

BGer 2C_48/2020 vom 8. Dezember 2022

Bundesgericht, 2022-12-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_48_2020

FR: TF 2C_48/2020 du 8 décembre 2022

IT: TF 2C_48/2020 del 8 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1.1

Le litige porte sur le bien-fondé d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral confirmant une décision prononcée par la COMCO ayant notamment pour effet de condamner la recourante au paiement d'une sanction financière en application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251). Il s'agit d'une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant sous le coup d'aucune des exceptions figurant à l' art. 83 LTF , de sorte que la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est en principe ouverte.

E. 1.2

Le recours a par ailleurs été interjeté dans les formes requises (art. 42 LTF) et en temps utile compte tenu des fêtes hivernales (art. 100 al. 1 en lien avec l' art. 46 al. 1 let . c LTF) par la société destinataire de l'arrêt attaqué qui a, sous cet angle, manifestement qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF). Il est partant recevable, sous réserve de la conclusion constatatoire accessoire qui y est prise, laquelle n'a aucune portée propre par rapport à celle en annulation de l'arrêt attaqué (cf. ATF 137 II 199 consid. 6; 135 II 60 consid. 3.3; aussi 141 II 113 consid. 1.7; arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 1.2, non publié in ATF 148 II 25), et des conclusions demandant l'annulation, respectivement la réforme de la décision de première instance de la COMCO du 27 mai 2013. Ces dernières conclusions sont en effet irrecevables en raison de l'effet dévolutif complet du recours déposé auprès du Tribunal administratif fédéral (cf. ATF 136 II 101 consid. 1.2), dont la décision peut seule être attaquée devant le Tribunal fédéral (cf. art. 86 al. 1 let. a LTF).

E. 2.1

Le Tribunal fédéral applique en principe d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l' art. 42 al. 2 LTF , il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, sous réserve d'une violation du droit manifeste (cf. ATF 140 III 115 consid. 2; 140 III 86 consid. 2; 133 III 545 consid. 2.2; arrêt 4A_399/2008 du 12 novembre 2008 consid. 2.1, non publié in ATF 135 III 112). A cela s'ajoute que, conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , le Tribunal fédéral n'examine le respect des droits fondamentaux que si un grief en ce sens a été non seulement invoqué, mais également motivé par la partie recourante (ATF 141 I 36 consid. 1.3; 136 II 304 consid. 2.5).

En l'occurrence, dans son mémoire de recours, la recourante invoque parfois de manière lapidaire, au milieu d'autres griefs, la violation d'un droit fondamental déterminé, sans véritablement expliquer en quoi consiste exactement la violation alléguée et en quoi le droit fondamental invoqué n'aurait pas été respecté. La Cour de céans n'entrera pas en matière sur

ce genre de critiques qui ne sont pas motivées à suffisance de droit à l'aune de l' art. 106 al. 2 LTF .

E. 2.2

L'examen du Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF ; ATF 142 I 155 consid. 4.4.3), sous réserve des cas prévus par l' art. 105 al. 2 LTF . Selon l' art. 97 al. 1 LTF , le recours peut critiquer les constatations de fait de l'arrêt attaqué à la double condition qu'elles aient été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. ATF 142 I 135 consid. 1.6), ce que la partie recourante doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences de l' art. 106 al. 2 LTF . La notion de "manifestement inexacte" figurant à l' art. 97 al. 1 LTF correspond à celle d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. (cf. ATF 140 III 264 consid. 2.3).

II. Dispositions légales topiques et positions des autorités précédentes

E. 3

Le litige porte principalement sur le point de savoir si le Tribunal administratif fédéral a violé le droit en considérant que la recourante avait participé à des accords illicites en matière de concurrence - et présumés supprimer toute concurrence efficace au sens de l' art. 5 al. 1 et 4 LCart - et en la condamnant pour cette raison au paiement d'une sanction financière de 760'000 fr.

Avant de présenter le raisonnement suivi par les différentes autorités précédentes sur ces points, un bref survol des dispositions topiques s'impose.

E. 4.1

La LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Elle s'applique aux entreprises qui, entre autres situations, sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence visant ou entraînant une restriction de celle-ci (cf. art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart), à moins que la concurrence sur le marché des biens ou services concernés ne soit de toute manière exclue par d'autres prescriptions étatiques (cf. art. 3 al. 1 LCart). La loi est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart).

E. 4.2

L' art. 5 LCart dispose, à son al. 1, que les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites. Après avoir précisé à son al. 2 la notion de "motifs d'efficacité économique", l' art. 5 LCart énumère ensuite, à ses al. 3 et 4, plusieurs types d'accords qui sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace et qui réunissent tantôt des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes (accords horizontaux), tantôt des entreprises occupant différents échelons sur un marché (accords verticaux). L' art. 5 al. 4 LCart , qui porte sur les accords verticaux et qui se trouve au centre du présent litige, prévoit en particulier ce qui suit:

3 Sont [...] présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues.

E. 4.3

Les sanctions administratives encourues en cas d'accords illicites sont réglées aux art. 49a ss LCart . L' art. 49a al. 1 LCart prévoit ainsi que l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l' art. 5 al. 3 et 4 LCart , ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l' art. 7 LCart , est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. L' art. 50 LCart dispose pour sa part qu'une sanction identique peut être infligée à une entreprise qui contrevient à son profit à un accord amiable, à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours. Il découle de ces dispositions qu'une entreprise ne peut être sanctionnée de manière immédiate en raison d'un accord illicite en matière de concurrence que si elle participe à ce que l'on appelle communément un "cartel dur" ou un "accord rigide" ("

hartes Kartell " ou "

harte Abrede ")), c'est-à-dire à l'un des accords, exhaustivement énumérés à l' art. 5 al. 3 et 4 LCart , dont il convient en principe de présumer, de manière réfragable, qu'ils suppriment toute concurrence (cf. ATF 147 II 72 consid. 6.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1920; ZIRLICK/ BANGERTER, in KG - Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, no 544 ad art. 5 LCart). Dans les autres cas, soit lorsqu'une entreprise prend part à un accord qui, sans être visé par l' art. 5 al. 3 et 4 LCart , restreint néanmoins notablement la concurrence sans motif d'efficacité économique (p. ex. un accord fixant un prix maximal), seul le prononcé d'une mesure administrative entre en ligne de compte (p. ex. une interdiction d'entrave à la concurrence; cf. art. 30 LCart ; ATF 143 II 297 consid. 9.4.6; aussi arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 12.4, non publié in ATF 148 II 321) : ce n'est qu'en cas de récidive - à savoir en cas de non-respect de la mesure prononcée - que l'entreprise peut éventuellement se voir infliger une sanction, en application de l' art. 50 LCart (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.3, non publié in ATF 148 II 25 ; 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3e éd. 2011, no 7 ad art. 49a LCart ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2e éd. 2021, no 651 ad art. 5 LCart).

E. 4.4

La problématique des accords verticaux en matière de concurrence est appréhendée de manière pratiquement identique, quoique dans des systèmes différents, par le droit suisse et le droit européen, qui se sont rapprochés au fil du temps (ATF 143 II 297 consid. 5.3.4). Les débats parlementaires laissent d'ailleurs transparaître sans équivoque que le législateur a souhaité que la réglementation des accords verticaux soit similaire à celle de l'Union européenne et s'avère aussi stricte qu'elle, sans l'être davantage (cf. BO 2003 CE 329 ss; voir BO 2002 CN 1435 ss), afin de ne pas conduire à une insécurité juridique (cf. BO 2003 CE 330). Le parallélisme des deux réglementations fait qu'il est possible de se référer à ce que l'Union européenne a exclu ou permis dans sa directive sur les accords verticaux (BO

2003 CE 330), sous réserve d'éventuels changements fondamentaux en droit européen de la concurrence et des différences pouvant exister entre les marchés suisse et européen, qui ne sont pas économiquement comparables (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.2.3 et les références citées). Les règles de l'Union européenne ne doivent le cas échéant pas être considérées comme de simples éléments de comparaison et d'interprétation parmi d'autres. Sur le fond, le législateur fédéral désirait une véritable identité de régimes entre le droit suisse et les règles européennes sur les accords verticaux, même s'il n'a pas inséré de renvoi dynamique à ces règles dans la loi ni légiféré de manière techniquement identique (ATF 143 II 297 consid. 6.2.3; arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.4, non publié in ATF 148 II 25 ; cf. aussi BO 2003 CE 331).

E. 5.1

En l'occurrence, dans sa décision de première instance du 27 mai 2013, la COMCO a tout d'abord retenu que la LCart s'appliquait pleinement aux relations commerciales que la recourante avait pu entretenir entre 2005 et 2011 avec différents éditeurs et diffuseurs de livres étrangers ou suisses, dès lors que ces relations commerciales avaient impliqué la conclusion d'accords restreignant la concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart . Elle a ensuite estimé que, durant la période susmentionnée, la recourante avait même pris part, dans le cadre de son activité de distribution de livres "en gros", à des accords verticaux instituant des systèmes de diffusion-distribution ayant pour objectif et effet de supprimer toute concurrence efficace sur le marché de la distribution "wholesale" du livre en français. D'après la COMCO, le système mis en place par la recourante avait en effet cloisonné la distribution des livres produits et/ou diffusés par ses différents partenaires éditeurs ou diffuseurs, en empêchant toute importation parallèle desdits produits par les revendeurs de livres helvétiques. La COMCO a dès lors estimé que les relations contractuelles que la recourante entretenait avec lesdits partenaires tombaient sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l' art. 5 al. 4 LCart . Il n'existait par ailleurs aucune concurrence restante sur les plans "intermarques" et "intramarque" susceptible de renverser cette présomption de suppression de la concurrence efficace. Quand bien même l'on admettrait le contraire, il faudrait de toute manière considérer que les systèmes de distribution mis en place par la recourante ont eu pour effet de restreindre notablement la concurrence en Suisse, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne le justifie au sens de l' art. 5 al. 1 et 2 LCart .

La COMCO a dès lors infligé à la recourante une sanction de 760'000 fr. pour participation à des accords illicites, en application combinée des art. 5, al. 1 et 4, et 49a al. 1 LCart. Elle lui a en outre interdit de continuer à empêcher toute importation parallèle de livres en français par des détaillants actifs en Suisse par l'entremise de contrats de distribution et/ou de diffusion exclusives.

E. 5.2

Par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral s'est très largement rallié à la décision de la COMCO. Il a en l'occurrence retenu qu'entre 2005 et 2011, la recourante avait été liée par au moins 103 contrats écrits conclus avec différents éditeurs et diffuseurs de livres. Ces contrats, par lesquels ces derniers avaient confié la diffusion et/ou la distribution de leurs ouvrages en Suisse à la recourante, constituaient tous des accords en matière de concurrence, indépendamment du fait qu'ils aient contenu ou non une clause d'exclusivité expresse en faveur de la recourante. Le fait était qu'ils avaient affecté les

canaux d'approvisionnement des produits concernés dans le pays et qu'ils ne pouvaient pas être qualifiés de simples contrats d'agence sous l'angle du droit de la concurrence. Le Tribunal administratif fédéral a ensuite estimé que le système de diffusion-distribution mis en place par au moins 94 de ces 103 contrats avait en plus eu pour but et effet d'empêcher d'éventuels autres fournisseurs agréés à l'étranger de distribuer les mêmes ouvrages que la recourante en Suisse. Il fallait donc présumer, selon lui, conformément à l' art. 5 al. 4 LCart , que la concurrence efficace avait été supprimée dans le pays s'agissant de la distribution wholesale des ouvrages vendus par la recourante. Subsidiairement, le Tribunal administratif fédéral a estimé, à l'instar de la COMCO, que, même si l'on considérait que le système mis en place par l'intéressée ne supprimait pas toute concurrence efficace, il lui portait une atteinte à tout le moins notable, non justifiée par un motif d'efficacité économique, de sorte que ledit système s'avérait en tous les cas illicite au sens de l' art. 5 al. 1 LCart .

Sur cette base, le Tribunal administratif fédéral a confirmé qu'il y avait lieu de condamner la recourante à payer une sanction de 760'000 fr. en application de l' art. 49a LCart , exactement comme l'avait fait la COMCO, et de lui interdire par ailleurs d'entraver à l'avenir les importations parallèles que voudraient opérer les revendeurs de livres installés en Suisse.

E. 5.3

Dans ses écritures, la recourante conteste le raisonnement qui précède et affirme, en particulier, n'avoir jamais été partie à un quelconque accord en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart et,

a fortiori , à un éventuel accord s'avérant être illicite à l'aune de l' art. 5 al. 1 et 4 LCart . Elle remet ce faisant en cause plusieurs étapes du raisonnement tenu par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt attaqué, dont il convient de vérifier la conformité au droit fédéral.

III. Applicabilité de la LCart au sens de l' art. 2 LCart en combinaison avec l' art. 4 al. 1 LCart

E. 6

La première question à examiner est celle de savoir si, en obtenant contractuellement le droit de diffuser et de distribuer 103 éditeurs et diffuseurs de livres en français sur le territoire suisse 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. Il s'agit en effet d'une condition de base indispensable à l'application de cette loi, ainsi que, partant, à la reconnaissance d'un accord illicite justifiant le prononcé d'une sanction financière pour une application combinée des art. 5, al. 1 et 4, et 49a al. 1 LCart (cf. supra consid. 4). La recourante conteste en l'occurrence qu'une telle condition soit remplie.

E. 6.1

Comme on l'a dit, la LCart s'applique, entre autres situations, aux entreprises qui sont parties à des cartels ou, de manière générale, à d'autres types d'"accords en matière de concurrence" (art. 2 al. 1 LCart ; cf. supra consid. 4.1). Or, 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 (arrêts 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6.2, destiné à la publication; 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2, non publié in ATF 148 II 25).

E. 6.2

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; 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. arrêts 2C_33/2020 rendu ce jour consid. 7.2 et 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6.2.6, destiné à la publication; Communication de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux [ci-après: CommVert], FF 2010 4625, ch. 1). Pour tomber dans le champ d'application du droit suisse, de tels accords verticaux ou horizontaux doivent évidemment déployer des effets en Suisse (cf. art. 2 al. 2 LCart). Le Tribunal fédéral a cependant précisé qu'il suffisait qu'un accord ait le potentiel de déployer des effets anticoncurrentiels sur le marché suisse pour que la LCart s'applique et pour justifier, le cas échéant, une enquête des autorités helvétiques. Cette interprétation large du champ d'application de la LCart ne préjuge cependant pas le point de savoir si l'accord concerné est illicite au sens du droit suisse et, plus particulièrement, de l' art. 5 LCart . Cette question relève de l'examen matériel de conformité au droit de l'accord tombant sous le coup de l' art. 4 al. 1 LCart , examen auquel il convient de procéder dans un second temps (ATF 144 II 194 consid. 3; 143 II 297 consid. 3.2.3 et 3.4).

E. 6.3

En l'occurrence, comme on le verra plus en détail (cf. infra consid. 8.1), le Tribunal administratif fédéral a constaté dans l'arrêt attaqué que, durant la période sous enquête de la COMCO, soit entre 2005 et 2011, la recourante avait entretenu des relations commerciales avec au moins 103 éditeurs et diffuseurs de livres qui l'avaient chargée, par le biais d'autant de contrats écrits, de diffuser et/ou de distribuer leurs ouvrages en Suisse. Or, d'après l'arrêt attaqué, dont les faits lient la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), la grande majorité de ces contrats contenaient non seulement une clause d'exclusivité expresse en faveur de l'intéressée, mais prévoyaient aussi explicitement que les éditeurs et diffuseurs devaient [faire] respecter [de leur mieux] la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires . On peut assurément comprendre de telles conventions que les partenaires de la recourante ont renoncé à opérer eux-mêmes des ventes sur le territoire suisse et, partant, à concurrencer cette dernière dans le pays. Il est également possible d'en déduire qu'ils se sont engagés à faire en sorte que certaines entreprises qu'ils livreraient ne revendent pas leurs ouvrages à la clientèle réservée à la recourante. Cela suffit pour admettre que les conventions en question ont affecté - ou simplement visé à affecter - les conditions auxquelles les entreprises parties ont pu acheter, vendre ou revendre certains biens ou services. On ne peut dès lors pas reprocher aux autorités précédentes d'avoir considéré que la recourante avait participé à des accords en matière de concurrence relevant de la LCart

durant la période sous enquête.

E. 6.4

La recourante se méprend sur la portée de l' art. 2 al. 1 LCart lorsqu'elle affirme n'avoir jamais participé à aucun accord en matière de concurrence dans le cadre de son activité, en prétendant que seuls ses partenaires commerciaux auraient été à même de convenir et de mettre en oeuvre d'éventuelles interdictions d'exportation vers la Suisse avec leurs entreprises de distribution à l'étranger. Il est parfaitement possible de considérer que la recourante a participé à des accords en matière de concurrence au sens de l' art. 4 al. 1 LCart , sans même qu'il soit nécessaire de savoir - à ce stade - si elle est en plus responsable d'un cloisonnement absolu du marché suisse. Cette dernière question n'a d'importance qu'au moment d'examiner l'illicéité et la punissabilité des accords en matière de concurrence concernés, examen auquel il sera procédé ci-après.

E. 6.5

Il s'ensuit que la recourante a bel et bien été partie, durant la période soumise à l'enquête, à des accords en matière de concurrence tombant dans le champ d'application de la LCart. Il ne peut être reproché au Tribunal administratif fédéral d'avoir violé le droit fédéral sur ce point. Reste à savoir si les accords en question - ou du moins une partie d'entre eux - sont visés par l' art. 5 al. 4 LCart et s'ils s'avèrent à ce titre illicites et sanctionnables en application des art. 5 al. 1 et 49a al. 1 LCart, ce que soutiennent les autorités précédentes, mais que conteste la recourante.

IV. Portée de l' art. 5 al. 4 LCart

E. 7

La recourante réfute en l'occurrence avoir participé à des accords verticaux illicites remplissant les conditions de l' art. 5 al. 4 LCart dans le cadre de son activité de diffusion-distribution de livres en Suisse et, partant, avoir institué un système de distribution dont il conviendrait de présumer, de manière réfragable, qu'il supprime toute concurrence efficace sur ce marché. Elle soulève ce faisant plusieurs griefs qui ne peuvent être traités qu'après un bref rappel de la portée de l' art. 5 al. 4 LCart .

E. 7.1

L' art. 5 al. 4 LCart prévoit, notamment, que les "contrats de distribution attribuant des territoires" sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace sur le marché qu'ils concernent "lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues". Cette présomption implique la réalisation de trois conditions: (1) l'existence d'un accord vertical de distribution, (2) l'attribution d'un territoire et (3) la mise en place d'une protection territoriale absolue (cf. ATF 148 II 25 consid. 8; 143 II 297 consid. 6.2).

E. 7.2

Il n'y a d'

accord vertical de distribution au sens de l' art. 5 al. 4 LCart que lorsque des entreprises occupant des échelons du marché différents s'entendent sur des modalités de distribution de biens, services ou produits dans le cadre d'un contrat de distribution. Selon la jurisprudence, la notion de "contrats de distribution" doit être comprise largement. Elle englobe évidemment les contrats de distribution proprement dits, par lesquels un producteur ou un prestataire de services organise son réseau de distribution et convient avec son distributeur

que ses produits seront écoulés selon des modalités qu'ils spécifient (contrat de distribution exclusive, système de distribution sélective, contrat d'achat exclusif, contrat de fourniture exclusive, etc.). Elle couvre cependant aussi les clauses de distribution spécifiques insérées dans d'autres contrats, comme des contrats de franchise ou de licence (ATF 148 II 25 consid. 8.1; 143 II 297 consid. 6.3.1).

E. 7.3

Un accord vertical de distribution procède à une

attribution de territoire lorsqu'il contient une clause d'attribution de marché se référant à une surface délimitée ou délimitable (p. ex. la Suisse qui constitue un marché potentiellement clos, ce qui a justifié l'introduction de l' art. 5 al. 4 LCart ; ATF 143 II 297 consid. 6.3.2). Il convient de souligner à cet égard que le texte clair de l' art. 5 al. 4 LCart ne se réfère qu'aux répartitions de marchés sur la base de "territoires". La présomption de suppression de la concurrence efficace prévue par cette disposition ne vaut dès lors pas pour les accords de distribution qui segmenteraient le marché en fonction d'une "clientèle" (cf. aussi BO 2003 CE 330). Un accord d'exclusivité de clientèle par lequel un fournisseur s'engagerait à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une clientèle déterminée (p. ex. à des clients exerçant une profession déterminée ou figurant sur une liste préétablie sur la base d'un critère donné; cf. Communication de la Commission européenne du 10 mai 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130/1 du 19 mai 2010, no 168) ne relève en principe pas de l' art. 5 al. 4 LCart , à moins bien sûr que la clientèle en question soit définie sur la base d'un critère géographique uniquement (ATF 148 II 25 consid. 8.2; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, no 594 ad art. 5 LCart).

E. 7.4

D'après l' art. 5 al. 4 LCart , un accord vertical de distribution attribuant un territoire n'est enfin présumé supprimer la concurrence efficace que s'il est exclu que d'autres fournisseurs agréés procèdent à des ventes sur ce territoire. Se fondant sur une interprétation historique et téléologique de la loi, le Tribunal fédéral considère que seuls les cas de

protection territoriale "absolue" sont en réalité visés par l' art. 5 al. 4 LCart et concernés par la présomption de suppression de la concurrence instituée par cette norme. Il existe une telle protection lorsque les partenaires de distribution externes au territoire attribué se voient empêchés de procéder à des ventes non seulement "actives", mais également "passives" vers le territoire attribué (ATF 148 II 25 consid. 8.3; 143 II 297 consid. 6.3.4). Par "vente active", il faut comprendre le fait pour un distributeur de chercher à obtenir des clients ou une clientèle installés sur le territoire d'un autre distributeur par le biais de moyens ciblés. Quant à la "vente passive", elle consiste uniquement à répondre à des commandes spontanées effectuées par des clients provenant de ce territoire. La distinction entre ces deux types de vente est essentielle, car tant et aussi longtemps qu'il reste permis d'opérer des ventes passives à destination d'un territoire attribué à titre exclusif à un distributeur, il faut considérer que celui-ci ne bénéficie d'aucune protection territoriale absolue au sens de l' art. 5 al. 4 LCart , quand bien même aucun autre distributeur ne peut procéder à des ventes actives sur ce même territoire; on se trouve dans un tel cas face à une protection territoriale uniquement "relative", laquelle n'est pas visée par la disposition précitée et n'est, partant, pas présumée supprimer toute concurrence efficace (cf. ATF 148 II 25 consid. 8.3; 143 II 297 consid. 6.3.5).

E. 7.5

L' art. 5 al. 4 LCart précise que l'exclusion des ventes actives et passives justifiant la présomption de suppression de la concurrence doit concerner "

d'autres fournisseurs agréés ". La version française de la disposition diverge sur ce point quelque peu de celles allemande et italienne qui évoquent, pour leur part, une interdiction de vente par des "

gebietsfremde Vertriebspartner " ou des "

distributori esterni" . 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 - et non dans sa seule production - se voient interdire de procéder à tout type de vente 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 . Il en va de même de l'accord 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 [état le 9 avril 2018; ci-après: Note explicative CommVert], ch. 9, 1er point; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., nos 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 où 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. 7.6

Ce n'est que si un accord vertical remplit chacune des conditions précitées qu'il faut présumer qu'il supprime la concurrence efficace sur le marché qu'il concerne. Cette présomption ne s'applique donc pas à tous les contrats de distribution exclusive, lesquels doivent pouvoir continuer de prévoir une certaine protection territoriale. Celle-ci reste en principe licite tant qu'elle n'a pas de caractère absolu, c'est-à-dire aussi longtemps que des ventes passives provenant d'un autre territoire restent autorisées (BO 2003 CE 329 et 331; aussi AMSTUTZ/ REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine Kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch [édit.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, 2004, p. 102). La question de savoir si des ventes passives restent autorisées et, dès lors, possibles sur le marché concerné ne doit cependant pas s'examiner de manière totalement abstraite et théorique; la faculté d'opérer des importations parallèles doit représenter une alternative crédible d'approvisionnement à des conditions acceptables pour les acheteurs suisses, au risque sinon de permettre un contournement facile de l' art. 5 al. 4 LCart et, partant, de vider la présomption de suppression de la concurrence posée par cette disposition d'une grande partie de sa portée (cf. ATF 148 II 25 consid. 9.3.3).

V. Existence d'accords verticaux d'attribution de territoires au sens de l' art. 5 al. 4 LCart

E. 8

La recourante soutient n'avoir participé à aucun accord vertical remplissant les conditions de l' art. 5 al. 4 LCart telles qu'exposées ci-dessus.

E. 8.1

En l'espèce, il ressort de l'arrêt attaqué qu'entre 2005 et 2011, la recourante a entretenu des relations commerciales avec au moins 103 entreprises éditrices et/ou diffuseuses de livres, après avoir conclu avec chacune d'elles un contrat écrit de diffusion-distribution ou de distribution pure.

Cela étant, le Tribunal administratif fédéral a établi que, parmi ces 103 partenaires commerciaux, 56 avaient conclu un contrat contenant une clause, dite de type A ou de type F, par laquelle ils confiaient à la recourante la "

diffusion exclusive ", respectivement la "

distribution exclusive " de leurs ouvrages auprès des détaillants suisses. Parmi ces 56 éditeurs et diffuseurs, 50 avaient par ailleurs souscrit une clause supplémentaire, qualifiée de type J, selon laquelle ils s'engageaient à "

f[aire] respecter [de leur mieux] la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires ", tandis que 2 autres avaient signé une clause spéciale de type K par laquelle ils "

s'engage[aient] à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable [de la recourante] ".

Il ressort ensuite de l'arrêt attaqué que 25 autres contrats sur les 103 conclus par la recourante prévoyaient des clauses générales d'exclusivité, sans toutefois comporter de clause supplémentaire spéciale de type J ou K. En l'occurrence, ces accords contenaient tous une formule générale assez similaire: l'éditeur ou le diffuseur partenaire déclarait tantôt confier à la recourante "

les opérations de diffusion en Suisse [...], sur une base exclusive, pour tous les ouvrages de son catalogue, ainsi que ceux de ses éditeurs diffusés " (10 clauses de type B), tantôt octroyer à l'intéressée "

à titre exclusif la commercialisation, conformément aux usages de la profession, de tous les ouvrages publiés ou à publier par lui " (2 clauses de type C), tantôt lui déléguer "

la diffusion et la distribution de son fonds, à titre exclusif, pour la Suisse " (8 clauses de type D). D'autres fois, il lui arrivait également de confier à la recourante "

la diffusion et la distribution exclusives de ses publications sur l'ensemble du territoire suisse ", respectivement "

l'exclusivité sur le territoire suisse, de la diffusion, c'est-à-dire la prospection et la prise de commandes, de tous les ouvrages parus ou à paraître " (2 clauses de type E ou I), ou encore "

l'exclusivité de la diffusion et de la distribution des livres de ses catalogues [...] réalisés sous sa marque, pour tous canaux de vente en Suisse " (2 clauses de type H). Un seul contrat

parmi ces 25 conventions de diffusion-distribution exclusive présentait une clause légèrement plus précise, dite de type G, dont la teneur complète était la suivante:

" [La recourante] assurera la distribution des ouvrages de [l'éditeur] pour la Suisse seulement.

[L'éditeur] garantit à [la recourante] l'exclusivité de la distribution pour la zone en question. Cette exclusivité ne s'applique pas aux titres qui sont coédités ou seraient dans le futur coédités par [...] avec un éditeur français, belge ou suisse et dont la distribution serait assurée par ce dernier sur la Suisse."

Enfin, le Tribunal administratif fédéral a établi que les 22 derniers contrats écrits conclus par la recourante ne contenaient, pour leur part, aucune clause d'exclusivité expresse du tout. Une douzaine d'entre eux recelaient tout au plus la clause de type J évoquée ci-avant obligeant les cocontractants à "

f[aire] respecter [de leur mieux] la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires" .

E. 8.2

Dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral a retenu que presque tous les contrats susmentionnés remplissaient en principe les conditions nécessaires pour être visés par la présomption réfragable de suppression de la concurrence posée à l' art. 5 al. 4 LCart . Ces contrats constituaient en effet des accords verticaux, qui octroyaient non seulement un territoire de distribution, mais également une protection territoriale absolue à la recourante. D'après lui, il fallait uniquement réserver 9 contrats passés avec des éditeurs suisses, dont le catalogue de produits n'était

a priori pas distribué à l'étranger et ne pouvait dès lors pas faire l'objet d'importation parallèle. Cela étant, les juges précédents ont considéré que 94 accords conclus par la recourante visaient assurément à accorder une protection territoriale absolue à cette dernière. Selon eux, cette protection ressort de manière explicite des contrats recelant une clause spéciale de type J ou G, lesquelles avaient manifestement pour objectif d'empêcher d'autres distributeurs de livres actifs à l'étranger d'effectuer des ventes passives à destination du marché suisse. L'existence d'une protection territoriale absolue serait par ailleurs corroborée par d'autres indices. Le Tribunal administratif fédéral soutient ainsi que l'exclusion de toute importation parallèle depuis la France garantirait le bon fonctionnement du droit de retour offert par la recourante en lien avec certains ouvrages, étant précisé que l'intéressée n'a prévu aucun dispositif technique particulier lui permettant de s'assurer que les livres qui lui seraient retournés par les librairies ont été acquis auprès d'elle. Le Tribunal administratif fédéral a également pris en compte le fait que l'Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ASDEL) avait abordé la question des importations parallèles lors de diverses séances auxquelles la recourante aurait participé en 2005 et 2007, ce qui laisserait entendre qu'il existait à cette époque une pratique de cloisonnement du marché suisse chez les diffuseurs-distributeurs de livres. L'autorité inférieure a enfin retenu qu'aucune importation parallèle n'avait eu lieu, ni n'avait été possible s'agissant des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante durant la période sous enquête, alors même qu'il aurait existé un intérêt économique pour les librairies helvétiques à se procurer les ouvrages en question à l'étranger. Cette absence d'importation parallèle démontrerait, selon elle, que les éditeurs partenaires de l'intéressée avaient accepté d'octroyer une protection territoriale absolue à celle-ci.

E. 8.3

La recourante conteste le raisonnement du Tribunal administratif fédéral. Elle affirme que les contrats de diffusion et/ou de distribution qu'elle a conclus de manière écrite ne contiennent aucune clause propre à exclure les ventes passives depuis l'étranger au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Elle reproche en particulier à l'autorité inférieure d'avoir interprété de manière incorrecte les clauses spéciales de type J et G pouvant s'y trouver et d'avoir, ce faisant, contrevenu à l'art. 18 CO (RS 220). Elle soutient également que les autres éléments sur lesquels s'est fondé le Tribunal administratif fédéral pour aboutir à la conclusion que ses partenaires lui auraient accordé une protection territoriale absolue sont non seulement impropres à étayer une telle conclusion, mais reposent également sur un établissement arbitraire des faits contraire à l'art. 9 Cst.

E. 8.4

La Cour de céans relève que, dans ses écritures, la recourante ne conteste pas avoir été liée à différents contrats constituant des accords verticaux lui attribuant un territoire de distribution entre 2005 et 2011. Dans cette mesure, il convient d'admettre que les 94 contrats écrits qui ont été considérés comme visés par l'art. 5 al. 4 LCart par le Tribunal administratif fédéral remplissent effectivement - dans leur immense majorité - les deux premières conditions nécessaires à la reconnaissance d'un accord vertical présumé supprimer toute concurrence efficace au sens de cette disposition (à savoir celles d'un accord vertical de distribution et d'une

attribution de territoire ; cf. supra consid. 7.1-7.3). Il n'y a pas lieu de remettre en cause ce point dont rien n'indique qu'il procéderait d'une mauvaise application du droit fédéral. Une réserve s'impose tout au plus à propos du contrat que la recourante a passé avec la société suisse B._____. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que cette entreprise de diffusion de livres - également concernée par la procédure diligentée par la COMCO - a décidé de sous-déléguer à la recourante toutes les tâches de distribution qu'elle avait promis aux différents éditeurs étrangers s'étant adressés à elle pour la diffusion-distribution de leurs ouvrages en Suisse. Le Cour de céans ne discerne pas en quoi B._____ aurait - en procédant à une telle sous-traitance de l'entier de ses tâches de distribution - octroyé un territoire de distribution à la recourante, par opposition à un autre. D'un point de vue causal, ce sont les accords que cette société passe avec ses partenaires éditeurs qui opèrent une attribution de territoire, en confiant à l'intéressée un mandat de diffusion-distribution de livres portant sur la Suisse uniquement (cf. KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., no 530 ad art. 5 LCart). Seuls ces accords conclus en amont de la chaîne de distribution peuvent remplir les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. d'ailleurs l'arrêt 2C_49/2020 rendu ce jour consid. 8.6), et non celui conclu en aval avec la recourante, ce que le Tribunal administratif fédéral a du reste lui-même reconnu dans un autre arrêt rendu à l'encontre de B._____ (cf. arrêt de l'autorité inférieure B-4019/2013 du 30 octobre 2019 consid. 11.2.3.5).

E. 8.5

Reste à déterminer si le Tribunal administratif fédéral a considéré à juste titre que les 93 autres accords remplissaient la troisième condition nécessaire à l'application de l'art. 5 al. 4 LCart, à savoir qu'ils s'accompagnaient d'une

protection territoriale absolue en faveur de la recourante (cf. supra consid. 7.4-7.6), ce que les juges précédents ont déduit, entre autres éléments, des clauses de type J ou G contenues

dans certains contrats. L'intéressée le conteste.

E. 8.5.1

Déterminer si des entreprises sont parties à un accord remplissant les conditions de l' art. 5 al. 4 LCart peut s'opérer de différentes manières. Un tel examen, qui peut se fonder sur un faisceau d'indices, implique cependant en tous les cas d'interpréter le contrat qui lie en principe les parties. A cet égard, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO et d'établir quelle était 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 notamment 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; 144 II 246 consid. 6.4.1). Ces déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants doivent être interprétées conformément aux règles de l' art. 18 CO , qui implique de déterminer en priorité la volonté commune réelle des parties et, si cela n'est pas possible, d'interpréter leurs manifestations de volonté conformément au principe de la confiance, sans s'arrêter aux termes retenus dans la convention. Il faut en tous les cas que l'on puisse discerner 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; 124 III 495 consid. 2a). Cela étant, il est également important 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 cela ressort clairement de l' art. 4 al. 1 LCart (ATF 147 II 72 consid. 3.3).

E. 8.5.2

Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties à un contrat, ce qui constitue une question de fait que le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire, il doit rechercher leur volonté objective. Il lui appartient alors de déterminer le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3 et les références citées). Cette détermination de la volonté objective des parties selon le principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral examine librement; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs. Or, l'établissement de ces circonstances relève de la constatation des faits, ce que le Tribunal fédéral ne contrôle que sous l'angle de l'arbitraire (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

E. 8.5.3

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle tire des conclusions

insoutenables (ATF 143 IV 500 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références citées). Cela étant, les exigences liées à la preuve ne doivent pas être exagérées en droit de la concurrence, du moins lorsque les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 consid. 8.3.2). Il convient notamment de garder à l'esprit que 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).

E. 8.5.4

Comme déjà dit, le Tribunal administratif fédéral a considéré que l'existence d'une protection territoriale absolue pouvait être déduite, en premier lieu, du texte de certains contrats contenant une clause de type G ou J. Pour mémoire, de nombreux partenaires commerciaux de la recourante ont effectivement confié à celle-ci la diffusion et/ou la distribution "exclusive" en Suisse de leurs ouvrages, en s'engageant, par le biais d'une clause de type G, à lui "

garanti[r] [...] l'exclusivité de la distribution " pour la Suisse, sauf exceptions dûment énumérées, ou, par le biais d'une clause contractuelle de type J, à "

faire respecter [de leur mieux] la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires ". La Cour de céans ne voit toutefois pas en quoi ces clauses imposeraient aux éditeurs concernés de faire en sorte qu'aucun distributeur de livres étranger ne vende - tant de manière active que passive - leurs ouvrages à des revendeurs de livres installés en Suisse. Cette conclusion vaut indépendamment de l'interprétation contractuelle suivie, étant précisé qu'il est impossible de déceler à la lecture de l'arrêt attaqué si le Tribunal administratif fédéral a procédé à une interprétation subjective ou objective des conventions susmentionnées pour aboutir à la conclusion inverse.

En effet, les déclarations des parties ne permettent en aucun cas de retenir que celles-ci se seraient mises d'accord de manière consciente et volontaire ou, simplement, de bonne foi sur le fait que les éditeurs devaient veiller à ce qu'aucun de leurs partenaires de distribution à l'étranger - et en particulier qu'aucune de leurs sociétés de distribution françaises ou belges - ne vende leurs produits en Suisse. Tout d'abord, un engagement de ce type ne peut pas être déduit de la clause G, par lequel l'éditeur concerné se limite à "

garantir " - soit à assurer - à la recourante l'exclusivité de la distribution de ses produits en Suisse; cela reviendrait à rendre illicite pratiquement tout contrat de distribution exclusif pour la Suisse, ce que le législateur n'a pas voulu (cf. supra consid. 7.6). Ensuite, l'octroi d'une protection territoriale absolue ne peut pas non plus être tiré de l'obligation des éditeurs de faire respecter l'exclusivité de la recourante auprès de "

tous les grossistes ou autres dépositaires ", comme l'a déjà relevé la Cour de céans dans un arrêt récent rendu à propos d'une clause parfaitement identique (cf. arrêt 2C_37/2020 du 14 juin 2022 consid. 8.4.6 et suivant). Il est acquis que les notions de "grossistes" et de "dépositaires" ne couvrent pas celles de "diffuseur" et de "distributeur" de livres, étant précisé que la position et la fonction de ces acteurs dans la chaîne de distribution du livre diffèrent sensiblement les uns des autres, comme cela ressort d'ailleurs clairement de l'arrêt attaqué. Celui-ci prend la peine de les distinguer systématiquement dans sa motivation, allant notamment jusqu'à reproduire les propos d'un libraire déclarant que les grossistes ne seraient pas une source d'approvisionnement privilégiée des librairies, contrairement aux sociétés de distribution (cf. arrêt attaqué, p. ex. consid. 11.6.2; 11.7.1.3; 13.3.1). On ne voit

dès lors pas que les éditeurs partenaires de la recourante ayant signé une clause de type J soient obligés d'interdire à leurs sociétés de distribution à l'étranger de vendre leurs ouvrages à destination du marché suisse, dès lors que cette clause ne vise pas, selon sa lettre, ces acteurs du marché du livre en français. Notons que le texte contractuel se distingue des nombreuses autres clauses spéciales sur lesquelles le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se fonder pour admettre l'existence d'une protection territoriale absolue en faveur du diffuseur-distributeur suisse. Dans ces affaires, les éditeurs avaient souscrit des clauses nettement plus restrictives qui les engageaient tantôt à "

mettre tout en oeuvre pour que l'exclusivité [du distributeur] soit respectée" , tantôt à "

ne pas vendre ou laisser vendre [leurs] ouvrages sur le territoire [suisse] pendant la durée du présent contrat", tantôt à "

faire [leurs] meilleurs efforts pour éviter le contournement d'un tel droit d'exclusivité à partir de pays limitrophes ou non " (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 10.4.2, non publié in ATF 148 II 25 ; 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 7.6.5, destiné à la publication; 2C_49/2020 rendu ce jour consid. 8.6.2).

E. 8.5.5

Les considérations qui précèdent valent évidemment pour les autres contrats de diffusion-distribution que la recourante a pu conclure et qui ne contiennent aucune clause de type G ou J, voire aucune clause expresse d'exclusivité (cf. supra consid. 8.1). On comprend à la lecture de ces contrats que les éditeurs concernés se sont uniquement engagés à ne pas vendre eux-mêmes leurs ouvrages à d'éventuels revendeurs de livres helvétiques, même en cas de demandes spontanées de ces derniers, étant rappelé qu'il s'agit là d'un engagement qui ne tombe pas en tant que tel sous le coup de l' art. 5 al. 4 LCart (cf. supra consid. 7.5; arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 9.1, destiné à la publication; aussi supra consid. 7.4).

E. 8.5.6

Relevons, enfin, qu'aucune protection territoriale absolue en faveur de la recourante ne peut être déduite non plus des quelques contrats de diffusion et/ou de distribution exclusives que celle-ci a conclus avec certains diffuseurs-distributeurs de livres étrangers. En acceptant de souscrire une clause d'exclusivité formulée de manière générale et imprécise, ces entreprises ont peut-être exclu toute vente passive par un "autre fournisseur agréé" au moins, c'est-à-dire par elles-mêmes (cf. notamment ATF 148 II 321 consid. 9.4 et suivants). Il n'est toutefois pas possible de retenir, sur la base des faits constatés par l'autorité précédente, que les contrats en question auraient offert de cette manière une protection territoriale absolue à la recourante - la préservant de toute concurrence provenant de fournisseurs ou distributeurs étrangers - en lien avec les ouvrages qu'elle était censée distribuer. Rien n'indique en effet dans l'arrêt attaqué que les sociétés de diffusion et/ou de distribution partenaires de la recourante auraient constitué les seules entreprises étrangères - ou fournisseurs agréés - susceptibles de répondre à des demandes d'importations parallèles provenant de revendeurs suisses et portant sur les livres distribués par l'intéressée.

E. 8.5.7

L'arrêt attaqué ne fait pour le reste état d'aucune circonstance ou indice, externe aux contrats susmentionnés, permettant de considérer que la recourante et ses partenaires auraient voulu cloisonner le marché suisse. Le Tribunal administratif fédéral voit certes un indice de

l'existence d'une protection territoriale absolue dans le droit de retour que la recourante pouvait proposer pour certains ouvrages qu'elle diffusait, de même que dans le contenu de certaines discussions menées au sein de l'ASDEL. Il faut reconnaître qu'un cloisonnement du marché suisse aurait facilité la gestion du droit de retour proposé par la recourante, en lui garantissant de ne récupérer que des ouvrages qu'elle-même avait livrés. De même a-t-il été constaté que la problématique des importations parallèles avait été évoquée entre les diffuseurs-distributeurs lors d'au moins deux assemblées de l'ASDEL tenues en 2005 et en 2007. Il n'en reste pas moins que ces éléments ne suffisent pas à établir à eux seuls que la recourante a participé à des accords conduisant à l'interdiction de ventes passives, ce que le Tribunal administratif fédéral a d'ailleurs lui-même admis (cf. arrêt attaqué, consid. 11.3.7). En effet, comme le Tribunal fédéral l'a déjà relevé dans un arrêt précédent, un cloisonnement du marché suisse n'est pas indispensable à la mise en place d'un droit au retour (cf. arrêt 2C_37/2020 du 14 juin 2022 consid. 8.4.8). Il ne ressort enfin pas de l'arrêt attaqué qu'un représentant de la recourante aurait déclaré lors d'une séance de l'ASDEL vouloir empêcher toute importation parallèle de livres. L'arrêt attaqué fait au contraire état d'une absence d'accord sur la question des importations parallèles au sein de l'association (cf. arrêt attaqué, consid. 11.3.6.2 et suivant).

E. 8.5.8

Quant au constat du Tribunal administratif fédéral selon lequel aucune importation parallèle des ouvrages diffusés et distribués par la recourante n'aurait été possible durant la période sous enquête, force est de constater qu'il a été établi de manière insoutenable, comme l'invoque la recourante. Ce constat, qui a été déterminant pour admettre l'existence d'une protection territoriale absolue, se voit tout d'abord contredit par les déclarations claires d'une librairie ayant affirmé en cours d'enquête s'approvisionner régulièrement auprès de la société C. _____, soit auprès d'un diffuseur français ayant conclu un contrat de distribution pure avec la recourante (cf. art. 105 al. 2 LTF ; actes nos 251 et 530). Il repose ensuite sur des déclarations de libraires suisses ayant uniquement affirmé, de manière très générale, qu'aucun acteur du marché français du livre n'acceptait en principe de leur ouvrir un compte d'achat et que la pratique consistait en règle générale à les renvoyer vers les diffuseurs-distributeurs officiels de livres pour la Suisse. Or, la Cour de céans ne voit pas en quoi des allégations aussi vagues et indéterminées sur le fonctionnement du marché du livre démontreraient qu'il était impossible d'importer de manière parallèle les ouvrages distribués par la recourante, ce d'autant moins lorsqu'il est avéré que de telles importations ont en réalité eu lieu en pratique, comme on vient de le dire. La probabilité est en fait très grande que les librairies interrogées se soient plaintes de l'impossibilité d'obtenir à l'étranger des ouvrages appartenant à un autre catalogue de produits que celui de l'intéressée, étant précisé que la part de marché de cette dernière est relativement petite et que le Tribunal fédéral a reconnu l'existence de pratiques de cloisonnement du marché suisse de la part de certains grands groupes commerciaux actifs non seulement dans le domaine de l'édition, mais également dans celui de la diffusion-distribution de livres (cf. ATF 148 II 25 ; ATF 148 II 321 ; arrêts 2C_39/2020 du 3 août 2022, destiné à la publication; 2C_33/2020 rendu ce jour). Le Tribunal administratif fédéral a ainsi versé dans l'arbitraire en retenant qu'il n'y avait aucune possibilité pour les revendeurs suisses de se procurer à l'étranger les ouvrages diffusés par la recourante, ce sur la base de témoignages de librairies dont rien n'indique qu'ils concernaient la situation particulière de cette dernière. On relèvera en passant qu'il est possible que certains grands groupes de distribution français, en charge de la distribution des éditeurs partenaires de la recourante à l'étranger, aient décidé d'une stratégie

commerciale consistant à interdire à leurs filiales françaises ou belges de répondre à toute commande provenant de Suisse, afin de contraindre les revendeurs de livres suisses à s'adresser à leurs filiales suisses (cf. supra consid. 6.1 et arrêt 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6, destiné à la publication). Une telle exclusion des ventes passives ne pourrait être imputée à la recourante sous l'angle du droit de la concurrence, dans la mesure où elle découlerait d'une politique commerciale unilatérale d'un autre acteur du marché.

E. 8.6

En somme, rien dans l'arrêt attaqué ne permet de retenir, sur la base d'indices ciblés, qu'entre 2005 et 2011, la recourante aurait été partie à des accords verticaux dans lesquels elle se serait mise d'accord avec des éditeurs ou des diffuseurs de livres sur le fait qu'aucun autre distributeur étranger ne devrait être autorisé à vendre les mêmes ouvrages qu'elle à destination du marché suisse. A défaut de pouvoir admettre l'existence d'une protection territoriale absolue, il ne peut pas être reproché à l'intéressée d'avoir participé à des accords visés par l'art. 5 al. 4 LCart. Relevons qu'un tel constat conduit à l'illégalité de la sanction financière prononcée par les autorités précédentes (cf. supra consid. 4.3), comme on le verra plus loin (cf. infra consid. 10).

VI. Existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart

E. 9

Il s'agit encore de déterminer si les accords de distribution au centre du présent litige doivent être qualifiés d'illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, comme l'a reconnu le Tribunal administratif fédéral, quand bien même ils ne sont pas visés par l'art. 5 al. 4 LCart. La recourante le conteste. Rappelons qu'en cas de réponse positive à cette question, il conviendrait

a priori de confirmer l'ordre d'interdiction d'entrave à la concurrence prononcée à l'encontre de l'intéressée (cf. supra consid. 4.3).

E. 9.1

En vertu de l'art. 5 al. 1 LCart, sont illicites, d'une part, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart et, d'autre part, les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace. Dans ce second cas, la justification des accords par des motifs d'efficacité économique est exclue (cf. ATF 143 II 297 consid. 4.1; 129 II 18 consid. 3).

E. 9.2

La jurisprudence a précisé la portée à donner à la notion d'"accords qui affectent de manière notable la concurrence" figurant à l'art. 5 al. 1 LCart. De manière générale, le caractère notable d'une atteinte à la concurrence peut être établi à l'aide de critères tant quantitatifs que qualitatifs, étant précisé que le seuil de gravité justifiant un constat d'illicéité doit rester globalement le même, quelle que soit l'approche adoptée (ATF 143 II 297 consid. 5.2.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 7.3.1). Cela étant, les accords visés par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, auxquels le législateur a décidé d'appliquer une présomption de suppression de la concurrence efficace en raison de leurs effets potentiellement graves, ne constituent en principe pas des cas bagatelles, de sorte qu'ils sont par nature réputés affecter de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Autrement dit, une appréciation qualitative de ces accords sous le prisme de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart suffit en

règle générale à remplir la condition de l'atteinte notable à la concurrence au sens de l' art. 5 al. 1 LCart , sans qu'il faille au surplus en examiner les effets réels sur un plan quantitatif, ce qui n'est pas le cas des autres accords visés par cette disposition (cf. ATF 144 II 194 consid. 4.3.1-4.3.2; 143 II 297 consid. 5.2.5 et 5.4). Il est de ce fait possible de les qualifier d'emblée d'illicites, s'ils ne se justifient pas par des motifs d'efficacité économique (cf. art. 5 al. 1 et 2 LCart). Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de se demander si ces accords, qui touchent le noyau dur de la concurrence (cf. supra consid. 4.3), remplissent le second cas de figure visé par cette disposition (cf. supra consid. 9.1), à savoir s'ils conduisent à une suppression de la concurrence efficace. Rappelons qu'admettre une suppression de la concurrence supposerait notamment d'examiner si la présomption posée à l' art. 5 al. 3 et 4 LCart peut être considérée comme levée ou non (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.2.1-5.2.5, 5.3.2, 5.6).

E. 9.3

En l'occurrence, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'au moins 94 des 103 contrats écrits de diffusion et/ou de distribution auxquels la recourante était partie entre 2005 et 2011 étaient forcément illicites au sens de l' art. 5 al. 1 LCart , dès lors qu'ils remplissaient non seulement les conditions de l' art. 5 al. 4 LCart , mais qu'en plus, la présomption de suppression de la concurrence posée par cette disposition ne pouvait pas être renversée. Il a en outre ajouté que de tels accords, qui représentaient forcément des atteintes notables à la concurrence en tant qu'ils étaient visés par l' art. 5 al. 4 LCart , ne se justifiaient par aucun motif d'efficacité économique, de sorte qu'ils étaient, sous cet angle également, illicites, même si l'on devait considérer que la présomption de suppression de la concurrence était renversée.

Un tel raisonnement ne peut toutefois être suivi, car il se fonde sur une prémisse erronée. En effet, comme on vient de le voir, il ne peut pas être reproché à la recourante d'avoir participé à des accords verticaux attribuant un territoire de distribution et cloisonnant le marché suisse de manière absolue au sens de l' art. 5 al. 4 LCart , contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal administratif fédéral (cf. supra consid. 8.6). Un constat d'illicéité à l'aune de l' art. 5 al. 1 LCart - découlant de la reconnaissance d'une atteinte notable à la concurrence tirée de l' art. 5 al. 4 LCart - tombe ainsi à faux.

E. 9.4

On précisera que l'absence d'éléments de fait permettant de conclure que la recourante aurait été liée à des contrats visés par l' art. 5 al. 4 LCart entre 2005 et 2011 ne signifie pas nécessairement que l'intéressée n'a participé à aucun accord illicite au sens de l' art. 5 al. 1 LCart durant cette période. On pourrait imaginer qu'il faille considérer, sur la base d'une approche quantitative, que les contrats de diffusion et/ou de distribution exclusives auxquels la recourante a été partie avec certains éditeurs ou diffuseurs de livres durant la période sous enquête ont malgré tout porté une atteinte notable à la concurrence au sens de l' art. 5 al. 1 LCart . En cohérence avec la motivation de son arrêt, le Tribunal administratif fédéral n'a pas traité cette question. Y répondre aurait en l'occurrence impliqué d'opérer une analyse de l'impact concret des accords concernés sur le marché suisse (cf. supra consid. 9.2). Il n'appartient pas à la Cour de céans de procéder en première instance à un tel examen, qui dépend non seulement de l'établissement de faits ne ressortant pas de l'arrêt attaqué, mais qui relève également du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes en matière de droit des cartels (cf. ATF 135 II 60 consid. 3.1.2). Compte tenu de l'écoulement

du temps depuis la fin de l'enquête de la COMCO, le Tribunal fédéral renonce toutefois à renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il se prononce sur ce point, comme il l'a du reste déjà fait dans plusieurs arrêts récents à propos d'autres entreprises de diffusion et de distribution de livres concernées par la décision de la COMCO du 27 mai 2013 (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 11.4, non publié in ATF 148 II 25 ; 2C_37/2020 du 14 juin 2022 consid. 9.4). Rappelons que l'éventuel constat selon lequel la recourante aurait participé à des accords en matière de concurrence non visés par l'art. 5 al. 4 LCart, mais néanmoins illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, justifierait tout au plus le prononcé d'une mesure d'interdiction d'entrave à la concurrence selon l'art. 30 al. 1 LCart (ch. 2 du dispositif de la décision de la COMCO du 27 mai 2013). Il n'exercerait en revanche aucune influence sur la question principale de la légalité de la sanction litigieuse prononcée à l'encontre de l'intéressée en application de l'art. 49a al. 1 LCart, puisque la participation à des accords de ce type ne permet pas d'infliger une telle sanction (cf. supra consid. 4.3).

VII. Conséquences

E. 10.1

Sur le vu de ce qui précède, l'arrêt attaqué viole la LCart en tant qu'il constate que la recourante a participé à des accords verticaux illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart en lien avec la diffusion et/ou la distribution de livres en français en Suisse. Il s'ensuit qu'il est également contraire au droit fédéral en tant qu'il inflige à l'intéressée une sanction financière à hauteur de 760'000 fr., en application combinée des normes précitées et de l'art. 49a LCart, et lui interdit d'entraver, par des contrats de distribution et/ou de diffusion, les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse en application de l'art. 30 al. 1 LCart.

E. 10.2

Comme aucune mesure n'aurait dû être prononcée à l'encontre de la recourante au sens de la LCart, il ne se justifiait pas non plus de mettre à sa charge la somme de 760'150 fr. au titre de frais de procédure devant la COMCO, à titre solidaire avec neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres, en application combinée des art. 1a et 2 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart; RS 251.2) et de l'art. 2 al. 2 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OEmol; RS 172.041.1). Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner les autres griefs que la recourante formule à titre subsidiaire dans ses écritures et qui tendent à obtenir une réduction de la sanction financière prononcée à son encontre et des frais de procédure de la COMCO mis à sa charge.

E. 11

Par conséquent, le recours doit être admis dans la mesure de sa recevabilité (cf. supra consid. 1.2) et l'arrêt attaqué annulé.

E. 12

Le présent arrêt sera rendu sans frais (art. 66 al. 4 LTF). La COMCO, qui succombe, sera en revanche condamnée à verser des dépens à la recourante, qui obtient gain de cause (art. 68 al. 1 LTF). La cause sera pour le reste renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens (art. 67 et 68 al. 5 LTF

a contrario).

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