

BGE 148 II 321

Bundesgericht (BGE), 2022-01-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148 II 321](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148%20II%20321)

FR: ATF 148 II 321

IT: DTF 148 II 321

Regeste

Regeste Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG; Wettbewerbsabrede; Konzernprivileg; Handelsvertretervertrag und Handelsvertreterprivileg; Alleinvertriebsvertrag; Zurechnung von Verhaltensweisen im Konzern; doppelter Vertrieb. Begriffe der "Wettbewerbsabrede" im Sinne des KG und des "Handelsvertretervertrages" im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts (E. 6.2-6.4). Berücksichtigung des zweiten Begriffs im schweizerischen Recht offen gelassen, da angesichts streitiger, exklusiver Gebietsklauseln nicht wesentlich (E. 6.5-6.8). Zurechnung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen im Rahmen eines Konzerns und Möglichkeit, solche der Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft zuzurechnen (E. 8). Notwendigkeit, im Lichte von Art. 5 Abs. 4 KG den Vertriebsvertrag, mit welchem eine blosse Herstellerin auf den Direktverkauf ihrer Produkte in der Schweiz verzichtet, vom Vertriebsvertrag, mit welchem eine ausländische Vertriebsgruppe ein anderes Unternehmen mit der exklusiven Kommerzialisierung ihrer Produkte auf diesem Markt beauftragt, zu unterscheiden (E. 9).

Erwägungen

E. 6

La première question à examiner est celle de savoir si, entre 2005 et 2011, la recourante a participé à des "accords en matière de concurrence" au sens de l'art. 4 al. 1 LCart en confiant à A. la distribution exclusive sur le territoire suisse des ouvrages qu'elle était appelée à diffuser auprès des revendeurs helvétiques. Il s'agit en effet d'une condition de base indispensable à la reconnaissance d'un accord illicite selon l'art. 5 al. 1 LCart et, a fortiori, à une éventuelle condamnation en application de l'art. 49a LCart (cf. aussi art. 2 al. 1 LCart et consid. 4.3 non publié).

E. 6.1

La recourante reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir violé les art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart en retenant l'existence d'un accord en matière de concurrence (et l'applicabilité de la LCart). Elle soutient que la relation qu'elle entretient avec A. ne relèverait pas d'une relation de distribution, mais d'une relation d'agence, laquelle ne constituerait pas un accord en matière de concurrence au sens des dispositions précitées. Elle reproche par ailleurs à l'autorité précédente d'avoir établi les faits de manière manifestement incomplète en lien avec cette question, ce en violation du principe de BGE 148 II 321 S. 325 l'interdiction de l'arbitraire et de son droit d'être entendue, garantis aux art. 9 et 29 al. 2 Cst.

E. 6.2

Aux termes de l'art. 4 al. 1 LCart, par accords en matière de concurrence, on entend "les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou

entraînent une restriction à la concurrence". Cela signifie que, pour être en présence d'un accord en matière de concurrence relevant de la LCart, deux conditions doivent être réunies: il faut (1) se trouver face à une convention ou une pratique concertée entre (au moins) deux entreprises et (2) que cette convention ou cette pratique vise ou entraîne une restriction à la concurrence (ATF 144 II 246 consid. 6.4), laquelle consiste en une limitation de la liberté dans le jeu de l'offre et de la demande en lien avec des paramètres déterminants du point de vue de la concurrence efficace (ATF 148 II 25 consid. 7.2; arrêt 4C.353/2002 du 3 mars 2003 consid. 3.1). Des accords en matière de concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart peuvent ainsi exister non seulement entre entreprises de même rang (accords horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1; ATF 129 II 18 consid. 4), dans la mesure où ils concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (cf. Décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 [ci-après: CommVert], FF 2010 4625 ch. 1). En revanche, les conventions passées entre des sociétés appartenant à un même groupe et sur lesquelles une société mère exerce un contrôle effectif ne sont pas soumises à la LCart, dès lors que toutes ces entités, en l'absence d'indépendance, constituent une seule et même entreprise et bénéficient de ce que l'on appelle un "privilège de groupe" (ATF 148 II 25 consid. 7.2 et 7.3; ATF 145 III 303 consid. 7.2.2). Il en va de même en droit européen (cf. notamment arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes [CJCE; aujourd'hui: Cour de justice de l'Union européenne; CJUE] C-73/95 du 24 octobre 1996, Viho Europe BV , RJ 1996 I-05457, § 16 ss; décision de la Commission européenne 70/332 du 30 juin 1970, Kodak , JO L 147 p. 24-27).

E. 6.3

Suivant une logique similaire à celle qui est à la base du "privilège de groupe", les autorités européennes considèrent que certains accords de distribution spécifiques, qu'elles qualifient de "contrats d'agence", échappent également au droit de la concurrence, à tout le moins en partie (cf. Communications de la Commission européenne BGE 148 II 321 S. 326 du 10 mai 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après: Lignes directrices UE], n os 18 ss; arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes [ci-après: TPICE] T-325/01 du 15 septembre 2005, Daimler-Chrysler , Rec. 2005 II-3319, § 81 ss). Elles se réfèrent à des conventions par lesquelles une entreprise investit une autre du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats d'achat et de vente de biens ou de services pour son compte. L'entreprise mandatée, qui n'assume aucun risque en lien avec les contrats négociés ou conclus pour le compte de l'autre et qui ne détermine pas de manière autonome son comportement sur le marché, doit être considérée comme un simple auxiliaire de l'entreprise représentée. Les deux entités, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, peuvent être vues comme une seule unité économique si, sur la base d'une analyse in concreto , il faut considérer que l'agent ne supporte aucun risque commercial ou financier en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné, ou n'en supporte qu'une partie négligeable (cf. arrêt du TPICE Daimler-Chrysler précité, § 86). Cette question s'examine le cas échéant non seulement en lien avec la nature et le contenu des contrats conclus et/ou négociés, mais aussi au regard des investissements nécessaires à l'exercice de l'activité d'intermédiaire, ainsi qu'en tenant compte des éventuelles activités supplémentaires confiées par le commettant à l'agent sur le même marché de produits (cf. Lignes directrices UE, n os 13-17; arrêt de la CJCE du 14 décembre 2006 C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contre Compañía de Petróleos , Rec. 2006 I-11987, § 43 ss).

E. 6.4

D'après la pratique européenne, en cas de relation de "contrats d'agence" au sens qui précède, les obligations imposées par le commettant à l'intermédiaire en lien avec la vente à des tiers (p. ex. des limitations quant au territoire, à la clientèle ou au prix ou conditions auxquels l'agent peut vendre les biens ou services concernés) échappent aux règles en matière de concurrence (cf. Lignes directrices UE, n° 18). En revanche, comme l'agent demeure une entreprise distincte du commettant, les éventuelles autres dispositions contractuelles aménageant la relation entre les deux entreprises n'échappent pas au droit de la concurrence. Cela signifie concrètement que le fait de qualifier une relation commerciale de "contrat d'agence" ne constitue jamais un blanc-seing complet du point de vue du droit européen de la concurrence. Les clauses d'un contrat d'agence qui, BGE 148 II 321 S. 327 par exemple, interdisent au commettant de désigner d'autres agents pour un type donné d'opérations, de clientèle ou de territoire (clauses d'exclusivité), de même que celles qui prohibent à l'agent d'agir pour le compte d'autres entreprises (clauses dites de "monomarquisme"), doivent respecter les règles en matière de concurrence, dans la mesure où elles peuvent entraîner un verrouillage du marché concerné (cf. Lignes directrices UE, n° 19; arrêts de la CJCE C-279/06 du 11 septembre 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA contre LV Tobar e Hijos SL, Rec. 2008 I-6681, § 41; aussi C-217/05 précité, § 62).

E. 6.5

La COMCO, comme une partie de la doctrine, considère que le "privilège de l'agent" (Handelsvertreterprivileg), tel qu'il vient d'être présenté, s'applique également en droit suisse - à tout le moins dans une certaine mesure - par analogie avec le droit européen (cf. notamment Droit et politique de la concurrence [DPC] 2013/4 p. 481 ssn. 34; MANI REINERT, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2 e éd. 2021, n os 364 ad art. 4 al. 1 LCart; BANGERTER/ZIRLICK, in KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, n° 34 ad art. 4 LCart). Le Tribunal administratif fédéral a pour sa part indiqué dans l'arrêt attaqué que le droit et la pratique européens sur le "contrat d'agence" pouvaient effectivement fournir une piste d'interprétation utile s'agissant de la question de savoir si des relations d'agence ou des activités d'intermédiaire relevaient ou non de la LCart et, plus précisément, si l'on se trouvait dans de tels cas de figure face à une convention entre au moins deux entreprises indépendantes l'une de l'autre au sens de l' art. 2 al. 1 LCart. Dans le cas d'espèce, il a néanmoins exclu l'existence d'un rapport d'agence entre la recourante et A., dès lors que celle-ci aurait supporté des risques économiques et financiers non négligeables en distribuant en Suisse les livres diffusés par le groupe Flammarion durant la période sous enquête. A. n'aurait dans ce cadre pas agi en tant qu'agent du groupe, mais bien comme un distributeur indépendant, ce que la recourante conteste.

E. 6.6

La Cour de céans relève que la relation commerciale entretenue par la recourante et A. présente certaines caractéristiques propres à un rapport de "contrat d'agence", du moins au sens du droit européen de la concurrence. Il ressort notamment de l'arrêt attaqué qu'A. ne devient jamais propriétaire des livres diffusés par Flammarion avant de les revendre aux librairies et autres détaillants helvétiques et qu'elle est rémunérée pour chaque flux "aller" et "retour" desdits BGE 148 II 321 S. 328 ouvrages, de sorte qu'elle ne supporte pas le risque de leur éventuel échec commercial. Il n'est toutefois pas nécessaire de se demander si la notion de "contrat d'agence" de droit européen doit être reprise en droit suisse des cartels

par un biais jurisprudentiel, comme l'a admis le Tribunal administratif fédéral, ni de déterminer si les accords de distribution conclus entre la recourante et A. s'assimilent à de tels contrats, comme l'affirme la recourante. En effet, les réponses que le Tribunal fédéral pourrait apporter sur ces différents points n'auraient de toute manière aucune influence sur l'issue du litige.

E. 6.7

Il convient de garder à l'esprit que le présent litige concerne la légalité de clauses d'exclusivité territoriale contenues dans différents contrats de distribution conclus entre la recourante et A. Par ces contrats, la première a confié à la seconde la "distribution exclusive" des livres édités et/ou diffusés par le groupe Flammarion auprès des revendeurs de livres helvétiques, tout en s'engageant "à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses". Il est reproché à la recourante d'avoir cloisonné de cette manière le marché suisse - en violation des art. 5 al. 1 et 4 LCart - en conférant une protection territoriale absolue à A. en ce qui concerne la distribution wholesale d'ouvrages en français, c'est-à-dire en garantissant à cette société l'absence de toute concurrence provenant non seulement de Suisse, mais aussi de l'étranger en lien avec la distribution en gros de livres édités et/ou diffusés par le groupe Flammarion. Or, ce régime d'exclusivité - indépendamment de la question de savoir s'il vise véritablement à assurer une protection territoriale absolue en faveur d'A. - ne peut en aucun cas bénéficier du "privilège de l'agent". Comme on l'a vu, la reconnaissance d'un tel privilège inspiré du droit européen ne représenterait pas un blanc-seing dupoint de vue de la LCart. Il ne s'appliquerait qu'aux obligations que la recourante aurait pu imposer à A. en lien avec les contrats conclus pour son compte. Les engagements que les parties ont pris l'une envers l'autre, afin de régler leurs rapports réciproques, resteraient en tout état de cause soumis à la LCart (cf. supra consid. 6.4; aussi REINERT, op. cit., n os 391 ss ad art. 4 al. 1 LCart). Tel serait précisément le cas des clauses d'exclusivité territoriale contenues dans les différents contrats de distribution successifs conclus entre la recourante et A. Elles n'imposent aucune obligation à A. concernant ses rapports avec les revendeurs de livres helvétiques, mais organisent la relation commerciale des deux sociétés, en restreignant les conditions auxquelles le groupe Flammarion peut vendre les ouvrages qu'il BGE 148 II 321 S. 329 édite et/ou diffuse en Suisse. De telles clauses, qui affectent les canaux d'approvisionnement de certains livres écrits en français, constituent sans conteste des accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart, même si l'on considérait qu'elles s'insèrent dans des "contrats d'agence".

E. 6.8

En résumé, il découle de ce qui précède que le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral en estimant que les contrats de distribution conclus entre la recourante et A. constituaient des accords en matière de concurrence au sens de la LCart. Le grief de la recourante selon lequel lesdits contrats échapperaient au champ d'application matériel de cette loi en raison d'un "privilège de l'agent" est mal fondé, car les clauses d'exclusivité territoriale qu'ils contiennent et qui se trouvent au centre du présent litige ne peuvent en aucun cas profiter d'un tel régime de faveur. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner, pour l'issue du litige, si le Tribunal administratif fédéral a refusé à tort de qualifier la relation commerciale de la recourante et d'A. de "contrat d'agence" au sens du droit des cartels et, partant, s'il a établi les faits en lien avec cette question de manière arbitraire et en violation du droit d'être entendu.

E. 6.9

Reste à savoir maintenant si les contrats de distribution contenant les clauses d'exclusivité territoriale litigieuses représentent des accords verticaux visés par l' art. 5 al. 4 LCart , comme l'ont reconnu les autorités précédentes, étant rappelé que seule la participation à de tels accords justifie le prononcé d'une sanction au sens de l' art. 49a LCart . (...) V. Imputabilité des comportements au sein d'un groupe commercial et présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l' art. 5 al. 4 LCart

E. 8

La recourante affirme que l'engagement qu'elle a pris envers A. de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de [celle-ci]" n'est en aucun cas apte à exclure toute vente passive en Suisse des ouvrages diffusés par le groupe Flammarion. Elle affirme n'avoir aucun pouvoir sur le comportement des autres distributeurs ou grossistes actifs à l'étranger. Selon elle, seuls les fournisseurs des ouvrages à distribuer, soit sa société-mère ou les éditeurs externes au groupe, pourraient imposer une interdiction de ventes passives aux distributeurs à l'étranger, de sorte qu'il serait incompréhensible de lui imputer un tel comportement. BGE 148 II 321 S. 330 La recourante reproche sous cet angle au Tribunal administratif fédéral de l'amalgamer à tort à sa maison-mère et, plus généralement, au groupe Flammarion. Selon elle, en droit de la concurrence, il est certes possible d'imputer à la société mère le comportement anticoncurrentiel de ses filiales, mais pas l'inverse.

E. 8.1

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser qu'il n'y avait pas lieu de poser des exigences trop élevées à l'imputation de comportements répréhensibles par le droit de la concurrence entre personnes morales formant une unité d'organisation, c'est-à-dire composant un groupe commercial. Procéder à une approche segmentée des comportements d'entreprise appartenant à un même groupe comporte le risque que les règles de droit de la concurrence voulues par le législateur soient vidées de leur substance, sachant que la LCart est censée s'appliquer aux comportements anticoncurrentiels d'entreprises prises dans leur ensemble, et non de personnes morales appréciées individuellement (cf. art. 2 al. 1 et 1 bis et 49a al. 1 LCart; arrêt 2C_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 3, non publié in ATF 139 I 72 ; aussi ATF 148 II 25 consid. 7.2 et 7.3 sur le "privilege de groupe"). Il est ainsi possible de rendre une société mère responsable des actions anticoncurrentielles de ses filiales et de les lui imputer dans le cadre d'une procédure de droit des cartels (cf. arrêt 2C_484/2010 précité, consid. 3.4). La pratique a par ailleurs soutenu l'idée qu'il devait aussi être possible de mener une procédure contre la filiale suisse d'un groupe étranger et de la sanctionner si nécessaire, après lui avoir imputé le comportement de sa société mère. Un tel procédé peut s'avérer particulièrement approprié dans les affaires ayant un lien avec l'étranger, notamment si cela est trop coûteux de poursuivre cette dernière à l'étranger ou si cela implique des difficultés disproportionnées dans la procédure ou dans l'exécution des décisions éventuelles (ANDREAS HEINEMANN, *Konzerne als Adressaten des Kartellrechts*, in *Wettbewerbsrecht, Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht*, Hochreutener/Stoffel/Amstutz [éd.], 2015, p. 49 ss, spéc. 61).

E. 8.2

En droit européen, il est également acquis qu'une entité juridique peut être tenue responsable du comportement anticoncurrentiel d'une autre entité juridique, lorsque toutes deux font partie de la même unité économique et forment ainsi une seule et même entreprise (voir notamment arrêt de la CJUE C-882/2019 du 21 octobre 2021, Sumal S.L. contre Mercedes Benz Trucks España S.L. , § 41 ss, et les références citées). Dans un tel cas, les autorités européennes de la BGE 148 II 321 S. 331 concurrence peuvent choisir la société contre laquelle elles entendent agir (cf. notamment VOLKER EMMERICH, in Wettbewerbsrecht, vol. I EU, Immenga/Mestmäcker [éd.], 5 e éd. 2015, n° 48 ad art. 101 Abs. 1 AEUV). Dans un arrêt récent, la CJUE a ainsi précisé qu'une infraction au droit de la concurrence commise par une société mère pouvait engager la responsabilité d'une de ses filiales, s'il existait non seulement des liens économiques, organisationnels et juridiques entre les deux entités, mais aussi entre l'activité économique de la filiale et le comportement anticoncurrentiel de la société mère (arrêt de la CJUE C-882/2019 précité, ch. 51 ss).

E. 8.3

En l'occurrence, on peut regretter que, dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral ait par endroits confondu la recourante avec la société française Flammarion FR, respectivement avec le groupe Flammarion. C'est ainsi que l'on peut notamment lire dans ses considérants que la recourante serait "chargée de la distribution exclusive [des ouvrages des éditeurs externes] en France", ce qui n'est pas exact à proprement parler. Il n'en demeure pas moins que l'autorité précédente a établi que la recourante constituait une filiale de la société française Flammarion FR, qui la détenait à 100 % et qui était la société mère du groupe éponyme, du moins durant la période sous enquête. Il est donc incontestable que ces deux sociétés entretiennent des liens économiques, organisationnels et juridiques extrêmement forts; on peut donc retenir qu'elles forment ensemble une seule et même entreprise sous l'angle de la LCart. A cela s'ajoute qu'il ressort de l'arrêt attaqué qu'il existe un rapport étroit entre l'activité économique de la recourante et celle de sa société mère, puisque la première diffuse des livres en Suisse sur mandat de la seconde, après que celle-ci les a elle-même édités ou a accepté de les diffuser sur demande d'autres éditeurs externes au groupe.

E. 8.4

A partir de là, du point de vue du droit de la concurrence, l'autorité précédente pouvait parfaitement imputer à la recourante le comportement de la société Flammarion FR en lien avec la distribution en Suisse des livres diffusés par le groupe et vice versa. Elle pouvait également partir du principe que les engagements pris par la recourante en relation avec le marché suisse avaient été mis en oeuvre et respectés - et même voulus - par l'ensemble du groupe Flammarion durant la période sous enquête. L'intéressée ne prétend d'ailleurs pas avoir agi contre l'avis de sa société mère en promettant à A. de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses", ce qu'elle n'aurait du reste pas pu faire seule, dès lors qu'un tel BGE 148 II 321 S. 332 engagement impliquait par définition la participation des autres sociétés du groupe Flammarion. Elle n'affirme pas non plus que celui-ci ne se serait jamais senti lié par une telle interdiction de vente. On ne discerne dès lors pas en quoi le Tribunal administratif fédéral aurait violé le droit fédéral en rendant la recourante responsable de la mise en oeuvre de l'exclusivité territoriale accordée à A., quand bien même son respect impliquait nécessairement un suivi de sa société mère.

E. 8.5

Reste à savoir si les accords de distribution conclus entre A. et le groupe Flammarion, par l'entremise de la recourante, conféraient véritablement et concrètement une protection territoriale absolue à la première au sens de l' art. 5 al. 4 LCart , ce que cette dernière conteste. VI. Obligation imposée au "fournisseur" et présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l' art. 5 al. 4 LCart

E. 9

La recourante soutient que la présomption de suppression de la concurrence efficace prévue à l' art. 5 al. 4 LCart ne s'appliquerait pas aux restrictions de vente imposées aux entreprises endossant, comme elle, le rôle de "fournisseurs" dans le cadre d'un accord de distribution. D'après elle, la garantie donnée par un fournisseur de ne pas concurrencer son cocontractant sur un territoire donné ne suffirait pas à instituer une protection territoriale absolue en matière de distribution.

E. 9.1

Selon l' art. 5 al. 4 LCart , les accords verticaux attribuant des territoires sont présumés entraîner la suppression de toute concurrence efficace lorsque les ventes aussi bien actives que passives (cf. consid. 7.3 non publié) par d'"autres fournisseurs agréés" sur ce territoire sont exclues. La version française de la disposition diverge quelque peu de celles allemande et italienne qui évoquent, pour leur part, une interdiction de vente par des "gebietsfremde Vertriebspartner" ou des "distributori esterni" (distributeurs externes). Il en ressort que la présomption de suppression de la concurrence de l' art. 5 al. 4 LCart implique que des entreprises actives dans la distribution d'un produit donné se voient interdire de procéder à tout type de ventes de ce produit à destination d'un territoire de distribution attribué à une autre entreprise (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.3.3). Ainsi, l'accord par lequel une entreprise uniquement productrice se contenterait de renoncer à la vente directe de ses produits en Suisse, après en avoir externalisé la distribution à une autre entreprise, ne tombe pas en tant que tel sous le coup de l' art. 5 al. 4 LCart et n'est pas sanctionnable au sens de l' art. 49a al. 1 LCart . Il en va de même de l'accord BGE 148 II 321 S. 333 par lequel un producteur étranger s'obligerait à transmettre à son importateur suisse toutes les demandes d'achat qui lui parviendraient dans la mesure où elles émaneraient de Suisse. En effet, de telles restrictions de vente ne concernent en règle générale que le producteur du bien concerné, sans forcément s'étendre à d'éventuels distributeurs de celui-ci (cf. BO 2003 CE 329 ss; Note explicative de la Commission de la concurrence du 12 juin 2017 relative à la CommVert [ci-après: Note explicative CommVert], ch. 9, 1 er point; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2 e éd. 2013, n os 557 ss ad art. 5 LCart). Il est possible que ces accords soient malgré tout illicites à l'aune de l' art. 5 al. 1 LCart , dans la mesure ils sont susceptibles de restreindre d'une manière notable la concurrence sur le marché considéré, ou qu'ils résultent d'un abus de position dominante au sens de l' art. 7 LCart de la part du distributeur protégé. Ne limitant pas en tant que tels la liberté d'action d'une entreprise "distributrice", ils ne constitueront en revanche pas des contrats présumés conduire à la suppression de toute concurrence efficace au sens de l' art. 5 al. 4 LCart (ATF 148 II 25 consid. 9.3.1).

E. 9.2

Dans l'arrêt attaqué, partant du principe exposé ci-devant selon lequel l'engagement d'un producteur de ne pas concurrencer ses distributeurs n'est pas concerné par l' art. 5 al. 4 LCart , le Tribunal administratif fédéral s'est attaché à définir le rôle joué par la recourante

sur le marché suisse du livre en Suisse et, plus spécifiquement, vis-à-vis d'A. Il a en l'occurrence retenu que l'édition de livres correspondait de manière générale à une activité de production, tandis que l'activité de diffusion et de distribution de livres s'assimilait à un travail de commercialisation, respectivement de distribution des produits concernés. Il a ensuite constaté que le groupe Flammarion, dont faisait partie la recourante, se chargeait en principe lui-même de la diffusion et de la distribution des livres qu'il éditait - c'est-à-dire qu'il produisait lui-même - sans passer encore en aval par des sociétés de distribution ou des grossistes indépendants, sauf en Suisse par l'intermédiaire d'A. Cela étant, le groupe acceptait de mettre son système de distribution à disposition d'autres éditeurs et, partant, de diffuser et de distribuer des ouvrages édités par des entreprises indépendantes. Le Tribunal administratif fédéral en a déduit que le groupe Flammarion agissait à deux titres distincts sur le marché du livre et vis-à-vis d'A.: tantôt comme "producteur" en ce qui concernait la distribution des ouvrages édités par le groupe, tantôt comme "fournisseur" ou distributeur s'agissant des ouvrages édités par des BGE 148 II 321 S. 334 éditeurs indépendants. D'après les juges précédents, il s'ensuivrait que l'engagement de la recourante à ce que le groupe Flammarion ne procède à aucune vente (active ou passive) de ses propres livres vers la Suisse ne tomberait pas sous le coup de l' art. 5 al. 4 LCart , car il équivaudrait à une interdiction de vente directe du "producteur"; il n'y a pas lieu de revenir sur ce point (cf. consid. 7.4 non publié). Il en irait en revanche autrement de l'engagement pris de ne pas livrer directement aux revendeurs suisses les autres ouvrages qui, sans être édités par le groupe Flammarion, sont néanmoins diffusés par lui. Cet engagement serait susceptible d'être couvert par l' art. 5 al. 4 LCart , car il constituerait une obligation imposée au distributeur, respectivement au fournisseur.

E. 9.3

La recourante reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir apprécié différemment son engagement envers A. de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses" selon qu'il aurait eu trait à des ouvrages édités par le groupe Flammarion ou qu'il aurait concerné des livres édités par des entreprises externes à celui-ci. D'après elle, il conviendrait de traiter de la même manière l'entreprise productrice qui confie la distribution exclusive de sa marchandise sur un territoire donné à une entreprise tierce et la société de distribution qui sous-délègue la commercialisation exclusive de certains produits sur ce même territoire à une autre entreprise. En d'autres termes, la recourante soutient que, du point de vue de l' art. 5 al. 4 LCart , il n'y aurait pas lieu de traiter différemment les "producteurs" et les entreprises non productrices jouant le rôle de "fournisseur" dans le cadre d'un contrat de distribution.

E. 9.4

Ainsi qu'on l'a vu, l'engagement d'un producteur de ne pas concurrencer ses distributeurs et, partant, de ne pas vendre directement ses produits sur les territoires qu'il leur a attribués ne tombe pas sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace posée par à l' art. 5 al. 4 LCart . Une telle présomption suppose généralement des restrictions de vente à l'égard d'entreprises jouant le rôle de "distributeurs" sur le marché considéré (cf. supra consid. 9.1). Or tel est manifestement le cas en l'espèce. Il est incontesté que, durant la période sous enquête, la recourante et, plus généralement, le groupe Flammarion ne produisaient pas la totalité des livres dont ils assuraient la diffusion dans le monde et dont la distribution exclusive en Suisse avait été sous-déléguée à A. L'engagement pris par la recourante de ne pas livrer directement les revendeurs de livres suisses depuis la France

n'équivaut ainsi pas pleinement à un engagement BGE 148 II 321 S. 335 de "producteur". Il représente un engagement de "distributeur" en tant qu'il concerne également des livres qui sont normalement diffusés et distribués par le groupe Flammarion lui-même à l'étranger, sans être édités par lui. Sous cet angle, il est assurément susceptible de tomber sous le coup l' art. 5 al. 4 LCart . On ne voit pas que le Tribunal administratif fédéral ait violé le droit fédéral sur ce point.

E. 9.5

Quoi qu'en dise la recourante, du point de vue du droit des cartels, le cas d'une société de distribution choisissant de sous-déléguer la vente de certains produits sur un territoire donné à une autre entreprise, tout en s'engageant à ne pas la concurrencer sur ce marché, se distingue de la situation dans laquelle un producteur renonce à développer toute activité de distribution et, partant, à concurrencer les sociétés de distribution qui commercialisent ses produits. Il ne se justifie dès lors pas de mettre ces deux problématiques sur un pied d'égalité dans le cadre de l'interprétation de l' art. 5 al. 4 LCart et de considérer que n'importe quelles entreprises "fournisseuses non productrices" pourraient s'interdire de procéder à des ventes passives sur un territoire donné par contrat de distribution. L'intéressée ne se réfère elle-même à aucune pratique ou opinion doctrinales allant dans ce sens. Elle relève tout au plus que la COMCO et la doctrine utilisent indifféremment les termes de "fournisseur" (Lieferant) et de "producteur" (Hersteller) dans leurs publications relatives aux accords verticaux; cela étant, il y a tout lieu de penser que le recours à la notion de "fournisseur" dans ces publications sert avant tout à couvrir la situation des "producteurs" de services, sans pour autant concerner celle des distributeurs non producteurs (cf. notamment CommVert, ch. 8; aussi Note explicative CommVert, ch. 9, 1 er point).

E. 9.6

Notons que le droit européen de la concurrence distingue lui aussi les entreprises "productrices" des simples "fournisseurs" non producteurs dans le cadre d'accords verticaux de distribution. Il différencie pour l'heure toujours les accords verticaux conclus entre un producteur et un distributeur de ceux qui pourraient être conclus entre deux distributeurs (potentiellement) concurrents: si les premiers peuvent échapper aux règles en matière de concurrence dans certaines circonstances, tel n'est pas le cas des seconds (cf. art. 2 par. 4 du Règlement n° 330/2010 de la Commission européen du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, par. 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées [Journal officiel de l'Union européenne L 102/1]; Lignes directrices UE, n os 27 s.; aussi REINHARD ELLGER, in BGE 148 II 321 S. 336 Wettbewerbsrecht, vol. I EU, Immenga/Mestmäcker[éd.], 6 e éd. 2019, n os 106 et 116 ad. art. 2 Vertikal-GVO).

E. 9.7

Il s'ensuit que le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral en retenant que la clause d'exclusivité territoriale contenue dans les différents accords de distribution successifs convenus entre la recourante et A. était susceptible d'être couverte par l' art. 5 al. 4 LCart . (...)