

# **BVGer B-294/2022 vom 31. August 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-08-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-294\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-294_2022)

FR: TAF B-294/2022 du 31 août 2022

IT: TAF B-294/2022 del 31 agosto 2022

## **Regeste**

Accords illicites

## **Erwägungen**

### **E. 1**

S'agissant d'un renvoi par le Tribunal fédéral, il peut être renoncé à examiner les conditions de recevabilité.

### **E. 2**

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ainsi que pour inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]).

#### **E. 2.1**

La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA applicable par renvoi de l'art. 39 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [loi sur les cartels, LCart, RS 251]). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1 ; arrêt du TAF B-7633/2009 Swisscom ADSL du 14 septembre 2015 consid. 186 ; Clémence Grisel, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, no 142). L'art. 40 LCart fonde, à cet effet, une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés.

#### **E. 2.2**

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32). Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits ab ovo. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. En ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2). Il n'en va pas autrement en droit des cartels (cf. arrêt du TAF B-4669/2013 E5F du 30 octobre 2019 consid. 11.3.1).

#### **E. 2.3**

La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 Nikon consid. 4.2.5.2) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.1 et 139 I 72 Publigroupe consid. 2 ; arrêt du TF 2C\_1017/2014 Koch Group du 9 octobre 2017 consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) et des art. 30 ou 32 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), notamment la présomption d'innocence et son corollaire, le principe in dubio pro reo (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 Publigroupe consid. 2.2.2). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C\_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits à la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 6.4.3 ; arrêts du TF 6B\_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1 et 6B\_118/2009 du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 ; Michael Tschudin, *Glauben, Wissen, Zweifeln - über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337).

#### **E. 2.4**

Le Tribunal administratif fédéral applique enfin le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision attaquée (cf. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd. 2013, no 2.165). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2).

#### **E. 3**

La loi sur les cartels 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).

##### **E. 3.1**

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 (art. 5 al. 1 LCart). Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace notamment 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 (art. 5 al. 4 LCart).

##### **E. 3.2**

L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 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. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de

l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (art. 49a al. 1 LCart).

#### **E. 4.1**

Dans sa décision du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a retenu que, entre 2005 et 2011, la recourante avait pris part à des accords verticaux instituant un système de diffusion-distribution ayant pour objectif et effet de supprimer toute concurrence efficace sur le marché de la distribution « wholesale » du livre en français en Suisse, c'est-à-dire sur le marché suisse de la distribution de livres « en gros » aux librairies et autres revendeurs de livres. Elle a estimé que la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart s'appliquait à toutes les relations commerciales que la recourante avait entretenues durant la période précitée en vue de la diffusion et/ou de la distribution de livres en français en Suisse, peu importe que les ouvrages en question aient été édités ou non à l'interne du groupe MP. Elle a considéré que le système mis en place cloisonnait la distribution des livres concernés en empêchant toute importation parallèle vers la Suisse. Il n'existait, par ailleurs, aucune concurrence restante sur les plans intermarques et intramarque susceptible de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace de l'art. 5 al. 4 LCart. L'autorité inférieure a infligé, dès lors, à la recourante une sanction de [...] francs pour participation à des accords illicites et lui a interdit de continuer à empêcher toutes importations parallèles de livres en français par des détaillants actifs en Suisse par l'entremise de contrats de distribution et/ou de diffusion exclusives.

#### **E. 4.2**

Statuant sur recours, le Tribunal administratif fédéral a jugé que les relations contractuelles entretenues par la recourante entre 2005 et 2011 en vue de la diffusion et/ou de la distribution de livres écrits en français en Suisse - 84 au total - ne reposaient pas toutes sur des accords en matière de concurrence relevant de la législation sur les cartels. La LCart ne s'appliquait ainsi pas aux 28 contrats de diffusion/distribution que la recourante avait conclus directement avec des éditeurs internes au groupe MP. Il a confirmé, en revanche, que les autres relations commerciales entretenues par la recourante, en tant qu'elles concernaient 56 éditeurs externes au groupe MP, avaient bel et bien impliqué la conclusion d'accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Par le biais de différents types de contrats, la recourante avait obtenu le droit de diffuser et/ou de distribuer, à titre exclusif, certains ouvrages édités à l'extérieur du groupe MP auprès des librairies et autres revendeurs helvétiques. Les éditeurs en question lui avaient confié cette tâche soit en s'adressant directement à elle (27 éditeurs externes en relation commerciale directe et 9 éditeurs/diffuseurs externes en distribution pure), soit indirectement en mandatant une autre société du groupe MP, laquelle avait délégué ensuite cette tâche à la recourante en tant qu'elle concernait le territoire suisse (20 éditeurs externes clients de Media Diffusion). Le Tribunal administratif fédéral a estimé que ce système fondé sur un régime d'exclusivité territoriale avait eu pour but et effet d'empêcher d'autres fournisseurs actifs sur le marché du livre à l'étranger de diffuser et de distribuer des ouvrages en français en Suisse. Il fallait donc présumer que la concurrence efficace avait été supprimée sur le marché suisse de la distribution de livres durant la période sous enquête. Sur cette base, il a confirmé, sur le principe, la sanction infligée à la recourante et l'interdiction qui lui était faite d'entraver les importations parallèles que voudraient opérer les revendeurs de livres installés en Suisse. Il a réduit néanmoins le montant de la sanction financière à [...] francs, d'une part compte tenu du fait qu'il ne pouvait être reproché à la recourante d'avoir conclu des accords verticaux au sens de l'art. 5 al. 4 LCart en lien avec la diffusion/distribution des 28 éditeurs internes au

groupe MP et, d'autre part, compte tenu de ce qu'un différentiel de prix de seulement [moins de 10] % avait été constaté entre les marchés « wholesale » suisse et français entre juillet 2007 et août 2009 et entre octobre 2011 et décembre 2011.

#### **E. 4.3**

Dans son arrêt 2C\_43/2020 du 21 décembre 2021, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas possible de retenir que la recourante avait participé à des accords en matière de concurrence en tant qu'elle diffusait et/ou distribuait en Suisse 20 éditeurs sur délégation de sa société soeur Media Diffusion entre 2005 et 2011 et qu'il convenait de considérer que les seuls accords illicites pouvant éventuellement justifier le prononcé d'une sanction étaient ceux que la recourante avait conclus avec les 36 éditeurs et diffuseurs s'étant directement adressés à elle en vue de la diffusion et/ou de la distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse (27 éditeurs externes en relation commerciale directe et 9 éditeurs/diffuseurs externes en distribution pure). Examinant ensuite l'illicéité des accords conclus avec ces 36 éditeurs et diffuseurs, il a retenu que, pour 12 d'entre eux, rien ne permettait de soutenir qu'ils se seraient engagés à tout mettre en oeuvre afin que les diffuseurs/distributeur à l'étranger ne vendent aucun de leurs ouvrages à destination du marché suisse. Il a constaté cependant que la recourante était bien partie à des contrats de distribution accordant une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart avec 24 éditeurs externes au groupe MP et que, pour ce motif, le prononcé d'une sanction financière à son encontre se justifiait. Ceci étant, il a relevé que, contrairement à ce qu'avait retenu le Tribunal administratif fédéral, il ne pouvait pas être reproché à la recourante d'avoir participé à 56 accords de distribution visés par l'art. 5 al. 4 LCart, mais à seulement 24 de ces accords, de sorte que la violation de la LCart imputable à la recourante n'était pas aussi grave que cela ressortait de l'arrêt attaqué. Il y avait donc lieu de renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral pour nouveau calcul de la sanction. Le Tribunal fédéral a confirmé, pour le reste, l'interdiction faite à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français et le fait que la recourante devait payer un dixième des frais occasionnés par la procédure devant la Comco, soit 76'015 francs. En revanche, il a estimé qu'il ne se justifiait pas que la recourante doive répondre solidairement de l'ensemble des autres frais de procédure mis à la charge des autres diffuseurs-distributeur.

#### **E. 4.4**

A la suite de l'annulation partielle de l'arrêt B-3938/2013 du 30 octobre 2019 et du renvoi de la cause, il incombe donc au Tribunal de céans de statuer sur le montant de la sanction à infliger à la recourante et sur les frais et dépens des procédures précédentes.

#### **E. 5**

Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 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.

#### **E. 5.1**

L'art. 49a al. 1 LCart se réfère aux types d'accords prévus par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, lesquels doivent être sanctionnés en tant qu'ils représentent des restrictions à la liberté d'action sur le marché, considérées comme particulièrement problématiques du point de vue de la loi. Le Tribunal fédéral a relevé qu'une sanction directe ne peut toutefois être prononcée que si ceux-ci sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, c'est-à-dire s'ils

suppriment la concurrence ou s'ils l'affectent de manière notable sans motif justificatif. En d'autres termes, l'art. 49a al. 1 LCart renvoie à l'ensemble des accords horizontaux qui fixent directement ou indirectement des prix, qui restreignent les quantités à produire, à acheter ou à fournir, qui opèrent une répartition géographique des marchés ou des partenaires commerciaux ainsi qu'aux accords verticaux qui imposent un prix de vente minimum ou fixe et qui attribuent des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9).

## **E. 5.2**

En l'occurrence, la recourante a bel et bien conclu des accords de distribution illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart avec 24 éditeurs externes au groupe MP. Le Tribunal fédéral a ainsi relevé, d'une façon qui lie le Tribunal de céans, que le prononcé d'une sanction financière à son encontre se justifiait pleinement au sens de l'art. 49a LCart (cf. arrêt 2C\_43/2020 précité consid. 12.1.3). La recourante ne saurait dès lors plus remettre en cause le caractère imputable de la sanction qui doit lui être infligée à l'issue de la présente procédure ; elle ne s'y risque d'ailleurs pas. Reste ainsi à déterminer le montant de la sanction.

## **E. 6**

Le montant d'une sanction est fixé conformément à l'art. 49a LCart et à l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart, RS 251.5), arrêtée par le Conseil fédéral en application de l'art. 60 LCart.

### **E. 6.1**

Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplies, l'entreprise peut être pénalisée d'un montant susceptible d'atteindre 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 7 OS LCart ; cf. ATF 137 II 199 Terminierung Mobilfunk consid. 6.2). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le profit présumé résultant des pratiques illicites est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Ainsi, le montant concret de la sanction est fixé d'après les critères des art. 2 ss OS LCart, dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt du TF 2C\_484/2010 Publigroupe du 29 juin 2012 consid. 12.3.1 s.). Le calcul du montant de la sanction comporte dès lors trois étapes principales, à savoir la détermination du montant de base (art. 3 OS LCart), son éventuelle majoration selon la durée de la pratique illicite (art. 4 OS LCart), puis la prise en compte des circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) ou atténuantes (art. 6 OS LCart ; cf. notes explicatives du 26 février 2016 relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après : les notes explicatives OS LCart ; [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) Législation et documentation Communications / Notes explicatives Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart, consulté le 7 juillet 2022] ; ATF 144 II 194 BMW consid. 6.2).

### **E. 6.2**

Dans un premier grief, l'autorité inférieure s'en prend au pouvoir de cognition du Tribunal de céans. Elle estime qu'il ne saurait librement revoir le montant de la sanction en procédant selon les trois étapes susmentionnées.

#### **E. 6.2.1**

L'autorité inférieure considère, en substance, que le Tribunal de céans serait lié par les constatations du Tribunal fédéral, qu'il devrait tenir compte uniquement du nombre réduit d'éditeurs et/ou diffuseurs concernés par des accords illicites et que tous les autres éléments à la base du calcul de la sanction ont acquis force de chose jugée.

#### **E. 6.2.2**

Comme déjà relevé, le Tribunal administratif fédéral dispose, en principe, d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (cf. supra consid. 2). Cependant, lorsque, comme en l'espèce, le Tribunal fédéral admet un recours et renvoie l'affaire à l'autorité précédente en application de l'art. 107 al. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), l'autorité à laquelle la cause est renvoyée voit sa cognition limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a déjà été jugé définitivement par le Tribunal fédéral. C'est le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi qui découle du droit fédéral non écrit (cf. ATF 143 IV 214 consid. 5.3.3, 135 III 334 consid. 2.1 et 133 III 201 consid. 4.2). L'autorité de renvoi est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt de renvoi. Elle est liée par ce qui a déjà été tranché par le Tribunal fédéral. Il en va de même pour les constatations de fait qui n'ont pas été critiquées devant lui ; des faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que sur les points ayant fait l'objet du renvoi, lesquels ne peuvent être ni étendus, ni fondés sur une base juridique nouvelle (cf. ATF 143 IV 214 consid. 5.3.3, 135 III 334 consid. 2.1 et 133 III 201 consid. 4.2).

#### **E. 6.2.3**

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a constaté, d'une façon qui lie le Tribunal de céans, que la recourante n'avait participé qu'à 24 accords de distribution visés par l'art. 5 al. 4 LCart et que la violation de la LCart n'était pas aussi grave que cela ressortait de l'arrêt attaqué. Il a, en revanche, renoncé à se prononcer lui-même sur une nouvelle sanction, dans la mesure où son calcul relève d'un acte d'appréciation. Dans l'optique du renvoi de la cause - et par économie de procédure - il a renoncé à se déterminer sur les différents griefs soulevés par la recourante à l'encontre de la sanction. Dès lors, quoi qu'en dise l'autorité inférieure, on ne saurait déduire de l'arrêt de renvoi que certains éléments à la base du calcul de la sanction auraient acquis quelque force de chose jugée. Dans ces circonstances, la cognition du Tribunal de céans est limitée uniquement par le constat selon lequel la recourante n'a participé qu'à 24 accords de distribution visés par l'art. 5 al. 4 LCart et que la violation de la LCart n'est pas aussi grave que cela ressort de l'arrêt attaqué.

#### **E. 6.2.4**

Ainsi, il appartient au Tribunal de céans de fixer à nouveau, dans la présente procédure, le montant de la sanction à infliger à la recourante. Dans ce contexte, il se doit de procéder à toutes les étapes fixées par la loi et la jurisprudence pour y parvenir. Il se fondera, pour ce faire, non seulement sur les griefs invoqués dans le cadre de la procédure B-3938/2013, mais également sur les éléments invoqués par la recourante à la suite de l'arrêt de renvoi qui seraient susceptibles d'avoir une influence sur le montant de la sanction.

#### **E. 6.3**

Il convient donc de déterminer, dans un premier temps, le montant de base de la sanction.

##### **E. 6.3.1**

Dans le cadre de la procédure B-3938/2013, la recourante s'est d'abord plainte de ce que la décision attaquée n'avait fait aucune distinction entre le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs internes au groupe MP et les éditeurs externes. Elle a estimé qu'il convenait de ne retenir que celui réalisé avec les éditeurs pour lesquels un accord avait pu être démontré. Elle a encore reproché à l'autorité inférieure d'avoir mal apprécié la gravité des infractions reprochées. Elle a affirmé n'avoir réalisé aucun profit significatif sur le marché pertinent et que, en raison de sa politique de prix bas et des faibles possibilités d'arbitrage, une restriction des importations parallèles n'avait eu qu'un effet très marginal sur la concurrence. Elle a enfin soutenu que la décision attaquée violait l'art. 49a LCart dès lors que l'autorité inférieure devait se fonder sur les exercices 2010 à 2012, et non pas 2009 à 2011. Dans le cadre de la procédure B-294/2022, la recourante fait encore valoir que la sanction émise à son encontre devrait être réduite considérablement en raison de la faible quantité d'ouvrages concernée par des accords illicites. Elle rappelle qu'elle n'a pas réalisé de profit, ce que le Tribunal administratif fédéral aurait omis de prendre en considération dans l'arrêt attaqué.

### **E. 6.3.2**

En vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise sanctionnée sur les marchés pertinents en Suisse - puisqu'il peut représenter jusqu'à 10 % de ce dernier - ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée ; la sanction se rattache par là-même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2 ; arrêt B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 622).

#### **E. 6.3.2.1**

La notion de gravité au sens de l'art. 3 OS LCart repose sur une appréciation exclusivement objective, c'est-à-dire indépendante de la faute ou de la volonté de l'entreprise concernée. Le potentiel de risque abstrait ainsi que la nocivité pour l'économie nationale de l'infraction sont déterminants. Il faut tenir notamment compte du degré d'atteinte à la concurrence, de l'efficacité de l'infraction ainsi que du nombre de participants (cf. ATF 146 II 217 Swisscom ADSL consid. 9.2.3.2 et 144 II 194 BMW consid. 6.4 ; arrêts du TAF B-4003/2016 du 10 mai 2022 Pay-TV consid. 11.4.6.2 et B-2597/2017 du 19 janvier 2022 Medikamenteninformationen consid. 15.2.4.1). Dans ce contexte, le calcul du montant de base tient compte d'un « gain normal » tiré de l'infraction (cf. les notes explicatives OS LCart, p. 1). En revanche, lorsque l'entreprise réalise, grâce à l'infraction, un gain qui, selon une évaluation objective, se révèle particulièrement élevé, il faut en tenir compte dans l'examen des circonstances aggravantes et non dans le cadre de la détermination de la gravité de l'infraction (art. 5 al. 1 let. b OS LCart). Il en va de même lorsque, dans une seule et même procédure, la réalisation de deux infractions différentes doit être sanctionnée. Selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal administratif fédéral, cette circonstance ne doit pas être prise en compte au titre de la gravité de l'infraction - et donc du montant de base - mais doit être appréciée comme une circonstance aggravante conformément à l'art. 5 al. 1 let. a OS LCart (cf. arrêts B-4003/2016 précité Pay-TV consid. 11.4.8.2 et B-2597/2017 précité Medikamenteninformationen consid. 15.2.4.12).

#### **E. 6.3.2.2**

S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C\_484/2010 Publigroupe précité consid.

12.3.2). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent - concerné par la restriction à la concurrence et déterminant pour le calcul de la sanction concrète - est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour le calcul de la sanction maximale, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. les notes explicatives OS LCart).

#### **E. 6.3.2.3**

En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisé par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts du TAF B-831/2011 Six Group du 18 décembre 2018 consid. 1576 et B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf. arrêt B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 722). De façon similaire, il est également pris en compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0), de l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement de l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE C-101/15 P Pilkington Group du 7 septembre 2016 ch. 19).

#### **E. 6.3.2.4**

Par ailleurs, l'art. 49a LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. Les marchés pertinents au sens de l'art. 3 OS LCart comprennent donc les marchés qui ont été concrètement affectés par la restriction à la concurrence (cf. Robert Roth/Christian Bovet, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 49a LCart no 25). Au surplus, le marché pertinent pour le calcul du montant de base de la sanction se définit par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE (cf. les notes explicatives OS LCart). En plus du marché directement visé, les marchés pertinents comprennent donc également ceux de produits ou de services qui, en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés, peuvent être substitués à ceux considérés à titre liminaire. En règle générale, il n'y a pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché dans le cadre du calcul de la sanction (cf. arrêt B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 723). Des circonstances particulières peuvent toutefois le justifier. Tel est le cas notamment en cas d'effet de levier, à savoir lorsque le comportement abusif d'une entreprise dominante a pour effet d'entraver ses concurrents sur un autre marché connexe qui présente un lien étroit avec le marché dominé et sur lequel l'entreprise dominante ne dispose pas encore d'une position dominante mais où elle est déjà active ou a l'intention d'y entrer (cf. ATF 146 II 217

Swisscom ADSL consid. 7.3 ; arrêt du TAF B-2798/2018 du 16 février 2021 Naxoo consid. 12.3.1.2 ; arrêt de la CJUE C-52/09 TeliaSonera du 17 février 2011 ch. 85 ; Evelyne Clerc, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 7 al. 1 LCart no 66). Dans ce cas, il y a également lieu de tenir compte du chiffre d'affaires réalisé sur ce marché (cf. ATF 146 II 217 Swisscom ADSL consid. 9.1).

#### **E. 6.3.2.5**

Quant au chiffre d'affaires de l'entreprise, il se calcule selon les critères appliqués pour apprécier le chiffre d'affaires d'une entreprise participante dans le cadre du contrôle des concentrations (art. 4 OCCE ; Roth/Bovet, op. cit., art. 49a LCart no 26). S'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. Peter Reinert, in : Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 49a LCart no 10). Cela étant, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi (cf. arrêts du TAF B-823/2016 du 2 avril 2020 Musik Hug consid. 6.1.2 s., B-581/2012 Nikon du 16 septembre 2016 consid. 9.2.3 et B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé - eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. FF 2002 1911, p. 1925 s. ch. 2.1.4) - qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 Nikon précité consid. 9.2.3 et B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 726 ss). A ce propos, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires (cf. arrêt B-823/2016 Musik Hug précité consid. 6.1.2). Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts B-581/2012 Nikon précité consid. 9.2.3 et B-7633/2009 Swisscom ADSL précité consid. 726 ss).

#### **E. 6.3.3**

En l'occurrence, l'autorité inférieure a, dans un premier temps, établi en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant maximal de la sanction à [...] francs, correspondant à 10 % de la somme des chiffres d'affaires réalisés par la recourante en 2009, 2010 et 2011, à savoir [...] francs. Elle a rappelé s'être fondée sur les exercices qui lui avaient été transmis par les parties. Or, à l'instar de la recourante, celles-ci n'avaient pas été en mesure de lui remettre, en mai 2013, les chiffres requis pour l'année 2012. Elle avait ainsi pris en considération les exercices disponibles correspondant aux chiffres d'affaires des années 2009 à 2011. Dans son arrêt B-3938/2013, le Tribunal administratif fédéral a rejeté les critiques de la recourante quant à la prise en compte, dans le calcul du montant maximal de la sanction, des chiffres d'affaires des années 2009 à 2011 et non 2010 à 2012. Il a retenu, d'une part, que l'autorité inférieure s'était fondée sur les données en sa possession au moment de la prise de décision et qu'il appartenait, d'autre part, à la recourante, eu égard à son devoir de collaborer, de fournir à l'autorité inférieure des renseignements concernant l'exercice 2012. En tout état de cause, il constatait que les exercices retenus - à savoir 2009 à 2011 - étaient

ceux qui se rapprochaient le plus du comportement incriminé, ce qui correspondait à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral dont il n'y avait pas lieu de s'écarter (cf. arrêt B-3938/2013 précité consid. 18.3.4.1) La recourante ne formule, sur ce point, aucun grief supplémentaire dans le cadre de la présente procédure de renvoi. Le Tribunal de céans ne voit aucune raison de remettre en cause l'analyse effectuée dans l'arrêt B-3938/2013. Partant, il convient de confirmer le montant maximal de la sanction retenu par l'autorité inférieure.

#### **E. 6.3.4**

Dans un deuxième temps, l'autorité inférieure a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a tout d'abord soustrait des chiffres d'affaires précités les revenus réalisés en dehors du marché pertinent et provenant, en l'espèce, des prestations de services effectuées en faveur des sociétés détenues par la recourante ainsi que ceux des éditeurs allemands. Elle considérait, en revanche, qu'elle n'avait pas à distinguer les chiffres d'affaires réalisés avec les différents éditeurs. Elle a ainsi retenu que le chiffre d'affaires réalisé, sur le marché pertinent, lors des exercices 2009 à 2011 était de [...] francs, soit un montant de base maximal de [...] francs. Dans son arrêt B-3938/2013, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, dans la mesure où le montant de base de la sanction se fonde sur le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent, il n'y avait pas lieu d'opérer une distinction entre le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs externes au groupe et celui réalisé avec les éditeurs appartenant au groupe ou ayant confié à celui-ci la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en France, en Belgique et en Suisse. Dès lors que ceux-ci faisaient tous partie du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique, il n'y avait pas lieu d'écarter les premiers et de délimiter à nouveau le marché au stade du calcul de la sanction. Il a dès lors rejeté les griefs de la recourante et confirmé le montant de base maximal retenu par l'autorité inférieure. La recourante ne formulant, sur ce point, aucun grief supplémentaire dans le cadre de la présente procédure de renvoi, l'analyse effectuée par le Tribunal administratif fédéral dans son arrêt B-3938/2013 peut être confirmée et il y a lieu de renvoyer audit arrêt sur la question de la délimitation du marché pertinent (cf. arrêt B-3938/2013 précité consid. 11).

#### **E. 6.3.5**

L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type de l'infraction, de même que le profit présumé réalisé par la recourante. Elle a indiqué que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles devait être protégée et était essentielle pour la concurrence. Ainsi, elle a retenu qu'un comportement illicite cloisonnant le marché constituait une infraction grave à la loi sur les cartels. Elle a, en revanche, constaté que le profit présumé réalisé par la recourante en raison de ce comportement était difficile à estimer ou à mesurer, mais qu'il ne jouait pas un rôle essentiel, dès lors que le comportement des diffuseurs-distributeurs avait été similaire, malgré des structures et des coûts très différents. Prenant en compte cela, elle a estimé qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle serait conforme à l'art. 49a LCart et à l'art. 3 OS LCart et que, selon sa pratique, il y avait lieu de le fixer à 4 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent. Elle a ainsi calculé le montant de base à [...] francs (4 % de [...]).

##### **E. 6.3.5.1**

Dans son arrêt B-3938/2013, le Tribunal administratif fédéral a réduit une première fois le montant de base de la sanction de 1 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent,

passant ainsi de 4 % à 3 %. Il a constaté et retenu que la quantité d'ouvrages concernée par des accords d'attribution de territoires illicites et sanctionnables avait été relativement plus faible que ce que l'autorité inférieure avait retenu. Cela étant, dans son arrêt 2C\_43/2020, le Tribunal fédéral a retenu, d'une façon qui lie le Tribunal de céans, que la recourante n'avait conclu des accords de distribution illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart qu'avec 24 éditeurs externes au groupe MP et que la violation de la LCart imputable à la recourante n'était pas aussi grave que cela ressortait de l'arrêt attaqué. Dans leurs déterminations respectives, la recourante et l'autorité inférieure divergent sur l'étendue de la réduction supplémentaire qui doit être octroyée à la suite de cet arrêt. La recourante estime, en substance, que la réduction supplémentaire devrait être significative, mais, dans tous les cas, supérieure à 1 %, alors que l'autorité inférieure considère qu'elle ne devrait en aucun cas excéder 1 %. Elle se fonde, cependant, toutes deux à tort sur l'existence d'un rapport direct entre le nombre de contrats illicites et le pourcentage qu'il convient de retenir, en procédant, de manière simplifiée, à une règle de trois majorée ou minorée selon leur point de vue. Or, il n'en est rien. En effet, si le montant de base représente, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires, une seule infraction ou un seul accord illicite peut justifier à lui seul une sanction maximale. En définitive, ni la loi, ni la jurisprudence n'impose de corrélation directe entre le nombre d'accords existants et le montant de base de la sanction. Une telle règle ne ressort pas non plus de l'arrêt de renvoi. Le Tribunal de céans n'est lié, en effet, que par le constat selon lequel l'infraction commise par la recourante est moins grave que cela ne ressort de l'arrêt B-3938/2013, sans que le Tribunal fédéral ne lui ait imposé de réduire la sanction proportionnellement au nombre d'accords ne rentrant finalement pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart. En l'occurrence, les 24 accords conclus par la recourante avec les éditeurs externes au groupe MP lui octroient une protection territoriale absolue. Ce point a été définitivement tranché par le Tribunal fédéral. Quand bien même le nombre d'accords finalement retenu est moins important que le nombre fixé initialement par le Tribunal administratif fédéral, il n'en demeure pas moins que l'on ne saurait conclure que des accords de protection territoriale absolue constituent une infraction à la LCart de faible gravité ou se situant dans la moyenne inférieure. Il ne fait aucun doute - et cela relève d'un acte d'appréciation - qu'un accord de protection territoriale absolue constitue une infraction moyennement grave à grave aux règles de la LCart, en particulier lorsque - comme en l'espèce - le texte des clauses incriminées est clair et ne laisse guère de place à une interprétation. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs retenu que l'on ne saurait reprocher au Tribunal administratif fédéral d'avoir retenu que les 24 éditeurs concernés par ces accords s'étaient obligés à veiller à ce qu'aucun autre diffuseur et/ou distributeur ne vende leurs ouvrages en Suisse et que les parties avaient bel et bien conclu des accords verticaux visant à cloisonner le marché suisse de la distribution du livre en français. Cela étant, le Tribunal fédéral a retenu que l'infraction n'était pas aussi grave que cela ressortait de l'arrêt attaqué. Il s'ensuit que, si une diminution s'impose, le Tribunal de céans estime toutefois qu'une réduction supplémentaire de 0.5 % du montant de base de la sanction est adaptée aux circonstances. Il y donc lieu de fixer temporairement le montant de base de la sanction à 2.5 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent au lieu respectivement des 4 % retenus dans la décision attaquée et des 3 % retenus dans l'arrêt initial.

#### **E. 6.3.5.2**

Dans son arrêt B-3938/2013, le Tribunal administratif fédéral a ensuite réduit une seconde fois le montant de base de la sanction de 1 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent, passant de 3 % à 2 %. Il tenait compte de ce qu'un différentiel de prix de

seulement [moins de 10 %] entre les marchés « wholesale » suisse et français avait été constaté entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, et de ce que les possibilités d'arbitrage par les prix avaient été fortement diminuées pour les détaillants suisses. Contrairement à ce que soutient la recourante, le Tribunal administratif fédéral n'a pas ignoré le fait que le profit réalisé par la recourante avait été faible, à tout le moins durant une période de l'enquête. Au surplus, il convient de relever qu'en retenant un montant de base initial de 4 %, réduit ci-dessus à 2.5 % (cf. supra consid. 6.3.5.1), les autorités de concurrence sont déjà restées dans une fourchette extrêmement basse pour une infraction moyennement grave à grave. Ce faisant, elles ont tenu compte de ce que le profit réalisé par la recourante pouvait difficilement être démontré. Ceci étant, quand bien même il y aurait lieu de retenir que la recourante n'a réalisé aucun profit, elle a pris part à des accords de protection territoriale absolue. Elle a empêché d'autres acteurs sur le marché de participer au processus de concurrence et de réaliser, par là-même, un profit en développant un réseau de diffusion/distribution parallèle. En effet, quoi qu'en dise la recourante, le but premier de la politique de la concurrence est de créer sur les marchés de biens et de services les conditions de réalisation d'une concurrence efficace (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 477). Il s'agit de protéger les fonctions fondamentales de la concurrence en empêchant les pratiques qui tendent à tenir les concurrents potentiels à l'écart d'un marché (cf. arrêt B-2798/2018 précité Naxoo consid. 9.2.3.4). C'est la raison pour laquelle on ne saurait exempter de toute sanction ou réduire celle-ci à outrance au seul motif que l'entreprise en cause n'a réalisé aucun profit. Compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, le Tribunal considère que, même en l'absence de tout profit réalisé, il n'y a pas lieu de réduire davantage la sanction prononcée à l'encontre de la recourante. En effet, le Tribunal a déjà réduit le montant de base de 1 % au motif que les possibilités d'arbitrage par les prix avaient été fortement diminuées pour les détaillants suisses durant une partie de la période de l'enquête et que la recourante n'avait pas pu tirer profit de son infraction durant cette période. Il est d'avis, compte tenu de son pouvoir d'appréciation, que l'absence de tout profit réalisé par la recourante n'aurait pas suffi à justifier une réduction supérieure de la sanction, compte tenu de la gravité et du type d'infraction reproché à la recourante.

### **E. 6.3.5.3**

Il suit de là qu'il y a lieu de fixer le montant de base de la sanction à 1.5 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent au lieu respectivement des 4 % retenus dans la décision attaquée et des 2 % retenus initialement par le Tribunal administratif fédéral dans son arrêt B-3938/2013.

### **E. 6.3.6**

Le montant de base de la sanction se monte, par conséquent, à [...] francs (1.5 % de [...]).

### **E. 6.4**

Il y a lieu de déterminer, dans un deuxième temps, s'il convient de majorer le montant de base de la sanction compte tenu de la durée de la pratique anticoncurrentielle.

#### **E. 6.4.1**

Dans le cadre de la procédure B-3938/2013, la recourante a fait valoir que, les détaillants principaux ayant affirmé qu'ils n'avaient pas eu d'intérêt à s'approvisionner à l'étranger avant que le franc suisse n'eût entamé son mouvement de hausse, soit environ en 2011, aucun des comportements incriminés n'eût été passible de sanction avant l'année 2011. Ainsi, elle considérait que son comportement n'avait pas duré six ans, soit de 2005 à 2011,

mais seulement une année.

#### **E. 6.4.2**

Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est, dans un second temps, majoré selon la durée de la pratique anticoncurrentielle. Si celle-ci a duré d'un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si elle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2).

#### **E. 6.4.3**

En l'occurrence, l'autorité a majoré, dans sa décision, le montant de base de 50 %. Le Tribunal administratif fédéral a retenu, dans son premier arrêt, qu'il n'y avait pas lieu de prendre en considération, à ce stade, le fait que des possibilités d'arbitrage suffisantes n'avaient pas existé durant l'entier de la période de l'enquête, en tant qu'il en avait déjà tenu compte dans le cadre de la fixation du montant de base et que la durée du comportement incriminé résultait de la participation de la recourante à des accords illicites, de façon continue, entre 2005 et 2011. Il relevait qu'une majoration jusqu'à 70 % eût été possible à la teneur de l'art. 4 OS LCart et que la majoration de 50 % retenue par l'autorité inférieure était conforme au droit et tenait compte des circonstances. La recourante ne formule aucun grief supplémentaire sur ce point dans le cadre de la présente procédure de renvoi. Le Tribunal de céans ne voit ainsi aucune raison de s'éloigner du raisonnement de son premier arrêt. Il s'ensuit qu'il y a lieu de confirmer la majoration retenue par l'autorité inférieure. Partant, le montant de base majoré de la sanction est de [...] francs (150% de [...]).

#### **E. 6.5**

Dans un troisième temps, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et sa réduction en présence de circonstances atténuantes.

##### **E. 6.5.1**

Ainsi, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est majoré, notamment lorsqu'une entreprise a contrevenu de manière répétée à la LCart (art. 5 al. 1 let. a OS LCart), qu'elle a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé selon une détermination objective (art. 5 al. 1 let. b OS LCart) ou qu'elle a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (art. 5 al. 1 let. c OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré si l'entreprise a joué un rôle d'instigatrice ou d'actrice principale de l'infraction (art. 5 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord (art. 5 al. 2 let. b OS LCart). Le montant est toutefois réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du secrétariat de la Commission de la concurrence, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant de la sanction calculé selon les art. 3 et 4 est encore réduit si l'entreprise a joué un rôle exclusivement passif (art. 6 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle n'a pas mis en oeuvre les mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord (art. 6 al. 2 let. b OS LCart).

##### **E. 6.5.2**

En l'occurrence, l'autorité inférieure a examiné d'éventuelles circonstances aggravantes et atténuantes sans en retenir aucune. La recourante ne formulant aucun grief à cet égard, ni dans la procédure de recours initiale, ni dans la présente procédure de renvoi, rien ne permet de remettre en cause l'analyse effectuée par l'autorité inférieure. Il ne se justifie dès lors ni de réduire ni d'augmenter le montant de la sanction à ce titre.

## **E. 6.6**

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a encore tenu compte de la capacité contributive de la recourante.

### **E. 6.6.1**

Comme toute mesure, le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. (art. 2 al. 2 OS LCart ; arrêt B-823/2016 Musik Hug précité consid. 6.5). En principe, une sanction ne peut être infligée que si la compétitivité des entreprises est préservée. L'aspect punitif de la sanction ne saurait, par conséquent, conduire à mettre en péril l'existence de l'entreprise et ne doit pas conduire à sa faillite, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2 ; arrêt 2C\_484/2010 Publigroupe précité consid. 12.3.2). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le préjudice financier doit être suffisamment important pour que la participation à une infraction ne se révèle pas avantageuse (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2).

### **E. 6.6.2**

En l'occurrence, l'autorité inférieure a exclu une réduction du montant de la sanction en raison de l'appartenance de la recourante au groupe MP, dont le chiffre d'affaires s'élevait en 2011 à [...] millions d'euros, et des profits nets cumulés sur la période de l'enquête. La recourante n'a soulevé aucun grief à cet égard, ni dans la procédure de recours initiale, ni dans la présente procédure de renvoi, de sorte qu'il n'y a pas lieu de réduire davantage la sanction pour ce motif.

## **E. 6.7**

Reste enfin à examiner, à la lumière des griefs soulevés par la recourante, si d'autres circonstances seraient de nature à justifier une réduction de la sanction.

### **E. 6.7.1**

La recourante fait d'abord valoir que la sanction devrait être réduite à un montant symbolique en raison de la durée inhabituelle de la procédure. Elle invoque, ce faisant, une violation du principe de la proportionnalité. Cela étant, elle se plaint - en réalité - davantage d'une violation de son droit à être jugée dans un délai raisonnable tel que garanti par l'art. 29 al. 1 Cst et par l'art. 6 CEDH.

#### **E. 6.7.1.1**

Dans un récent arrêt portant également sur le marché du livre écrit en français (cf. arrêt du TF 2C\_44/2020 du 3 mars 2022 Flammarion consid. 12.5.1), le Tribunal fédéral a rappelé que, si la jurisprudence reconnaît que la violation du droit fondamental à être jugé dans un délai raisonnable peut justifier une réduction de la sanction à prononcer à l'issue d'une procédure relevant du droit pénal ou du droit administratif, il n'avait jamais précisé si la durée excessive d'une procédure de droit de la concurrence devait aussi conduire à une

diminution de la sanction financière prévue à l'art. 49a LCart. Cela étant, le Tribunal fédéral a déjà été amené à se demander si une procédure ayant duré sept ans et demi entre l'ouverture de la procédure par la Comco et l'arrêt attaqué du Tribunal administratif fédéral violait l'art. 6 CEDH et l'art. 29 al. 1 Cst, tout en la niant en l'espèce (cf. arrêt 2C\_484/2010 Publigroupe précité consid. 11).

#### **E. 6.7.1.2**

En l'occurrence, la question de savoir si la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable justifie la réduction d'une sanction prononcée en application de la LCart peut souffrir de demeurer ouverte, dès lors que la recourante ne saurait de toute manière se prévaloir d'une violation de son droit à être jugée dans un délai raisonnable. En effet, le Tribunal fédéral a souligné dans son arrêt Flammarion que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure, qu'il soit apprécié à l'aune de l'art. 6 par. 1 CEDH ou de l'art. 29 al. 1 Cst., doit toujours s'apprécier suivant les circonstances de l'affaire. Cette appréciation doit s'opérer en particulier à l'aune des critères suivants : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, celui des autorités compétentes, et l'enjeu du litige pour l'intéressé. En particulier, le Tribunal fédéral a rappelé que l'intéressé est tenu d'exploiter dans la mesure de ses moyens les possibilités offertes par le droit interne pour abréger la procédure. A cet effet, il lui appartient d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié (cf. arrêt 2C\_44/2020 précité Flammarion consid. 12.6.1 et les réf. citées).

#### **E. 6.7.1.3**

En l'occurrence, la Comco a ouvert son enquête à l'encontre de la recourante pour violation de la LCart le 13 mars 2008 et cette procédure de première instance - qui constitue une cause de droit administratif (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.3.2) - a abouti au prononcé d'une sanction financière en date du 27 mai 2013, après avoir été un temps suspendue dans l'attente du résultat de la votation sur la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre. La recourante a ensuite formé recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Divers échanges d'écritures, ainsi qu'une audience d'instruction, ont ainsi eu lieu du 11 juillet 2013 au 24 juillet 2015. Le tribunal n'a toutefois statué en la cause - et admis partiellement le recours - qu'en date du 30 octobre 2019, un jour après la tenue d'ultimes débats publics à la demande de la recourante. La recourante a ensuite déposé, le 4 janvier 2020, un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci a statué le 21 décembre 2021, soit au total plus de 13 ans après l'ouverture de l'enquête. Cela étant, cette durée résulte en partie de la complexité de la problématique qui en est à la base, à savoir celle du système de distribution des livres en français en Suisse et son rapport avec le prix élevé des ouvrages vendus dans le pays. La recourante ne le conteste pas. Elle se limite à reprocher aux différentes juridictions les revirements de qualification de son comportement au cours de la procédure ainsi que sa durée inhabituelle. On remarquera toutefois que la recourante n'a jamais rien entrepris pour remédier à cet état de fait, notamment en formant un recours pour déni de justice. Elle soulève ce grief pour la première fois dans le cadre de la présente procédure de renvoi. Ainsi, l'absence totale de réaction de la recourante laisse transparaitre qu'elle s'est, en réalité, largement accommodée de la longueur de la procédure et qu'elle n'attachait dès lors pas de réelle importance à être rapidement fixée sur son sort.

#### **E. 6.7.1.4**

Dans ces circonstances, la recourante - qui est restée passive - ne saurait donc invoquer la durée de la procédure pour obtenir une diminution de la sanction qu'elle doit verser.

#### **E. 6.7.2**

La recourante soutient ensuite que la sanction devrait être réduite à un montant symbolique en mettant en avant, cette fois, l'écart significatif entre les charges retenues en première instance et le résultat retenu par le Tribunal fédéral, ainsi que le caractère incertain de la situation juridique au moment de l'infraction.

##### **E. 6.7.2.1**

La Comco peut prononcer une sanction ayant un caractère plutôt symbolique. Dans ce contexte, elle dispose d'un pouvoir d'appréciation important (cf. Décision de la Comco du 25 mai 2009 Sécateurs et cisailles, in : DPC 2009/2 143, ch. 99 ; ég. Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, p. 1925). En pareilles circonstances, le montant découle d'une réflexion qui permet de fixer le niveau adéquat de la sanction en tenant compte du principe de la proportionnalité (cf. ég. supra consid. 6.6.1). En revanche, afin de ne pas violer le principe de l'égalité de traitement, il convient de déterminer les éléments justifiant le choix d'une telle façon de procéder (cf. Décision de la Comco Sécateurs et cisailles précitée, in : DPC 2009/2 143, ch. 99). La pratique européenne considère également que des amendes symboliques peuvent être infligées en particulier lorsque la situation juridique n'est pas claire et qu'il n'existe pas de jurisprudence (cf. notamment décision de la Commission européenne 2001/892/CE du 25 juillet 2011 Deutsche Post ch. 193).

##### **E. 6.7.2.2**

En l'occurrence, le Tribunal de céans a déjà tenu compte de ce que l'infraction commise par la recourante était moins grave que ce qui avait été initialement retenu. Il a expliqué, dans le détail, les raisons pour lesquels une réduction supérieure ne devait pas être octroyée (cf. supra consid. 6.3.5 et, en particulier, 6.3.5.2). Au surplus, on ne saurait admettre une réduction de la sanction à un montant symbolique au seul motif que la recourante obtient partiellement gain de cause. Une telle façon de faire violerait manifestement le principe d'égalité de traitement. La situation de la recourante n'est, en effet, en rien différente de celle de n'importe quel recourant obtenant partiellement gain de cause à l'issue d'une procédure judiciaire. Quoi qu'en pense la recourante, sa situation n'a rien d'exceptionnel. Au surplus, il y a lieu de rappeler que la recourante a obtenu gain de cause, pour l'essentiel, dans la mesure où le Tribunal fédéral retenait qu'en raison de la durée de la procédure, il ne se justifiait pas de renvoyer la cause aux autorités précédentes pour nouvelle instruction. Hormis ce point, la situation juridique était plutôt claire et la formulation des clauses sanctionnées par le Tribunal fédéral n'a pas donné lieu à d'intenses discussions (cf. arrêt 2C\_43/2020 précité consid. 10.4.2). Le Tribunal fédéral a, du reste, estimé que ces réflexions ne justifiaient pas une publication dans le recueil officiel (cf. ATF 148 II 25). La recourante minimise ainsi largement son comportement. Elle perd de vue que, même s'il est moins grave que ce que le Tribunal de céans l'avait initialement retenu, celui-ci constitue néanmoins toujours une infraction moyennement grave à grave à la LCart.

##### **E. 6.7.2.3**

Il suit de là que, compte tenu du très large pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités de concurrence dans ce contexte, le Tribunal ne voit aucune raison pour laquelle il y aurait lieu de réduire le montant de la sanction à un caractère purement symbolique.

### **E. 6.7.3**

Dans un ultime grief, la recourante considère que la sanction devrait être réduite dans la mesure où elle aurait subi un dommage à sa réputation en raison de l'enquête ouverte par la Comco et des procédures administratives et judiciaires qui s'en sont suivies. Elle reproche en particulier au Tribunal fédéral d'avoir mentionné, dans la version de son arrêt publié sur internet, le montant de la sanction initiale de [...] francs et de la sanction réduite par le Tribunal administratif fédéral de [...] francs. Ceci étant, pour autant que la recourante demande une réduction du montant de la sanction qui lui a été infligée de façon à réparer un éventuel dommage à sa réputation, il convient de rappeler qu'une telle réduction ne saurait constituer une réparation au dommage allégué. Un éventuel dommage à sa réputation doit, en effet, être allégué dans une procédure ou une action en responsabilité de la Confédération, conformément à la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité, LRFC, RS 170.32). Le Tribunal de céans ne saurait, sans outrepasser ses compétences, se prononcer sur une telle demande en l'état.

### **E. 6.8**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a donc lieu de fixer la sanction prononcée à l'encontre de la recourante à [...] francs. Ce montant reste, au demeurant, dans les limites du montant maximal de la sanction défini ci-dessus (cf. supra consid. 6.3.3).

### **E. 7**

Il incombe ensuite au Tribunal de céans de se déterminer sur le sort des frais et dépens devant la Comco. A cet effet, il convient de statuer sur leur répartition sur la base de l'issue finale de la procédure, telle qu'elle découle de l'arrêt du Tribunal fédéral.

#### **E. 7.1**

La recourante conclut d'abord à ce que les frais de procédure devant la Comco soient mis en partie à la charge de la Confédération. Elle estime que, compte tenu de l'issue de la procédure, il se justifierait de réduire les frais encourus de trois-quarts au moins, soit à 19'003 francs tout au plus.

##### **E. 7.1.1**

Cela étant, le Tribunal fédéral a constaté qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause le raisonnement du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il confirmait que la recourante devait payer un dixième des frais occasionnés par la procédure devant la Comco et que cette décision, contre laquelle la recourante n'avait soulevé aucun grief, ne violait pas le droit fédéral, même si le nombre d'accords imputables justifiant le prononcé d'une sanction a été surévalué. Il a rappelé d'ailleurs que, selon sa propre jurisprudence, celui qui, par son comportement, provoquait l'ouverture d'une procédure relevant de la LCart, pouvait être condamné à l'ensemble des frais d'enquête de première instance (cf. ATF 128 II 247 consid. 6 ; arrêt du TF 2A.492/2002 du 17 juin 2003 consid. 6.2). Le Tribunal fédéral a, en revanche, estimé que la recourante ne pouvait être condamnée à répondre solidairement de l'ensemble des autres frais de procédure mis à la charge des autres distributeurs. Il a ainsi renvoyé la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il corrige ce point.

### **E. 7.1.2**

Ainsi, en vertu du principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi (cf. supra consid. 6.2.2), le Tribunal de céans voit sa cognition limitée. En l'occurrence, il ne dispose d'aucune marge d'appréciation. Le Tribunal fédéral a en effet tranché, de manière définitive, qu'en application de sa jurisprudence et en l'absence de tout grief formulé par la recourante sur ce point, sa condamnation au paiement d'un dixième des frais de procédure de première instance, soit 76'015 francs, ne violait pas le droit fédéral. Nonobstant, quand bien même on devrait admettre une cognition résiduelle, le Tribunal de céans ne voit pas, à l'aune de la jurisprudence du Tribunal fédéral, en quoi il y aurait lieu de réduire les frais, dès lors que la recourante a, par son comportement illicite, provoqué l'ouverture d'une procédure relevant de la LCart.

### **E. 7.1.3**

Il appartient toutefois au Tribunal de céans de corriger le point soulevé par le Tribunal fédéral et de constater formellement qu'elle n'est pas solidairement responsable de l'ensemble des autres frais de procédure mis à la charge des autres distributeurs. La recourante est ainsi uniquement condamnée à payer un montant de 76'015 francs au titre de frais de la procédure devant la Comco.

### **E. 7.2**

S'agissant des dépens, le mandataire de la recourante a produit une note de frais pour la procédure devant la Comco. Or, conformément à la jurisprudence fédérale (cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2), seuls sont pris en compte les dépens liés à la procédure de recours. En effet, la LCart ne contient pas de règle spécifique prévoyant un dédommagement de droit administratif et la PA, à laquelle renvoie l'art. 39 LCart, ne prévoit pas l'allocation de dépens dans les procédures administratives de première instance (art. 64 PA). Partant, il ne peut être fait droit à la requête de la recourante tendant à l'octroi de dépens pour les frais de représentation engagés devant l'autorité inférieure.

## **E. 8**

Il convient encore de se déterminer sur le sort des frais et dépens de la procédure de recours initiale.

### **E. 8.1**

En règle générale, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (art. 63 al. 2 PA).

#### **E. 8.1.1**

En l'occurrence, la recourante a obtenu gain de cause en tant qu'elle n'est plus astreinte à une sanction de [...] francs, ni au paiement solidaire des 760'150 francs de frais de procédure devant la Comco. Elle est uniquement condamnée à payer une sanction de [...] francs ainsi que sa part des frais de procédure, à savoir 76'015 francs.

#### **E. 8.1.2**

Vu l'issue de la procédure B-3938/2013, il se justifie de mettre à sa charge des frais de procédure réduits à 9'500 francs. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de 18'000

francs perçue le 24 juillet 2013. Le solde de 8'500 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

## **E. 8.2**

Au surplus, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). Les autorités fédérales n'ont pas droit à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

### **E. 8.2.1**

La recourante a obtenu partiellement gain de cause et s'est vu octroyer, à titre de dépens réduits, un montant de 46'000 francs par l'arrêt B-3938/2013 du 30 octobre 2019 sur la base du décompte remis par son mandataire à l'issue de la procédure et en tenant compte des débats publics du 29 octobre 2019 (pour le détail, cf. arrêt B-3938/2013 précité consid. 22.2).

### **E. 8.2.2**

Vu toutefois l'issue de la procédure à la suite du renvoi par le Tribunal fédéral, il se justifie d'augmenter cette indemnité à 57'000 francs, et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure.

## **E. 9**

Reste enfin à se prononcer sur les frais et dépens de la présente procédure.

### **E. 9.1**

S'agissant d'un renvoi, il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires spécifiques à la présente procédure.

### **E. 9.2**

En revanche, la recourante, qui a conclu au prononcé d'une sanction à caractère symbolique à l'issue de l'arrêt du Tribunal fédéral, n'obtient que partiellement gain de cause dans le cadre de la présente procédure. Faute de décompte remis en temps utile, il se justifie de lui octroyer ex aequo et bono - en tenant compte des écritures produites - une indemnité à titre de dépens réduits de 2'000 francs.

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