

# BGE 148 II 521

Bundesgericht (BGE), 2022-08-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_148\\_II\\_521](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_148_II_521)

FR: ATF 148 II 521

IT: DTF 148 II 521

## Regeste

Regeste Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 KG; Begriff der Wettbewerbsabrede; Konzernprivileg; Zurechenbarkeit von Wettbewerbsabreden innerhalb eines Konzerns; einseitiges Verhalten eines Unternehmens. Begriff der Wettbewerbsabrede im schweizerischen und im europäischen Recht; Notwendigkeit der Feststellung eines gegenseitigen und übereinstimmenden Willens zur Zusammenarbeit zwischen mindestens zwei unabhängigen Unternehmen (E. 6.2). Die Tatsache, dass ein Unternehmen, das Waren herstellt oder vertreibt, seine Absicht geäussert hat, Parallelimporte in ein bestimmtes Land zu verhindern, reicht nicht aus, um eine solche Abrede zu belegen (E. 6.2.2-6.2.5). Anwendung dieses Prinzips auf den Fall einer Schweizer Vertriebsgesellschaft, die mit ihrer Muttergesellschaft einen Vertrag abgeschlossen hat, der ihr absolute Exklusivität für die Schweiz zusichert (E. 6.3-6.6).

Regeste Art. 2 al. 1 et art. 4 al. 1 LCart; notion d'accord en matière de concurrence; privilège de groupe; faculté d'imputer des accords en matière de concurrence au sein d'un groupe; comportement unilatéral d'une entreprise. Notion d'accord en matière de concurrence en droit suisse et en droit européen; nécessité d'établir à cet égard une volonté réciproque et concordante de collaborer entre au moins deux entreprises indépendantes (consid. 6.2). Le fait qu'une entreprise productrice ou distributrice de biens ait exprimé son intention d'empêcher toute importation parallèle vers un pays donné ne suffit pas à établir l'existence d'un tel accord (consid. 6.2.2-6.2.5). Application de ce principe au cas d'une société de distribution suisse ayant conclu un contrat lui assurant une exclusivité absolue pour la Suisse avec sa société mère (consid. 6.3-6.6).

Regesto Art. 2 cpv. 1 e art. 4 cpv. 1 LCart; nozione di accordo in materia di concorrenza; privilegio di gruppo; facoltà di imputare degli accordi in materia di concorrenza in seno a un gruppo; comportamento unilaterale di un'impresa. Nozione di accordo in materia di concorrenza nel diritto svizzero e nel diritto europeo; necessità di stabilire a tal riguardo una volontà reciproca e concordante di collaborare tra almeno due imprese indipendenti (consid. 6.2). Il fatto che un'impresa produttrice o distributrice di beni abbia espresso la sua intenzione di impedire ogni importazione parallela verso un determinato Paese non basta a stabilire l'esistenza di un tale accordo (consid. 6.2.2-6.2.5). Applicazione di questo principio al caso di una società di distribuzione svizzera che ha concluso un contratto, che le assicura un'esclusività assoluta per la Svizzera, con la sua società madre (consid. 6.3-6.6).

## Erwägungen

### E. 6

La première question à examiner sur le fond est celle de savoir si, entre 2005 et 2011, la recourante a véritablement participé à des "accords en matière de concurrence" au sens des

art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart en jouissant du droit contractuel de diffuser et de distribuer différents éditeurs de livres en français à titre exclusif en Suisse. 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. consid. 4.3 non publié).

### **E. 6.1**

La recourante admet en l'occurrence dans ses écritures que les contrats de diffusion et/ou de distribution qu'elle a directement conclus avec certains éditeurs externes au groupe Hachette constituent bel et bien des accords en matière de concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart , y compris celui qu'elle a passé avec l'éditeur A. conjointement avec sa société mère. Elle soutient en revanche qu'il ne peut lui être reproché d'avoir participé à de tels accords en ce qui concerne la diffusion et la distribution des autres éditeurs - internes ou externes au groupe Hachette - avec lesquels elle n'a jamais entretenu aucune relation contractuelle directe durant la période sous enquête et qui avaient en réalité confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en premier lieu à sa société mère, Hachette livre, avant que celle-ci ne lui sous-délègue l'exécution de ces deux tâches pour le territoire suisse. Elle affirme que le contrat-cadre qu'elle a conclu avec sa société mère en vue de la réalisation de ces deux tâches - qui BGE 148 II 521 S. 525 représentent, selon l'arrêt attaqué, plus de 90 % de son chiffre d'affaires annuel moyen entre 2005 et 2011 - ne peut pas être qualifié d'accord en matière de concurrence, car il lierait deux sociétés appartenant à un même groupe commercial et formant, de ce fait, une seule et même entreprise au sens de la LCart. La recourante ajoute enfin n'avoir jamais été mêlée aux accords que Hachette Livre passait en amont avec les éditeurs qu'elle devait distribuer pour le compte de son groupe, ni aux contrats de ventes que sa société mère pouvait parfois conclure avec certains grossistes français qui souhaitaient acquérir des ouvrages distribués par le groupe Hachette en vue de leur revente. Selon elle, le Tribunal administratif fédéral ne pouvait dès lors pas retenir qu'elle avait participé à des accords en matière de concurrence avec des entreprises externes à son groupe. Il ne pouvait pas lui imputer la responsabilité de tels contrats, d'autant moins qu'il n'en avait même pas établi le contenu exact, ni même requis la production durant la procédure.

### **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 au sens 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; aussi ATF 147 II 72 consid. 3.1), 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 (arrêt 4C.353/2002 du 3 mars 2003 consid. 3.1).

#### **E. 6.2.1**

Plusieurs formes d'accords sont ainsi mentionnées à l' art. 4 al. 1 LCart , à savoir les conventions, avec ou sans force obligatoire, et les pratiques concertées. Ces deux formes

d'accords en matière de concurrence, qui supposent toutes deux une action collective, consciente et voulue de la part des entreprises participantes (Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [Loi sur les cartels, LCart], FF 1995 I 472 ss, spéc. 544; cf. ATF 147 II 72 consid. 3.2; ATF 129 II 18 consid. 6.3; ATF 124 III 495 consid. 2a), sont alternatives du point de vue de l' art. 4 al. 1 LCart . L'existence d'une convention obligatoire restreignant un BGE 148 II 521 S. 526 paramètre de la concurrence suffit donc pour conclure à l'existence d'un accord en matière de concurrence. Il n'est alors pas nécessaire de se demander si cet accord remplit en plus les conditions d'une pratique concertée ( ATF 144 II 246 consid. 6.4.1).

### **E. 6.2.2**

Pour déterminer si l'on a affaire à une convention au sens de l' art. 4 al. 1 LCart , il convient en principe d'appliquer en premier lieu les règles générales figurant aux art. 1 ss du Code des obligations (CO; RS 220) et d'établir la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (cf. ATF 147 II 72 consid. 3.3). Les manifestations de volonté tacites comprennent les actes concluants, c'est-à-dire ceux dont l'accomplissement laisse transparaître une certaine volonté des parties ( ATF 147 II 72 consid. 3.3; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1). Il faut cependant que l'on puisse discerner de tels actes une collaboration voulue et consciente de deux ou plusieurs entreprises, ce qui fait défaut en cas de restrictions à la concurrence purement unilatérales (cf. ATF 144 II 246 consid. 6.4.1; ATF 124 III 495 consid. 2a). Ainsi les recommandations contenues dans des accords verticaux, dans la mesure où elles consistent en des déclarations unilatérales non contraignantes, ne sont pas, sous réserve d'une pratique concertée, des accords au sens de l' art. 4 al. 1 LCart , puisqu'elles ne sont pas de nature à limiter l'autonomie décisionnelle des parties. En revanche, une déclaration unilatérale peut constituer une convention et, plus largement, un accord au sens de l' art. 4 al. 1 LCart si la volonté de l'auteur de la déclaration en question est reconnaissable pour l'autre partie et que cette dernière l'accepte expressément ou par acte concluant ( ATF 144 II 246 consid. 6.4.1). Cela étant, il convient de garder à l'esprit que la notion de "convention" au sens de la LCart va au-delà de celle de "contrat" au sens du droit des obligations; elle couvre également les accords non contraignants sur le plan juridique, mais dont il ressort malgré tout une volonté de s'engager des parties, comme les gentlemen's agreements ou les Frühstückskartelle , ainsi que l'indique clairement l' art. 4 al. 1 LCart ( ATF 147 II 72 consid. 3.3). A cet égard, les exigences liées à la preuve ne doivent pas être exagérées, du moins lorsque les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 consid. 8.3.2). Les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont très rares en pratique, de sorte que l'appréciation des faits doit régulièrement se faire sur la base d'indices ( ATF 144 II 246 consid. 6.4.4). BGE 148 II 521 S. 527

### **E. 6.2.3**

Les notions de conventions et de pratiques concertées inscrites à l' art. 4 al. 1 LCart correspondent à celles d'"accords entre entreprises" ou de "pratiques concertées" consacrées par le droit européen de la concurrence (cf. art. 101 al. 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE; JOUE C 326 du 26 octobre 2012, p. 47 ss]; aussi art. 81 al. 1 de l'ancien Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne). Il y a donc lieu de les interpréter et de les appliquer en tenant compte de la jurisprudence et de la pratique européennes ( ATF 147 II 72 consid. 3.1; cf. aussi consid. 4.4 non publié). En l'occurrence, celles-ci admettent aussi qu'un simple comportement convergent adopté par

plusieurs entreprises peut représenter un accord relevant du droit de la concurrence, dès lors que les entreprises concernées ont exprimé de cette manière leur intention commune de se comporter d'une manière particulière sur le marché. Elles refusent en revanche de reconnaître l'existence d'un tel accord du seul fait qu'une entreprise ait exprimé son désir d'imposer une politique ou une stratégie commerciale déterminée sur le marché où elle est active, s'il n'est pas prouvé que cette politique ou stratégie a reçu l'acquiescement d'une ou de plusieurs autres entreprises partenaires (cf. en particulier arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes [ci-après: CJCE] C-2/01 P et C-3/01 P du 6 janvier 2004, Bayer AG, ch. 100 s.; Communications de la Commission européenne du 10 mai 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après: Lignes directrices UE], n° 24).

#### **E. 6.2.4**

Appliquant ces principes, la Cour de justice des Communautés européennes - dénommée aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne - a considéré, par exemple, que l'envoi systématique par un fournisseur à ses clients de factures comportant la mention "exportation interdite" constituait un accord interdit à l'aune du droit européen de la concurrence. Elle est partie de l'idée que les clients concernés, qui entretenaient des relations commerciales durables avec le fournisseur en question, acceptaient tacitement cette condition en renouvelant leurs commandes auprès de ce dernier (cf. arrêt de la CJCE C-277/87 du 11 janvier 1990, Sandoz prodotti farmaceutici, Rec. p. I-45, ch. 161 ss). En revanche, la Cour de justice a estimé, comme la Commission européenne, que le simple fait qu'un groupe commercial ait exprimé son intention d'empêcher les importations parallèles vers un Etat de l'Union européenne ne suffisait pas à lui seul à établir l'existence d'un accord interdit entre plusieurs BGE 148 II 521 S. 528 entreprises, au risque sinon de confondre la notion d'"accords entre entreprises" avec celle de "pratiques abusives" imputables à une entreprise dominante. D'après ces deux autorités européennes, pour qu'un accord vertical destiné à cloisonner un marché national puisse être réputé conclu au sens du droit de la concurrence, il est à tout le moins nécessaire que la volonté du fournisseur de mettre en place un système de distribution anticoncurrentiel se concrétise par une invitation - expresse ou implicite - aux partenaires de distribution de réaliser ensemble un tel but, tout particulièrement lorsqu'un potentiel accord sur ce point n'est de prime abord pas dans l'intérêt de ces derniers (cf. arrêt précité de la CJCE, Bayer, ch. 101 s.; aussi Lignes directrices UE, n° 24).

#### **E. 6.2.5**

La doctrine helvétique est généralement d'avis que l'approche de droit européen qui vient d'être présentée doit également prévaloir en droit suisse (cf. JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht, Kommentar, vol. I, 3e éd. 2011, n° 8 ad art. 4 LCart; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, n. 371 ss; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch [éd.], 2004, p. 85 ss, spéc. 98; DANIEL KRAUS, Précision de la notion d'entente au sens de l'article 81 du traité CE: Remarques concernant l'arrêt Adalat rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes, sic! 2008 p. 515 ss).

#### **E. 6.2.6**

Tels qu'ils viennent d'être décrits, des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent 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). 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 145 III 303 consid. 7.2.2; cf. aussi arrêt 2C\_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 3, non publié in ATF 139 I 72 ). Cela signifie notamment que, lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe et ne se comportant pas de manière indépendante l'une de l'autre, les ententes verticales sur les prix ou sur une protection territoriale ne constituent pas des accords en matière de concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart , ni, a fortiori, des BGE 148 II 521 S. 529 accords illicites au sens de l' art. 5 al. 1 LCart . Ce n'est qu'indirectement - par effet réflexe - qu'elles peuvent éventuellement tomber sous le coup de ces dispositions, s'il n'existe aucun doute quant au fait que les clauses anticoncurrentielles qu'elles contiennent sont destinées à être reprises dans les accords que le groupe est appelé à conclure avec des entreprises tierces, accords ne bénéficiant, eux, d'aucun privilège de groupe (cf. Note explicative de la Commission de la concurrence du 12 juin 2017 relative à la CommVert [état le 9 avril 2018; ci-après: Note explicative CommVert], ch. 9, 2 e point, renvoyant à la décision de la COMCO du 21 octobre 2013, Kosmetikprodukte , DPC 2014/1, p. 190 et 197, n. 61 ss et 130 ss; aussi MANI REINERT, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2 e éd. 2021, n os 358 ss ad art. 4 al. 1 LCart ). Il en va exactement de même en droit européen (cf. notamment arrêt de la CJCE C-73/95 du 24 octobre 1996, Viho Europe BV , RJ 1996 I-05457, ch. 16 ss; décision de la Commission européenne 70/332 du 30 juin 1970, Kodak , JO n° L 147, p. 24-27). Il en résulte que la pratique de certains groupes commerciaux consistant à refuser d'approvisionner les clients et entreprises suisses aux prix et aux conditions commerciales en vigueur à l'étranger et à les renvoyer vers les sociétés de distribution correspondantes en Suisse (souvent des sociétés du groupe) - pour qu'ils achètent aux conditions et au prix (plus élevés) pratiqués dans ce pays - ne relève pas nécessairement d'un accord en matière de concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart , prohibé par l' art. 5 al. 1 et 4 LCart et pouvant faire l'objet d'une sanction à ce titre au sens de l' art. 49a LCart , ce en raison du privilège de groupe (cf. arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.3, non publié in ATF 148 II 25 ; Note explicative CommVert, ch. 9, 2 e point; STÄUBLE/SCHRANER, in KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, n° 275 ad art. 7 LCart ).

### **E. 6.2.7**

Cela ne veut toutefois pas dire que la loi ne proscrie pas une telle manière de faire. L' art. 7 LCart prévoit en particulier, depuis le 1er janvier 2022, que les entreprises jouissant d'un pouvoir de marché relatif en Suisse ont l'interdiction d'empêcher les acheteurs suisses de se procurer à l'étranger des biens ou des services aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche (RO 2021 576). La nouvelle disposition doit faciliter la lutte contre les discriminations de prix en permettant aux autorités de la concurrence, ainsi qu'aux entreprises acheteuses, d'engager plus facilement des BGE 148 II 521 S. 530 procédures contre certains grands groupes commerciaux, qui peuvent cloisonner le marché suisse en échappant aux règles de l' art. 5 LCart en raison du privilège de groupe (Message du 29 mai 2019 relatif à l'initiative populaire "Stop à l'îlot de cherté - pour des prix équitables [initiative pour des prix équitables]" et au contre-projet indirect, FF 2019 4665, 4690 et 4727). Avant cette révision, on admettait déjà que le refus d'une entreprise étrangère de livrer un client suisse aux prix et conditions prévalant à l'étranger pouvait constituer un

comportement entrepreneurial abusif et, partant, inadmissible au sens de l' art. 7 al. 1 et 2 LCart : il fallait cependant démontrer que l'entreprise en question disposait d'une position dominante sur le marché considéré, ce qui n'était pas forcément aisé (STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., n os 276 s. ad art. 7 LCart ). On remarquera d'ailleurs que la procédure ouverte par la COMCO contre la recourante en mars 2008 avait à l'origine précisément pour but de démontrer que cette dernière détenait une telle position sur le marché suisse de la distribution du livre en français et qu'elle en abusait. Ce n'est qu'en mars 2011, que la COMCO a étendu son analyse à la présence potentielle d'accords illicites supprimant la concurrence sur ce marché au sens des art. 4 et 5 al. 1 et 4 LCart , avant de la concentrer sur ce point exclusivement au stade de sa proposition de décision (cf. supra let. B.), abandonnant ainsi l'idée d'un examen de la cause sous l'angle de l' art. 7 LCart , ce que le Tribunal administratif fédéral n'a pas envisagé non plus dans l'arrêt attaqué. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de revenir d'office sur ce choix, que les parties ne remettent du reste pas en question et qui n'appartient pas à l'objet du litige, lequel consiste uniquement à déterminer si la recourante a participé à des accords en matière de concurrence non seulement illicites, mais également sanctionnables en application des art. 4, 5 et 49a LCart (cf. dans le même sens arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.4, non publié in ATF 148 II 25 ).

### **E. 6.3**

En l'occurrence, le Tribunal administratif fédéral a établi que la recourante était détenue à 100 % par la société française Hachette Livre et qu'elle appartenait de ce fait au groupe éponyme Hachette, lequel est actif non seulement dans le domaine de l'édition de livres, mais également dans celui de leurs diffusion et distribution aux revendeurs. Il ressort ainsi de l'arrêt attaqué que le groupe précité diffuse et distribue généralement lui-même la production de ses éditeurs auprès des librairies et autres revendeurs de livres, tout en acceptant cependant aussi de livrer certains grossistes externes au BGE 148 II 521 S. 531 groupe. Il a enfin été constaté que le groupe consentait également à mettre son réseau de diffusion-distribution à disposition d'autres entreprises et, partant, à diffuser et distribuer certains éditeurs indépendants. La diffusion et la distribution de l'ensemble de ces livres - qui peuvent donc être édités ou non par le groupe Hachette - sont en principe assurées par la société Hachette Livre. Ces deux tâches sont néanmoins déléguées à la recourante en tant qu'elles se rapportent au territoire suisse, conformément à une convention que cette dernière a signée avec sa société mère. Cette convention, par laquelle Hachette Livre s'est obligée à "ne pas vendre" elle-même les ouvrages diffusés par le groupe en Suisse, ainsi qu'à "ne pas laisser vendre" ces mêmes produits sur ce territoire par d'autres sociétés que la recourante, accorde à celle-ci un droit exclusif de diffusion et de distribution dans le pays.

### **E. 6.4**

Il n'est pas contesté qu'apprécié pour lui-même, l'ultime arrangement mentionné ci-devant, passé entre la recourante et sa société mère, ne peut pas être qualifié d'accord en matière de concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart , quand bien même la clause d'exclusivité qu'il contient constitue une restriction à la concurrence, car, ainsi qu'on l'a vu, la LCart ne s'applique généralement pas aux conventions passées entre sociétés d'un même groupe commercial, ce en raison du "privilège de groupe" (cf. supra consid. 6.2.6 et suivant). Il n'en demeure pas moins que l'on peut se demander si la recourante n'a pas, malgré tout, participé à des accords en matière de concurrence en considération des contrats de diffusion-distribution, respectivement des contrats de ventes que sa société mère a conclus

tant en amont qu'en aval avec certains éditeurs ou grossistes externes au groupe Hachette. Il est vrai que ces contrats, passés avec des entreprises indépendantes du groupe Hachette, sont assurément susceptibles de tomber dans le champ d'application de la LCart dans la mesure où il serait établi qu'ils instituent également des restrictions à la concurrence sur le marché suisse de la distribution du livre. Par ailleurs, comme le Tribunal fédéral l'a déjà relevé dans plusieurs arrêts récents relatifs à ce marché, les contrats de diffusion-distribution qu'un groupe d'édition, de diffusion et de distribution de livres peut conclure avec des éditeurs indépendants n'échappe pas au droit suisse de la concurrence du simple fait que leur exécution sur le territoire national ait été déléguée à une filiale suisse par le biais d'un contrat bénéficiant d'une convention bénéficiant du "privileège de groupe". Quant à cette filiale, elle ne peut logiquement pas se BGE 148 II 521 S. 532 dédouaner d'un comportement anticoncurrentiel qui a certes été convenu entre sa société mère et des entreprises tierces, mais qui lui est néanmoins profitable et sert ses intérêts, en alléguant simplement qu'elle n'en est pas formellement responsable; la faculté d'imputer, à certaines conditions, le comportement d'une société mère à sa filiale et vice versa ne constitue finalement rien d'autre qu'un corollaire du privilège de groupe (cf. ATF 148 II 321 consid. 8; aussi arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.5, non publié in ATF 148 II 25 ).

### **E. 6.5**

Le problème est que l'arrêt attaqué n'établit pas le contenu des contrats que la société mère de la recourante, à savoir Hachette Livre, a pu passer avec d'autres acteurs du marché du livre externes au groupe Hachette. Un tel constat ne vaut pas seulement à l'égard des contrats de diffusion-distribution que Hachette Livre a pu signer avec certains éditeurs indépendants et que la recourante a exécutés en Suisse sur mandat de sa société mère entre 2005 et 2011 (cf. infra consid. 6.5.1). Il s'impose également à l'égard des contrats de vente que le groupe a pu conclure avec certains grossistes indépendants, avec lesquels la recourante aurait théoriquement pu, durant cette même période, se retrouver en concurrence sur le marché suisse de la distribution de livres (cf. infra consid. 6.5.2 et suivants).

#### **E. 6.5.1**

S'agissant des liens contractuels que le groupe Hachette a entretenus avec des éditeurs indépendants durant la période sous enquête, l'arrêt attaqué se contente simplement d'en constater l'existence. Il établit seulement que certaines entreprises éditrices de livres en français ont chargé la société Hachette Livre de diffuser et de distribuer leurs ouvrages, a priori dans le monde entier. Une lecture de l'arrêt attaqué ne permet pas de savoir, par exemple, si ces tâches de diffusion et de distribution ont été confiées à titre exclusif au groupe Hachette, ni si les éditeurs concernés se sont engagés à renoncer à toute vente directe et indirecte de leurs produits à destination du marché suisse. Il n'est pas possible de déterminer non plus si la recourante a été impliquée d'une quelconque manière dans l'élaboration de tels accords. Relevons que la Cour de céans ne peut pas combler cet établissement lacunaire des faits en consultant le dossier (cf. art. 105 al. 2 LTF ; aussi consid. 2.2 non publié), puisque les contrats que le groupe Hachette a passés avec les éditeurs indépendants qu'il a accepté de diffuser et distribuer n'y figurent pas, comme le Tribunal administratif fédéral le souligne lui-même. Faute de constatations de fait suffisantes dans l'arrêt attaqué, BGE 148 II 521 S. 533 il est ainsi impossible de retenir que les contrats de diffusion-distribution conclus en amont de la chaîne de distribution par Hachette Livre avec certains éditeurs indépendants ont visé ou entraîné une quelconque restriction à la concurrence sur le marché du livre en français durant la période sous

enquête, ni, a fortiori, de déterminer si, en se voyant chargée de leur exécution sur le territoire suisse par Hachette Livre, la recourante a participé indirectement à des accords en matière de concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart . La Cour de céans est parvenue à une conclusion similaire dans un arrêt récent concernant un autre diffuseur-distributeur de livres ayant aussi fait l'objet d'une sanction prononcée par la COMCO et confirmée dans son principe par le Tribunal administratif fédéral (cf. arrêt 2C\_43/ 2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.6, non publié in ATF 148 II 25 ).

### **E. 6.5.2**

L'arrêt attaqué ne contient guère plus d'informations sur les liens contractuels que le groupe Hachette a entretenus en aval de la chaîne de distribution avec certains grossistes indépendants durant la période sous enquête. En effet, le Tribunal administratif fédéral n'a nullement établi le contenu concret des accords qui ont pu être passés entre ces acteurs particuliers du marché du livre entre 2005 et 2011. Le dossier ne contient à nouveau aucun contrat de ce type susceptible d'en révéler la teneur; les autorités inférieures n'ont en effet jamais enjoint à la recourante ou au groupe Hachette de leur en fournir des exemplaires (cf. art. 105 al. 2 LTF ). Dans l'arrêt attaqué, l'autorité précédente s'est ainsi limitée à exposer les conditions générales de vente que la société Hachette Livre impose aux différentes entreprises souhaitant lui acheter des livres en vue de leur revente. Elle n'y a cependant décelé l'existence d'aucune clause qui aurait eu pour objet ou pour effet une restriction de la concurrence. Au terme d'un examen détaillé desdites conditions générales, le Tribunal administratif fédéral a reconnu que celles-ci "ne plaid[ai]ent (...) ni en faveur ni en défaveur d'une exclusion [contractuelle] des ventes passives" à destination du territoire suisse pour les grossistes. Il s'ensuit que l'arrêt attaqué ne fait état d'aucune convention conclue entre le groupe Hachette et des grossistes indépendants ayant visé ou entraîné des restrictions à la concurrence sur le marché suisse de la distribution du livre et pouvant constituer un accord en matière de concurrence imputable à la recourante au sens de l' art. 4 al. 1 LCart .

### **E. 6.5.3**

Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral semble estimer qu'il peut être reproché à la recourante d'avoir participé à des accords en matière de concurrence en considération du fait que sa BGE 148 II 521 S. 534 société mère s'était engagée auprès d'elle à "ne pas laisser" d'autres entreprises qu'elle vendre sur le marché suisse les ouvrages édités et/ou diffusés par le groupe Hachette, ce qui aurait forcément impliqué d'empêcher les partenaires de distribution actifs à l'étranger et indépendants du groupe - y compris les grossistes français avec lesquels celui-ci traitait - de (re)vendre à destination de la Suisse les produits qui leur étaient livrés. L'autorité précédente voit dans cet engagement interne au groupe Hachette une sorte de "preuve par indices" que la recourante aurait participé, par le truchement de sa société mère, à des accords en matière de concurrence visant à cloisonner le marché suisse. Elle a ce faisant perdu de vue que la participation d'une entreprise - éventuellement constituée en groupe commercial - à des accords en matière de concurrence illicites au sens de la LCart ne peut pas être inférée du simple fait que ladite entreprise ait exprimé sa volonté - toute générale - de mettre en place une politique d'empêchement des importations parallèles en relation avec les biens qu'elle produit ou distribue, sans préciser d'aucune manière les moyens qu'elle entend mettre en oeuvre à cette fin (cf. supra consid. 6.2.2 et suivants; cf. aussi REINERT, op. cit., n° 359 ad art. 4 al. 1 LCart ); dans le cas concret, pour pouvoir reconnaître l'existence de tels accords sous l'angle du droit suisse, qu'il convient d'interpréter en regard du droit européen, le Tribunal administratif fédéral

aurait dû constater, en se fondant le cas échéant sur d'autres indices, que le groupe Hachette avait au moins invité les grossistes à accepter une restriction à la concurrence consistant en une interdiction d'exportation vers la Suisse, ce qu'il n'a toutefois pas fait. En retenant, sans procéder à un tel constat, que la recourante et son groupe avaient participé à des accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart, il a violé le droit fédéral.

#### **E. 6.5.4**

Enfin, contrairement à ce que laisse entendre la COMCO dans sa réponse au recours, il importe en l'espèce peu que la recourante n'ait produit volontairement aucun contrat passé par son groupe avec certains grossistes indépendants. Il n'est pas possible de déduire d'un tel fait sa participation à des accords visant à cloisonner le marché suisse. Rien ne l'obligeait en effet à fournir spontanément aux autorités précédentes - à tout le moins sans que celles-ci ne l'y aient enjoint d'aucune sorte - tous les renseignements utiles et les pièces nécessaires à l'aboutissement d'une procédure qu'elle n'avait pas initiée elle-même et qui pouvait par ailleurs conduire au prononcé d'une sanction financière importante à son encontre (cf. art. 13 PA en lien BGE 148 II 521 S. 535 avec l' art. 40 LCart ; aussi WYSSLING/BICKEL, in KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, nos 6 s. ad art. 40 LCart ; BENOÎT MERKT, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, n° 11 ad art. 40 LCart ). On ne peut dès lors lui imputer aucun refus de collaborer susceptible d'être pris en compte à son détriment et apte à relativiser l'obligation des autorités précédentes d'établir elles-mêmes les faits pertinents au moment d'apprécier si les éléments du dossier sont propres à démontrer l'existence de clauses restrictives de concurrence dans les contrats passés par le groupe Hachette avec certains grossistes français indépendants (cf., à titre de comparaison, ATF 130 II 449 consid. 6.6.1).

#### **E. 6.6**

En définitive, ni les faits établis dans l'arrêt attaqué, ni les faits du dossier - dont le Tribunal fédéral aurait éventuellement pu tenir compte à titre exceptionnel (cf. art. 105 al. 2 LTF) - ne permettent de retenir que la recourante aurait participé à des accords en matière de concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart en tant qu'elle a diffusé et/ou distribué en Suisse des éditeurs tant internes qu'externes au groupe Hachette sur délégation de sa société mère entre 2005 et 2011, étant précisé qu'une telle tâche a représenté plus de 90 % de son chiffre d'affaires annuel moyen durant la période sous enquête. Il faut partant considérer qu'en l'état, l'autorité précédente a violé le droit fédéral en partant de la prémisse inverse, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si elle a également violé le droit d'être entendue de la recourante ou établi arbitrairement les faits à cet égard, comme cette dernière le prétend dans son mémoire. Compte tenu de l'écoulement du temps, la Cour de céans renonce au demeurant à renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il complète les faits de la cause, de la même manière qu'elle l'a déjà décidé dans un arrêt précédent relatif à l'un des neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres en français également sanctionnés en 2013 par la COMCO (cf. arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.7, non publié in ATF 148 II 25 ). Il n'appartient pas à la recourante de subir les conséquences du fait que l'autorité judiciaire précédente n'a pas établi les faits de manière complète en lien avec sa cause alors même qu'il en aurait eu largement le temps et l'occasion durant les six ans qu'a duré la procédure de recours pendant devant elle.

#### **E. 6.7**

En guise de conclusion intermédiaire, il convient donc de retenir qu'en l'état de l'arrêt attaqué et du dossier, il ne peut être reproché à la recourante d'avoir été partie à des accords en matière de BGE 148 II 521 S. 536 concurrence en lien avec la diffusion-distribution d'éditeurs de livres en français sur mandat de sa société mère et, de manière générale, du groupe Hachette. Il n'en demeure pas moins qu'elle a assurément participé à de tels accords durant cette période en concluant elle-même certains contrats avec des éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse. Ces accords, qui contiennent tous une clause d'exclusivité, constituent bel et bien des accords en matière de concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart , y compris celui qu'elle a passé de manière tripartite avec sa société mère et l'éditeur A., ce que ne conteste pas l'intéressée. Reste à savoir s'ils constituent des accords illicites visés par l' art. 5 al. 4 LCart et, partant, sanctionnables au sens de l' art. 49a LCart , comme le soutiennent les autorités précédentes, mais le conteste la recourante.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.