'un abus de position dominante, mais n'en sont pas une preuve. L'abus doit être vérifié selon les préceptes et critères économiques reconnus. Dans le cas d'une entreprise qui opère à la fois sur un marché où elle se trouve en position dominante et sur un marché concurrentiel, il n'y a abus de position dominante que si les activités sur le marché concurrentiel sont au moins partiellement financées par les activités sur le marché dominé (subventions croisées).
70. Cette question est développée dans une communication de la Commission relative aux règles de la concurrence dans le secteur postal¹⁶ qui précise notamment que:

« 3.1. Par subventions croisées, on entend la technique par laquelle une entreprise fait supporter ou impute tout ou partie des coûts de son activité sur un marché géographique ou un marché de produits donnés à son activité sur un autre marché géographique ou marché de produits. Dans certains cas, les subventions croisées dans le secteur postal, où presque tous

¹⁶ Communication de la Commission sur l'application des règles de la concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'Etat relatives aux services postaux (98/C 39/02).

les opérateurs fournissent des services réservés et non réservés, risquent de fausser la concurrence, en permettant à une entreprise de triompher de ses concurrents par des offres qui sont rendues possibles non par l'efficacité (y compris les économies de champ, économies of scope) et la performance, mais par les subventions croisées. Il est donc crucial pour le développement du secteur postal de prévenir les subventions croisées qui entraînent une concurrence déloyale.

(...)

3.3. En revanche, subventionner des activités concurrentielles en imputant leurs coûts sur des activités réservées est susceptible de fausser la concurrence en violation de l'article 86. Ce comportement pourrait constituer un abus d'une entreprise détenant une position dominante dans la Communauté. En outre, les utilisateurs des activités sous monopole devraient supporter des coûts qui ne sont pas liés à la fourniture de ces services. Malgré cela, les entreprises dominantes sont également autorisées à concurrencer les autres entreprises par les prix ou à accroître leur situation de trésorerie et à ne pouvoir couvrir que partiellement leurs coûts fixes (indirects), sauf s'il s'agit de prix d'éviction ou allant à l'encontre des règles nationales ou communautaires concernées.»

71. L'investigation des subventions croisées ne peut donc être fondée que sur l'analyse d'une comptabilité analytique permettant d'établir de façon économiquement correcte une répartition des recettes et des coûts de l'entreprise sur les différentes activités.¹⁷ Inspection

72. L'EPT est tenue par la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux de tenir une comptabilité analytique distinguant entre le secteur réservé et le secteur non-réservé :

« Art. 22. (1) Le prestataire du service postal universel tient dans sa comptabilité interne des comptes séparés au moins pour chacun des services compris dans le secteur réservé, d'une part, et pour les services non réservés, d'autre part. Les comptes relatifs aux services non réservés doivent établir une nette distinction entre les services qui font partie du service postal universel et ceux qui n'en font pas partie. Cette comptabilité interne se fonde sur l'application cohérente des principes de la comptabilité analytique, qui peuvent être objectivement justifiés. (...) »

73. Dans le cas d'un abus de position dominante sur base de subventions croisées, trois conditions doivent être réunies:

(1) L'entreprise accusée d'abus de position dominante doit être dominante sur un des marchés dans lesquels elle évolue ;

(2) Les activités sur le marché dominé doivent dégager une marge bénéficiaire largement positive ;

¹⁷ Pour une telle analyse Inspection s'est appuyée sur le rapport d'expertise.

(3) Les activités sur le marché concurrentiel, prises isolément, doivent dégager une marge bénéficiaire négative.¹⁸

74. Or, dans le cas du marché des envois postaux, la deuxième condition doit être reformulée. En effet, la législation européenne¹⁹ ainsi que la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux accordent à l'entreprise chargée d'assurer le service universel le droit de financer l'obligation du service universel par les activités du secteur réservé :

« Art.20. (4) Le financement de services universels en dehors du secteur réservé par des recettes provenant de services du secteur réservé est interdit sauf si une telle subvention croisée s'avère absolument indispensable à l'accomplissement des obligations spécifiques de service universel. Le principe et le montant d'une telle subvention restent soumis à l'accord préalable de l'Institut²⁰. Cet accord est valable pour un exercice comptable et doit être renouvelé, le cas échéant, d'exercice en exercice. »

75. Il convient donc de calculer la marge bénéficiaire du secteur réservé pris isolément, encore appelé excès de couverture du secteur réservé en fourniture isolée, et de comparer cet excès aux coûts occasionnés par l'obligation du service universel. La deuxième condition de l'abus de position dominante basée sur l'existence de subventions croisées devient alors :

(2) L'excès de couverture du secteur réservé en fourniture isolée doit être supérieur aux coûts occasionnés par l'obligation du service universel.

76. Quant à la première condition, il a déjà été établi que l'EPT se trouve en position dominante sur le marché des envois postaux réservés puisqu'elle y jouit d'un monopole légal.
77. Quant à la deuxième condition, il a déjà été établi que les activités les plus importantes dans le secteur réservé dégagent des marges bénéficiaires positives et en croissance sur la période 2001-2005. Le tableau reproduit à l'annexe IV de la communication des griefs montre l'évolution de la charge de l'obligation du service universel et de l'excès de couverture (contribution) du service réservé en fourniture isolée. Il s'avère que la charge de l'obligation du service universel excède largement l'excès de couverture (contribution) du service réservé pour chaque année sur la période 2001-2009. Le service réservé, compte tenu du coût du service universel, est déficitaire et, par conséquent, il ne peut pas y avoir subventions croisées du secteur réservé vers le secteur non-réservé.

¹⁸ Voir, en ce sens, la décision de la Commission du 20 mars 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP/35.141 – *Deutsche Post AG*) (2001/354/CE). « Du point de vue économique, les "subventions croisées" supposent d'une part, que les produits d'un service donné ne permettent pas de couvrir les "coûts incrémentaux" propres à ce service et, d'autre part, qu'il existe un service ou tout un domaine d'activité de l'entreprise dont les produits dépassent les "coûts de fourniture isolée". L'excédent de couverture des "coûts de fourniture isolée" indique la source des subventions croisées et le déficit de couverture des « coûts incrémentaux » la destination.

¹⁹ Voir l'article 2, alinéa 2, de la Directive 2002/39/CE du Parlement Européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté (2ème directive postale).

²⁰ L'institut luxembourgeois de régulation (« ILR »).

78. Les calculs sont basés sur les chiffres dégagés par la comptabilité analytique de l'EPT. Toute comptabilité analytique repose sur des hypothèses, concernant par exemple la répartition des frais généraux sur les différentes activités, ou, en l'espèce, le calcul des excédents de capacité nécessaires pour satisfaire à l'obligation du service universel. Il serait bien sûr imaginable d'utiliser d'autres hypothèses pour le calcul de ces excédents de capacité ou pour la répartition des coûts sur les secteurs réservé et non-réservé. D'autres hypothèses aboutiraient peut-être à une conclusion différente. Toutefois, conformément à la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux, l'autorité de régulation de l'EPT, à savoir l'ILR, a approuvé pour chaque exercice de la période 2001-2009 le « *système interne de comptabilité analytique* » implémenté et utilisé par l'EPT, en s'appuyant sur un « *rapport d'audit externe établi par un organisme ayant la qualité de réviseur d'entreprises et commandité par l'Institut.* »
79. En conclusion, il n'existe pas d'éléments permettant de conclure à l'existence de subventions croisées entre les activités du service réservé et celles du secteur non-réservé dans le chef de l'EPT. De ce fait, il ne pourra être prouvé que la politique de tarification des services de l'EPT à l'extérieur et à l'intérieur du secteur réservé relève d'un abus.

8.2. Rabais accordés de façon arbitraire (2ème grief du plaignant)

80. Selon le plaignant, la société Editions du Lion, filiale de Dintec, a bénéficié d'une commission de 15% accordée aux agences de publicité en 2000, mais que « *par la suite, cette clause de rabais n'a plus figuré dans les contrats entre l'EPT et les Editions du Lion. Et la société Dintec a été informée que certaines sociétés bénéficient toujours de ladite commission de 15%.* »²¹ Or, une telle pratique constituerait un abus.
81. Le Conseil constate qu'il ne ressort pas clairement de la plainte si le plaignant s'oppose à ce que l'EPT accorde des rabais uniquement aux agences de publicité - comme indiqué dans le contrat cité entre les Editions du Lion et l'EPT - ou à ce que la société les Editions du Lion ne bénéficie plus d'un rabais à partir de 2003.
82. Selon la réponse du plaignant donnée à une des questions contenues dans la demande de renseignements faite par l'Inspection le 16 mars 2009, l'objet social de la société Editions du Lion est la préparation de courrier et de colis, ce qui expliquerait que l'EPT n'a plus accordé de rabais à cette société à partir de 2003, puisque ces rabais sont destinés aux agences de publicité.
83. En effet, selon l'EPT, une « commission d'agence » peut être appliquée aux agences de communications et agences de publicité dès que « *les services postaux sont favorisés par rapport à d'autres vecteurs de communication tels que la radio, la télévision, internet*

²¹ Première plainte GROUPE DINTEC / Classeur I - Pièce n°2 p.9.

journaux etc. »²². Il s'agit, en l'occurrence, d'un comportement normal d'une entreprise en situation de concurrence qui ne saurait être assimilé à un comportement discriminatoire mise en place par une entreprise en position dominante et visant notamment à cloisonner le marché à l'aide de rabais de fidélité. La référence du plaignant à l'arrêt *Michelin I*²³ n'est donc pas pertinente.

84. En conclusion, ni la politique de rabais de l'EPT en matière d'envois de publicités ni le refus de l'EPT d'accorder un rabais à la société Editions du Lion ne relèvent d'un comportement abusif.

8.3. Dégressivité discriminatoire des tarifs selon les quantités (3ème grief du plaignant)

85. Selon le plaignant, les tarifs dégressifs que l'EPT applique en fonction du nombre d'envois « *n'étant pas linéaire en l'espèce, il convient de rechercher si le système de rabais appliqué par l'EPT n'est pas tel qu'il favorise plus quelques partenaires commerciaux de l'EPT* », La dégressivité serait également fonction du monopole légal de l'EPT étant donné que les rabais accordés dans le domaine réservé sont moins importants que les rabais accordés dans le domaine non-réservé.²⁴
86. La question de la tarification des activités réservées et non réservées a déjà été traitée et il a été conclu, qu'il n'existe pas d'éléments permettant de conclure à une subvention croisée des activités non-réservées par les activités réservées.
87. Il convient de relever que, la dégressivité des tarifs en fonction du nombre d'envois n'est en effet pas entièrement linéaire. Selon le plaignant, la dégressivité serait linéaire si elle était basée exclusivement sur les coûts. Même à supposer que la dégressivité des tarifs n'était pas basée exclusivement sur les coûts, mais reflétait d'autres éléments tels qu'une politique commerciale volontariste de l'EPT elle ne saurait pas discriminatoire.
88. Afin de déterminer si les tarifs dégressifs appliqués sont orientés sur les coûts et s'ils peuvent être mis en relation avec les coûts variables ou les coûts moyens par activité, l'Inspection s'était adressée à l'expert externe auteur du rapport d'expertise qui a répondu de la manière suivante :

«L'essentiel des informations de coûts, recettes et volumes pour les activités de l'EPT ressort de sa comptabilité analytique. A cet effet, l'EPT s'est, comme préalablement mentionné, référée aux obligations légales et réglementaires. Pour cette raison, une comptabilité analytique du métier postal fut mise en place dès l'exercice 2001, conformément aux

²² Voir la réponse de l'EPT du 18 mai 2009 à la demande de renseignements de l'Inspection du 16 mars 2009, Classeur 10, pièce no. 1 p.14.

²³ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 9 novembre 1983,322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commission*, Rec., p.3461.

²⁴ Première plainte GROUPE DINTEC / Classeur I - Pièce n°2 p.10.

dispositions définies dans et introduites par la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux.

(...) les tableaux joints en annexe renseignent ainsi sur les coûts, recettes et volumes pour les produits faisant l'objet de conditions particulières, par segmentation de produit et par destination (Luxembourg/Europe/Monde). Le modèle de comptabilité analytique ne tient pas compte des critères de délai de remise et des seuils de déclenchement des réductions tarifaires. »

89. L'expert externe conclut que :

« l'EPT n'a fourni aucune donnée détaillée permettant d'évaluer la pertinence de la structure tarifaire appliquée aux clients sous contrat bénéficiant de tarifs dégressifs, et ce principalement en termes de seuils de déclenchement des réductions basés sur les volumes. L'entreprise n'a pas fourni davantage d'explications quant à la prise en compte effective des coûts évités dans la fixation des rabais accordés par rapport aux tarifs publics applicables aux clients sans contrat. »

90. Quoique l'expert externe exprime certains doutes quant à la volonté de coopération de l'EPT, il est entièrement possible que, compte tenu du degré de difficulté que représente l'implémentation d'une comptabilité analytique détaillée, véridique et performante, les affirmations de l'EPT concernant le niveau de détail atteint par la comptabilité analytique interne soient crédibles.

91. Enfin, les principes de la tarification ainsi que la liste des contrats conclus avec les clients qui ont bénéficié d'un rabais pour envois nombreux que l'EPT avait fait parvenir à l'Inspection ne laissent pas conclure à un comportement discriminatoire privilégiant certains clients ou types de clients.²⁵

8.4. Fixation de prix prédateurs dans la diffusion d'envois non-standards (4ème grief du plaignant)

92. Selon l'exemple produit par le plaignant dans sa plainte, le tarif pour la distribution d'un envoi de 1.400 g. est passé de 2.23 euros en 1987 à 1.16 euros en 2001 et 1.00 euro en 2004. Cette évolution pourrait difficilement s'expliquer par l'évolution des coûts et déclencherait une forte suspicion de fixation de prix prédateurs dont le but est d'empêcher l'entrée de nouveaux concurrents dans ce segment de marché.

93. Le fait de la baisse du tarif n'indique pas en soi un comportement de fixation de prix prédateurs. Selon une jurisprudence bien établie, il y a fixation de prix prédateurs lorsque les prix se trouvent en-dessous des coûts variables (ou coûts évitables, ou coûts marginaux), ou

²⁵ Voir la réponse de l'EPT du 16 mai 2008 à la demande de renseignements de l'Inspection du 14 mars 2008, Classeur 7, pièce n°2 p. 9.

lorsque les prix se trouvent en-dessous des coûts moyens (qui sont plus élevés que les coûts variables, puisqu'ils incluent les coûts fixes) et que les concurrents efficaces sont évincés du marché. En particulier, dans l'arrêt *Akzo* la Cour a précisé que :

« Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite.

Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite.²⁶

94. Comme examiné supra, il n'est pas possible d'identifier à l'heure actuelle les coûts spécifiques et détaillés des différentes activités de l'EPT ni de déterminer si le tarif en question se situe en-dessous des coûts variables ou des coûts moyens.
95. Toutefois, il est nécessaire de prendre en considération que dans le marché des envois non-standards :
- L'EPT n'a pas utilisé son poids d'acteur dominant dans le secteur non-réservé pour pratiquer des baisses de prix tous azimuts [dans le secteur réservé]. Par exemple, la baisse légère du tarif des maxi-lettres entre 2000 et 2004 est allée de pair avec une hausse importante des tarifs des colis ;
 - La politique tarifaire de l'EPT n'a pas eu comme effet d'éjecter des concurrents efficaces, comme Dintec, de ce segment de marché ;
 - La baisse des tarifs survenue dans ce segment de marché n'a pas évincé la concurrence et a produit l'effet bénéfique d'une baisse des prix pour les utilisateurs, effet recherché par la politique de la libéralisation de ce secteur.
96. Il n'y a donc pas d'éléments objectifs, menant à la conclusion que la concurrence aurait été évincée par un comportement abusif de la part d'EPT dans la diffusion des envois non standards.

²⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 3 juillet 1981, C-C-62/86, *Akzo Chemie BV/Commission*, Rec. p. I-3359, points 71 et 72.

8.5. Discrimination de concurrents en raison de la collaboration avec certaines entreprises (5ème grief du plaignant)

97. Selon le plaignant, « *la filiale de l'EPT Michel Greco SA, effectue des prestations de courrier transfrontière pour des envois inférieurs à cent grammes* », c'est-à-dire elle exerce des prestations appartenant au secteur réservé. Il serait donc reproché à l'EPT de tolérer la violation du monopole postal légal par sa filiale Michel Greco SA, et de « *permettre à sa filiale d'obtenir un avantage sur les autres concurrents avant que le marché postal ne soit totalement libéralisé* ».
98. Or, 60% du capital social de la société Michel Greco SA est détenu par l'EPT et trois dirigeants hautement placés dans la hiérarchie de l'EPT sont administrateurs de cette société. L'administrateur délégué ne dispose d'un pouvoir de signature qu'à concurrence de 50.000 Euro.
99. Il convient de relever que le droit national de la concurrence vise les activités des entreprises et que la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. La notion d'entreprise, placée dans ce contexte, doit donc être comprise comme désignant une unité économique même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales. Lorsqu'une telle entité économique enfreint les règles de concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre à cette infraction.²⁷
100. L'infraction aux articles 3 et/ou 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, doit être imputée sans équivoque à une personne juridique qui sera susceptible de se voir infliger des amendes et la communication des griefs doit être adressée à cette dernière. Il importe également que la communication des griefs indique en quelle qualité une personne juridique se voit reprocher les faits allégués.²⁸
101. Une filiale de société possède la personnalité juridique. Toutefois, cela ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputable à la société mère, notamment lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché. En effet, le comportement anticoncurrentiel d'une entreprise peut être imputé à une autre lorsqu'elle n'a pas déterminé son comportement sur le marché de façon autonome, mais a appliqué pour l'essentiel les directives émises par cette dernière, eu égard en particulier aux liens économiques et juridiques que les unissaient.²⁹
102. Or, l'influence déterminante qu'une entreprise exerce sur l'autre entreprise doit être exercée et le Conseil doit s'assurer qu'une telle influence a effectivement eu lieu. Il incombe notamment

²⁷ Voir, l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel NV/Commission*, Rec. p. I-8237, points 54 à 56 et la jurisprudence citée.

²⁸ Voir, en ce sens, l'arrêt *Akzo Nobel NV/Commission*, précité, point la jurisprudence citée, point 57.

²⁹ Voir, l'arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008, T-54/03, *Lafarge SA/Commission*, Rec. p. II-120, points 539 et 540 et la jurisprudence citée.

au Conseil de démontrer cette influence sur la base d'un ensemble d'éléments factuels, dont, en particulier l'éventuel pouvoir de direction de l'une de ces entreprises vis-à-vis de l'autre.³⁰

103. Il existe une présomption réfragable selon laquelle, lorsque la société mère contrôle 100% sa filiale elle est coupable du comportement infractionnel de la filiale à moins qu'elle apporte des éléments de preuve susceptibles de démontrer l'autonomie de sa filiale.³¹ De surcroît, la même présomption s'applique lorsqu'une société mère participe à concurrence de 50% dans sa filiale.³²
104. Dans le cas d'espèce, il convient de constater que dans ses observations à la communication de griefs l'EPT n'a jamais renversé cette présomption, alors qu'elle participe à concurrence de 60% dans sa filiale Michel Greco SA. De même, il y a lieu de noter que le contrôle que l'EPT peut exercer sur sa filiale se manifeste par la présence dans l'administration de la filiale Michel Greco SA des trois dirigeants de l'EPT qui exercent, en parallèle, des fonctions de direction. Le pouvoir de signature de l'administrateur délégué de la filiale Michel Greco SA à concurrence de 50% est également un indice du contrôle effectif que l'EPT exerce sur sa filiale. Dans ces conditions, il convient de conclure que l'EPT et sa filiale Michel Greco SA représentent une seule entité économique au sens du droit national de la concurrence.
105. Donc, le Conseil ne peut pas retenir le reproche du plaignant énoncé au point 97 ci-dessus.

8.6. Discrimination en raison du refus d'accès aux boîtes postales (6ème grief du plaignant)

106. Selon le plaignant, le refus de l'EPT d'offrir un accès aux boîtes postales aux prestataires de services postaux relève d'un comportement abusif.
107. Il convient de relever que, afin de pouvoir distribuer des envois postaux dont les destinataires sont détenteurs d'une boîte postale auprès de l'EPT, le plaignant avait demandé à l'EPT de
- soit lui donner physiquement accès aux boîtes postales ;
 - soit lui communiquer les adresses des détenteurs de boîtes postales ;
 - soit lui permettre le dépôt des envois destinés aux boîtes postales dans les bureaux de poste qui hébergent les boîtes postales.
108. « *A défaut d'une obligation légale dans ce sens* », l'EPT avait refusé les trois demandes, en ajoutant que :

« Afin de néanmoins proposer une solution pragmatique et réaliste à la question des envois en provenance d'opérateurs alternatifs et portant une adresse de boîte postale, seul un dépôt en masse selon les mêmes conditions dont bénéficient nos clients serait envisageable. Une acceptation gratuite de ces envois ne peut se faire face aux coûts d'infrastructure (les boîtes

³⁰ Voir, en ce sens, l'arrêt *Lafarge SA/Commission*, précité, point 541 et la jurisprudence citée.

³¹ Voir, en ce sens, l'arrêt *Lafarge SA/Commission*, précité, point 541 et la jurisprudence citée.

³² Voir, en ce sens, l'arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, T-314/01, *Coöperatieve Verkoop-en Productievereniging van Ardappelmeel en Derivaten Avebe BA/Commission*, Rec. p.II-3089, point 138.

*postales occupant un espace important dans les bâtiments postaux) et de personnel liés au traitement des envois à destination des boîtes postales. Dintec n'ayant accepté cette dernière démarche, ni formulé toute autre demande, nous ignorons le suivi qu'ils donnent à ce genre d'envois avec adresses « boîtes postales ».*³³

109. Le Conseil comprend cette réponse en ce sens que l'EPT n'envisage pas de proposer une tarification spécifique pour les envois distribués par d'autres prestataires et destinés à des détenteurs d'une boîte postale, un tel refus constituant selon le plaignant, « *un abus de position dominante qui doit être sanctionné* ».
110. Contrairement aux dispositions légales régissant les autres secteurs de services publics libéralisés, il n'existe pas d'obligation exigeant l'ouverture des infrastructures de l'opérateur historique au Luxembourg aux concurrents dans le secteur postal. La première directive postale de l'UE ne prévoit pas l'accès à l'infrastructure postale que pour les utilisateurs et les prestataires du service universel, c'est-à-dire l'EPT.³⁴ L'article 11 de cette directive dispose que :

« Le parlement européen et le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et sur la base de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 66 et de l'article 100 A du traité, arrêtent les mesures d'harmonisation nécessaires pour assurer aux utilisateurs et au(x) prestataire(s) du service universel un accès au réseau postal dans les conditions transparentes et non discriminatoires »

111. Toutefois, l'article 11bis de la troisième directive postale de l'UE prévoit un accès « *aux éléments de l'infrastructure postale* » aux prestataires de services postaux et mentionne nommément les boîtes postales comme faisant partie de cette infrastructure.³⁵ L'article 11 bis dispose que :

« Article 11 bis : Lorsque cela s'avère nécessaire pour protéger les intérêts des utilisateurs et/ou pour encourager une réelle concurrence, et compte tenu des conditions et de la législation nationales, les États membres garantissent un accès transparent et non discriminatoire aux éléments de l'infrastructure postale ou aux services fournis dans le cadre du service universel, comme le système de code postal, la base de données des adresses, les boîtes postales, les boîtes aux lettres, les informations sur les changements d'adresse, le service de réacheminement et le service de retour à l'expéditeur. Cette disposition est sans préjudice du droit des États membres d'adopter des mesures visant à garantir l'accès au réseau postal dans des conditions de transparence, de proportionnalité et de non-discrimination. »

³³ Réponse de l'EPT du 14 mai 2009 à la troisième demande de renseignement, classeur 10, document 10 p.5

³⁴ Voir la Directive 97/67/CE, du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et de la qualité du service (JO L 15 1998, p. 14).

³⁵ Voir la Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 – modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (JO L.52 2008, p.3).

112. L'EPT ajoute dans sa réponse à la demande de renseignements que « *Selon la 3ème directive postale, l'éventuelle introduction d'une telle disposition dans la loi sera donc purement facultative et soumise au seul jugement du législateur afin de trancher si le prestataire du service universel devra accorder un accès quelconque à son réseau, et sous quelles conditions.* »³⁶
113. La troisième directive postale de l'UE n'a pas encore été transposée. Or, indépendamment du jugement du législateur sur l'opportunité d'inclure dans la législation nationale un accès au réseau postal, il incombe néanmoins au Conseil d'examiner dans quelle mesure un comportement relève d'un prétendu abus de position dominante, au sens de l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.
114. En l'espèce, il est évident que l'accès à une infrastructure telle que les boîtes postales, s'il n'est pas nécessaire aux yeux de l'EPT, il est, néanmoins, nécessaire pour « *encourager une réelle concurrence.* »
115. En effet, en l'absence d'un tel accès, les entreprises concurrentes de l'EPT se verraient confrontées au choix soit de refuser le courrier destiné à des détenteurs d'une boîte postale, soit de faire subir à ces clients une double facturation : celle destinée à rémunérer leurs propres services et celle devant rémunérer les services de l'EPT contrôlant les boîtes postales.
116. Les concurrents de l'EPT ne seraient alors pas à même de proposer la distribution d'envois postaux dans les boîtes postales à des conditions compétitives. En ce sens, on peut également considérer que les boîtes postales répondent au critère de la « *facilité essentielle* », terme désignant en droit de la concurrence une « *installation ou infrastructure nécessaire pour atteindre les clients et/ou pour permettre aux concurrents d'exercer leurs activités. Une facilité est essentielle lorsque sa reproduction est impossible ou extrêmement difficile en raison de contraintes physiques, géographiques, juridiques ou économiques.* ».³⁷
117. Dans le cas présent, la « *facilité* » n'est pas « *essentielle* » pour permettre aux concurrents d'exercer toutes leurs activités, mais elle est « *essentielle* » pour atteindre celle des clients qui disposent d'une boîte postale auprès de l'EPT. La reproduction de cette facilité n'est possible qu'à condition de convaincre les clients concernés de louer une deuxième boîte postale auprès d'un opérateur postal concurrent de l'EPT. Cette vue est partagée entre autres par la loi postale, la jurisprudence et le régulateur allemand³⁸.

³⁶ Réponse de l'EPT du 14 mai 2009 à la troisième demande de renseignements, classeur 10, document 10 p.3.

³⁷ Glossaire des termes de concurrence www.concurrences.com

³⁸ « Da die Antragstellerin (Post AG, n.d.l.a.) in dem oben dargestellten Umfang marktbeherrschend und alleinige Inhaberin von Postfachanlagen ist, steht den Wettbewerbern keine Alternative zu dem Zugang zu den Postfachanlagen der Antragstellerin zur Verfügung. Ohne den Zugang könnten die Wettbewerber Sendungen, die Postfachadressen tragen, nicht zustellen. Dies würde gerade im Bereich von Auftraggebern, die den Wettbewerbern Sendungen an Geschäftskunden anvertrauen wollen, eine Marktzugangsbarriere darstellen (so auch VG Köln 22 K 5362/99, Seite 23). » Beschluss Bundesnetzagentur BK 5b-09/063 du 19 novembre 2009.

http://www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK5-GZ/2009/2009_001bis100/BK5-09-063/BK5-09-063_Download.pdf?__blob=publicationFile

118. Conséquemment, les lois postales de certains Etats membres comme, par exemple, France³⁹, Allemagne, Pays-Bas, Portugal et Suède, entérinent une garantie d'accès à certaines infrastructures dont les boîtes postales. L'accès n'est pas accordé à travers un accès physique aux locaux hébergeant les boîtes postales, mais à travers le dépôt des envois concernés dans le local d'accueil, c'est-à-dire le bureau de poste, le plus proche des boîtes postales, dans lequel l'opérateur postal gérant les boîtes postales distribue les envois dans ces boîtes.
119. Ce type d'accès est facturé par l'opérateur qui gère les boîtes postales sur base du coût additionné d'un profit raisonnable⁴⁰ à condition que les envois destinés à des boîtes postales soient déposés par l'opérateur postal à proximité du local qui héberge les boîtes postales en question, le tri selon le local d'hébergement ayant déjà été fait.
120. Par ailleurs, le projet de loi sur la transposition de la troisième directive postale de l'UE prévoit, explicitement à l'article 13, que :

« Les titulaires de l'autorisation prévue à l'article 10 de la présente loi ont accès, dans des conditions transparentes et non discriminatoires, selon des modalités techniques et tarifaires prévues dans le cadre de conventions signées à cette fin avec le prestataire du service postal universel, aux moyens, détenus ou contrôlés par celui-ci, qui sont indispensables à l'exercice de leurs activités postales.

Ces moyens comprennent le répertoire des codes postaux assorti de la correspondance entre ces codes et l'information géographique sur les voies et adresses, les informations collectées sur les changements d'adresse, un service de réexpédition en cas de changement d'adresse du destinataire, une faculté ou un service de distribution dans les boîtes postales installées dans les locaux du prestataire du service postal universel. (...) »⁴¹

121. Dans ce contexte, le Conseil est d'avis que l'accès aux boîtes postales de l'ETP pour les prestataires de services postaux est nécessaire au maintien et au développement d'une concurrence effective dans le secteur des envois postaux.

³⁹ Loi no 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales : « Art. L. 3-1. – Les titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 3 ont accès, dans des conditions transparentes et non discriminatoires, selon des modalités techniques et tarifaires prévues dans le cadre de conventions signées à cette fin avec le prestataire du service universel, aux moyens, détenus ou contrôlés par celui-ci, qui sont indispensables à l'exercice de leurs activités postales. « Ces moyens comprennent le répertoire des codes postaux assorti de la correspondance entre ces codes et l'information géographique sur les voies et adresses, les informations collectées par La Poste sur les changements d'adresse, un service de réexpédition en cas de changement d'adresse du destinataire, une faculté ou un service de distribution dans les boîtes postales installées dans les bureaux de poste. »

⁴⁰ Voir Boldron/Borsenberger/Joram/Lécou/Roy, Libéralisation et Services publics, Economica 2010.

⁴¹ Projet de loi n. 6160 sur les services postaux, déposé le 17.7.2010.

8.7. Prétendue entente entre l'EPT et d'autres parties (7ème grief du plaignant)

122. Selon le plaignant, « *Dintec a été informé d'un accord entre l'EPT, Michel Greco SA et Logipac s. à r. l. selon lequel ces entreprises s'empêchent de faire des offres commerciales aux clients des autres.* »⁴²
123. Comme il a été examiné supra, la filiale Michel Greco SA et sa société mère, l'EPT, constituent une même entité économique selon le droit national de la concurrence. A la lumière de cette constatation, il y a lieu de relever que l'administrateur délégué de Michel Greco SA est l'associé unique ainsi que le gérant de la société Logipac s. à r. l. Il existe, donc un contrôle que la société Michel Greco SA exerce effectivement sur la société Logipac s. à r. l. , d'où l'existence, aux termes du droit national de la concurrence, d'une seule entité économique. Donc, le reproche du plaignant énoncé au point ci-dessus doit être rejeté.

9. Conclusions de la communication des griefs

124. Selon l'article 11 de la loi du 23 octobre 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 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.* »
125. Sur base de l'analyse faite au sein de la communication des griefs, le conseiller désigné en charge de l'enquête propose au Conseil à ce que :
- a. L'EPT mette fin au refus de donner accès aux boîtes postales aux prestataires de services postaux.
 - b. L'EPT accorde un accès aux prestataires de services postaux qui en font la demande dans des conditions transparentes et non-discriminatoires, selon les modalités techniques et tarifaires prévues dans le cadre d'une convention signée entre l'EPT et le prestataire de services postaux souhaitant un accès aux boîtes postales et ayant fait une demande en ce sens. L'accès pourra être accordé à travers le dépôt, par le prestataire souhaitant accès, des envois pré-triés, c'est-à-dire triés selon le local d'hébergement, dans le local d'accueil le plus proche des boîtes postales, normalement dans le même bâtiment. L'EPT distribuera les envois dans les boîtes postales du site en question.
 - c. Les services d'accueil et de distribution des envois dans les boîtes postales assurés par l'EPT soient facturés par l'EPT au prestataire concerné sur base du coût d'une prestation de service efficiente additionné d'un profit raisonnable. Le calcul de la tarification de ces services pourra s'orienter sur le modèle du calcul de l'autorité de régulation allemande pour ces mêmes services.

42 Deuxième plainte Group Dintec / Entreprises des Postes et Télécommunications.

- d. l'EPT prépare une convention standard spécifiant, de façon transparente et non-discriminatoire, les modalités techniques et tarifaires réglant l'accès aux boîtes postales gérées par l'EPT pour les opérateurs qui en font la demande.
- e. l'EPT fasse parvenir une copie de cette convention au Conseil endéans un délai à fixer par le Conseil.
- f. A défaut de mettre en œuvre les mesures spécifiées au point e) ci-dessus, l'EPT sera soumis au paiement d'une astreinte journalière de 1.000 (mille) euros par jour de retard.

10. Les engagements proposés par l'EPT

126. 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. »*

127. Par courrier du 24 septembre 2012, l'EPT a fait parvenir au Conseil une proposition d'engagements et un projet de convention régissant les modalités d'accès aux boîtes postales.
128. Par courrier du 22 octobre 2012, une modification concernant la partie tarifaire du projet de convention a été adressée par l'EPT au Conseil.
129. La convention proposée a pour but, selon les termes de l'EPT, « *de répondre de manière pertinente, crédible, proportionnée et vérifiable* » aux préoccupations exprimées dans la communication des griefs. Elle engage l'EPT à « *ouvrir l'accès à ses boîtes postales à tout prestataire de services postaux qui en ferait la demande* ». Comme demande dans la communication des griefs, « *cet engagement sera mis en œuvre sans délai à compter de son acceptation par l'Autorité de la concurrence et restera en vigueur pour une durée indéterminée* ».

130. L'EPT s'engage notamment à :
- appliquer un traitement similaire par rapport aux envois confiés par ses clients ;
 - assurer une distribution en J+1 avant 8h00 ;
 - insérer dans les boîtes postales des fiches d'avisés pour les envois dépassant les dimensions maximales (30x40x9 cm) ;
 - tenir les envois non-distribuable à disposition du prestataire.
131. Le prestataire s'engage à :
- déposer les envois exclusivement auprès des bureaux de postes qui hébergent les boîtes postales, pendant les heures d'ouverture des bureaux de poste ;
 - regrouper les envois postaux par bureau de poste dans des récipients mis à disposition par l'EPT;
 - remplir, signer et faire valider par l'EPT une fiche de dépôt pour chaque dépôt ;
 - munir les envois d'une marque d'identification visible.
132. La tarification du service d'accès aux boîtes postales s'inspire du modèle appliqué par le régulateur allemand et distingue notamment un tarif forfaitaire pour chaque dépôt ainsi qu'un tarif unitaire par envoi. La justification de cette structure est plutôt économique : les agents de l'EPT doivent d'une part réceptionner le récipient contenant les envois, indépendamment de leur nombre, puis insérer chaque envoi dans une boîte postale. La structure tarifaire proposée se résume comme suit :

	Tarif par dépôt	Tarif par envoi Type A (envois dépassant les dimensions des boîtes postales)	Tarif par envoi Type B
Envois non pré-triés	1.42€	1.79€	0.29€
Envois pré-triés par numéros de boîtes p. ascendants	2.85€	1.79€	0.12€

133. Les tarifs sont basés sur les coûts majorés d'un profit raisonnable de 5%, les coûts étant estimés par des simulations effectuées à l'aide de la comptabilité analytique de l'EPT. L'EPT affirme que ces tarifs ont été déterminés de façon objective et qu'elle n'est pas en mesure de proposer des tarifs plus bas sans endommager la crédibilité de sa comptabilité analytique qui a fait l'objet d'un audit externe et qui est approuvé par l'ILR.
134. L'EPT note que *« la proposition d'engagement ne vaut ni implique de sa part aucune constatation ni reconnaissance de l'existence d'une quelconque infraction au droit de la concurrence telle qu'exprimée dans la communication des griefs »*.

11. L'avis du plaignant

135. Le plaignant, sollicité pour avis dès la réception de la proposition d'engagements initiale n'a pas fait connaître sa position.

12. Conclusion

136. 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 retenues⁴³. 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 visée et que cette dernière n'a pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces préoccupations⁴⁴.
137. Le Conseil estime que les engagements sont appropriés et nécessaires étant donné qu'ils terminent les pratiques qualifiées comme abusives au sens du droit de la concurrence. Il s'agit notamment des engagements qui accordent aux prestataires de services postaux un accès aux boîtes postales. En revanche, le Conseil ne se prononce pas quant aux engagements concernant les dispositions non-tarifaires car il considère qu'il n'est pas entièrement exclu que le tarif proposé ne puisse pas paraître dissuasif pour certains prestataires dans la pratique luxembourgeoise, notamment ceux qui auraient tendance à effectuer beaucoup de dépôts avec peu de volume dans des bureaux de poste différents.
138. Toutefois, le Conseil ne dispose pas d'éléments qui pourraient mettre en doute l'orientation des tarifs sur les coûts calculés à l'aide de la comptabilité analytique. Par ailleurs, le Conseil partage l'avis de l'EPT qu'il n'appartient pas à l'autorité de concurrence de déterminer les modalités tarifaires de services de l'EPT. Il lui incombe uniquement d'en vérifier la conformité au droit de la concurrence.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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 l'EPT en date des 24 septembre et 31 octobre 2012.

Article 2

L'EPT doit mettre en œuvre ces engagements dans les huit jours à partir de la notification de la présente décision.

Article 3

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 18 décembre 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.