

# **BVGer B-3954/2013 vom 30. Oktober 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-10-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3954\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3954_2013)

FR: TAF B-3954/2013 du 30 octobre 2019

IT: TAF B-3954/2013 del 30 ottobre 2019

## **Regeste**

Accords illicites

## **Erwägungen**

### **E. 10**

Délimitation du marché de référence

#### **E. 10.1**

Afin de déterminer l'intensité de la concurrence, il est avant tout nécessaire de délimiter le marché de référence du point de vue matériel, géographique et temporel (cf. ATF 139 I 72 Publigruppe consid. 9.1 ; Comco, DPC 2014/4 670, Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA, ch. 59 ; Luca Stäubli/Felix Schraner, in : DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018 [DIKE Kommentar], art. 4 al. 2 p. 257 ss no 88). A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché pertinent requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible ainsi que convaincante ; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. supra consid. 8.2.1, voir également ATF 139 I 72 Publigruppe consid. 9.2.3.4).

#### **E. 10.2**

La délimitation du marché pertinent - laquelle relève de l'appréciation des faits - permet de constater si, et dans quelle mesure, la concurrence efficace est effectivement supprimée par un accord en matière de concurrence (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 précité Baubeschlüge Siegenia consid. 6.1.2). La notion de marché de référence n'est pas définie dans la loi. L'art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) peut toutefois, dans le cadre de l'appréciation des accords en matière de concurrence, être appliqué par analogie à la délimitation matérielle, géographique et temporelle du marché de référence (cf. ATF 139 I 72 Publigruppe consid. 9.1 ; arrêts du TAF B-831/2011 précité Six Group consid. 230, B-506/2010 précité Gaba consid. 9 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 257). Ainsi, outre le marché de produits, qui comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. art. 11 al. 3 let. a OCCE), il convient également de circonscrire le marché géographique dans lequel l'accord a produit ses effets (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 précité Altimum consid. 5.3). Le marché de référence comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (cf. art. 11 al. 3 let. b OCCE). La clarification de la dimension temporelle du marché n'est pas toujours

nécessaire, le marché temporel n'étant pris en compte que de manière exceptionnelle (cf. arrêt du TAF B-2977/2007 précité Publigroupe consid. 5.3 ; Stäubli/Schraner, op. cit., art. 4 al. 2 p. 270 no 115 ; Beat Zirlick/Simon Bangerter, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 447 no 71 ; Evelyne Clerc/Pranvera Këllezli, in : CR-Concurrence, op. cit., ad art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 107). De même, la considération de développements subséquents à la période de l'enquête n'est possible que de manière limitée lorsqu'ils permettent de tirer des conclusions convaincantes sur la situation antérieure (cf. ATF 139 I 72 Publigroupe consid. 9.2.2).

### **E. 10.3**

L'autorité inférieure a délimité le produit au livre écrit, c'est-à-dire rédigé ou traduit, en français (ch. 556 décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, le livre numérique du marché pertinent, notamment en raison de la faible consommation en Suisse de ce support de lecture et de ses spécificités techniques (ch. 472 ss décision attaquée). Elle a également renoncé à distinguer entre les catégories de livres dès lors qu'un libraire est tenu d'offrir toutes les « marques » à ses clients (ch. 484 ss décision attaquée). Après avoir examiné les autres marchés liés à la branche du livre, en particulier les marchés de services de diffusion et de distribution (ch. 551 ss décision attaquée), l'autorité inférieure a toutefois considéré que seul le marché de la vente était affecté par les accords. La définition des niveaux retail et wholesale n'étant pas contestée par la recourante, l'autorité inférieure a ainsi retenu que le marché de référence était celui de la vente de livres au niveau wholesale (ch. 491 décision attaquée). Sur le plan wholesale, les partenaires potentiels de l'échange sont ainsi, selon l'autorité inférieure, du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France, les grossistes et les libraires français et, du côté de la demande, les revendeurs de livres (ch. 556 décision attaquée). En tant que les accords litigieux concernent indépendamment des détaillants généraux que des détaillants spécialisés dans un domaine particulier, l'autorité inférieure estime qu'il n'est pas nécessaire de diviser les détaillants en catégories (ch. 484 ss décision attaquée). Enfin, elle relève que les détaillants forment l'offre retail (ch. 514 ss décision attaquée) - laissant ouverte la question de savoir si les sociétés actives sur Internet de même que les libraires français font partie de celle-là (ch. 511 et 536 décision attaquée) - et les consommateurs finaux, la demande retail (ch. 501 décision attaquée).

#### **E. 10.3.1**

Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que ceux-ci étaient, du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les librairies traditionnelles que les autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor et, du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France, ainsi que les grossistes et libraires français. Elle précise avoir exclu de l'offre wholesale les entreprises actives sur Internet. Elle considère en effet que celles-ci ne représentent pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants, lesquels perçoivent ces entreprises comme des concurrents (ch. 537 ss décision attaquée). Compte tenu des spécificités de la branche du livre, les partenaires potentiels de l'échange sont - du côté de la demande - principalement les librairies et les autres détaillants - dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres mais plus globalement le commerce de détail - actifs également dans la vente de livres aux consommateurs (ch. 497 ss décision attaquée). Pour le surplus, il n'y a pas lieu de tenir compte des différentes catégories de détaillants, en tant qu'il ne ressort pas du dossier qu'une différence de traitement soit opérée par les

diffuseurs-distributeurs. Au contraire, les accords examinés par l'autorité inférieure sont indépendants du type de détaillants (ch. 500 décision attaquée). Du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs ainsi que les grossistes font indéniablement partie de celle-ci. Reste dès lors à examiner si les entreprises actives sur Internet et les libraires français sont également des partenaires potentiels de l'échange ; il convient d'en faire de même avec les consommateurs.

#### **E. 10.3.1.1**

L'examen des questionnaires envoyés aux détaillants (actes 88 ss) indique que la plupart d'entre eux ont considéré que les entreprises actives sur Internet étaient des concurrents réels (ch. 520 décision attaquée). Un tel constat est confirmé par les déclarations de OLF dans son questionnaire : « le canal Internet est aujourd'hui destiné au consommateur final » (acte 76 p. 3). De même, Payot a relevé, dans son questionnaire du 9 décembre 2008, que « L'Internet ne [pouvait] être une solution, dans la mesure où les achats ne pourraient se faire que sur des sites de vente aux particuliers, donc sur la base du prix de vente, sans remise pour les librairies » (acte 129 p. 4). Lors de son audition du 26 novembre 2012 devant l'autorité inférieure, Payot a précisé : « [o]n ne voit pas Amazon devenir un fournisseur qui nous accorderait un prix d'achat de revendeur [...] ça peut être une solution ponctuelle » (acte 913 lignes 431-439). Il y a ainsi lieu de relativiser les propos de certaines librairies et en particulier ceux de la librairie D.G. \_\_\_\_\_, laquelle précise acheter souvent sur Internet : « Les livres [y] sont vendus au change réel, hors TVA française [...]. Ils sont donc entre 20 et 30% moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur [Internet] des livres au prix où les librairies les achètent aux diffuseurs » (acte 406 p. 6). Dite déclaration doit être mise en relation avec les déclarations de la même librairie en 2008 : « Quand un diffuseur suisse peine trop pour obtenir un livre, nous pouvons être amenés à les commander auprès des marchands sur Internet mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant » (acte 136 p. 5). Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des entreprises présentes sur Internet ne permet pas aux détaillants de retirer une marge suffisante pour leur activité, les prix pratiqués aux détaillants par dites entreprises étant les mêmes que ceux pratiqués aux consommateurs. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement par Internet effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances particulières et de manière ponctuelle. Partant, les entreprises actives sur Internet ne sont pas des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre wholesale. L'éventuelle concurrence au niveau retail occasionnée par le commerce électronique du livre imprimé et ses conséquences sur le marché wholesale seront néanmoins analysées plus avant (cf. infra consid. 13.4).

#### **E. 10.3.1.2**

Quant aux librairies françaises, il ressort de l'examen des questionnaires adressés aux détaillants que ceux-ci ne voient pas les librairies françaises comme une alternative crédible d'approvisionnement. Elles ne peuvent en réalité que constituer un « marché gris » au niveau de l'offre wholesale, dès lors qu'elles représentent des intermédiaires supplémentaires dans le réseau de distribution et sont, à ce titre, elles-mêmes tributaires des diffuseurs-distributeurs exclusifs français. Dans ces conditions, elles ne sauraient constituer des partenaires potentiels de l'échange à part entière. Au surplus, les importations par l'intermédiaire d'un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », sont marginales et se font à l'insu des éditeurs et des diffuseurs-distributeurs. Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des libraires français ne permet pas aux détaillants d'obtenir les mêmes

conditions et services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses, en particulier s'agissant des remises et du droit de retour. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement auprès des librairies en France effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances spécifiques, en particulier pour les ouvrages non diffusés et non distribués en Suisse. Elles ne permettent pas de conclure que les librairies françaises sont des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre wholesale, ce que confirme, du reste, l'expérience de Payot (cf. supra consid. 8.5.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché retail, par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant (cf. infra consid. 13.4). A noter que le système singulier mis en place par B.A.\_\_\_\_\_ ne saurait être assimilé à un approvisionnement auprès de librairies françaises, dès lors que celui-là a fait l'acquisition de telles structures, les transformant, parallèlement à leur activité de librairies, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse (cf. supra consid. 8.5.3).

#### **E. 10.3.1.3**

Il ressort enfin du dossier que les comportements d'achat des détaillants et des consommateurs ne sont pas non plus comparables. Les détaillants interviennent dans l'échange vis-à-vis des diffuseurs-distributeurs dans le but de vendre les livres aux consommateurs finaux. Ainsi, ils doivent composer leur offre en tenant notamment compte du comportement d'achat des consommateurs finaux. De même, il apparaît que les consommateurs et les détaillants ne sont pas prêts à payer le même montant pour un titre donné. Les détaillants visent avant tout la revente des ouvrages acquis auprès des diffuseurs-distributeurs et des grossistes afin de dégager un revenu de cette activité. Ils acquièrent dans ce but plusieurs exemplaires d'un même titre afin d'être en mesure de revendre celui-ci à plusieurs consommateurs distincts. De leur côté, les consommateurs n'acquièrent généralement qu'un seul exemplaire de chaque titre. De même, les détaillants supportent les coûts de transport en cas d'exercice du droit de retour, les consommateurs n'ont pas à se préoccuper de ces questions ou, à tout le moins, pas selon les mêmes contraintes. Enfin, les détaillants sont directement affectés par les clauses d'exclusivité existant dans les contrats situés en amont et il ne ressort pas du dossier que les consommateurs puissent s'approvisionner directement auprès des diffuseurs-distributeurs ou des grossistes. Il y a donc lieu de distinguer les niveaux de marché wholesale et retail. Il s'ensuit que les consommateurs ne peuvent être considérés comme des partenaires potentiels de l'échange. Les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché retail et la demande des consommateurs finaux seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse (cf. infra consid. 13.3).

#### **E. 10.3.1.4**

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les partenaires potentiels de l'échange se situent uniquement sur le marché de la vente de livres au niveau wholesale, c'est-à-dire entre les diffuseurs-distributeurs et les grossistes d'un côté et les détaillants de l'autre, en tant qu'il s'agit du marché directement affecté par l'accord.

#### **E. 10.3.2**

Il y a maintenant lieu de délimiter les produits ou services substituables entre les différents partenaires potentiels de l'échange, en tenant compte d'abord de la substituabilité du point de vue de la demande. A cet égard, il s'agit de prendre en compte les produits ou services alternatifs existants (cf. Clerc/Këllezi, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290

no 68), le degré de substituabilité s'appréciant en fonction de caractéristiques objectives et des préférences subjectives (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 7.3 ; arrêt du TAF B-2977/2007 précité Publigroupe consid. 5.1.1). La substituabilité du côté de l'offre doit en principe également être prise en compte dans la délimitation du marché de produits (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 272). Ainsi, les produits qui ne sont pas substituables du côté de la demande doivent être néanmoins inclus dans le marché de produits s'il existe un degré élevé de substituabilité au niveau de l'offre (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 272 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 70 no 12). Il y a substituabilité au niveau de l'offre lorsque les producteurs peuvent réorienter leur production à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, et fabriquer ainsi des produits qui sont fonctionnellement interchangeables du point de vue de la demande avec les autres produits sur le marché (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 272 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 70 no 12 ; Mani Reinert/Benjamin Bloch, in : BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 2 p. 207 no 150 ; Stäubli/Schraner, op. cit., art. 4 al. 2 p. 249 no 65 ; Clerc/Këllezi, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 295 no 85). Seuls les concurrents susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai sont pris en compte dans le cadre de la détermination de la substituabilité du côté de l'offre. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de concurrents potentiels susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible mais non bref. La concurrence potentielle sera toutefois prise en compte dans le cadre de l'analyse de la concurrence sur le marché de référence (cf. infra consid. 12.4 ; cf. Clerc/Këllezi, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 67 ; Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, op. cit., p. 163).

#### **E. 10.3.2.1**

La notion de livre écrit en français représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision entreprise. Il s'agit tout d'abord des livres écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français. Reste à examiner si, comme le prétendent certains diffuseurs-distributeurs, il y a lieu de considérer les livres numériques comme faisant partie des produits substituables au niveau de la demande et de l'offre et s'il y a lieu d'opérer une distinction selon les différentes catégories de livres. S'agissant des livres numériques, il y a lieu de distinguer selon que ceux-ci sont substituables aux livres écrits au niveau wholesale, c'est-à-dire du point de vue des détaillants, et au niveau retail, c'est-à-dire du point de vue des consommateurs. L'expertise Gugler, sur laquelle se fondent certains diffuseurs-distributeurs, n'a pas distingué leurs arguments selon les niveaux wholesale et retail (acte 698). L'utilisation du livre numérique nécessite l'emploi d'une liseuse ou d'un autre dispositif électronique, tel un smartphone ou une tablette, ce qui constitue en soi un produit spécifique. De plus, le contenu du livre s'acquiert essentiellement en ligne, sans point de vente physique et sans intermédiaire. La structure du marché est donc sensiblement différente du modèle économique existant pour les livres imprimés et n'est pas directement touchée par les accords existant entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Ainsi, du point de vue des détaillants, le livre numérique n'est pas vu comme substituable au livre imprimé. De même, il n'apparaît pas que les diffuseurs-distributeurs aient été en mesure, durant la période de l'enquête, de fournir des livres numériques aux détaillants dans un laps de temps bref et sans investissements conséquents. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché wholesale durant la période de l'enquête. Quant à l'influence des livres numériques sur le marché retail, l'autorité inférieure se fonde sur plusieurs études, notamment sur l'expertise Gugler. Selon une étude du cabinet Kearney, datant de 2012, les ventes de livres numériques ne représenteraient que 0.5% des ventes

totales de livres en France - seuls 0.2% des français étant équipés en matériel pour lire des livres numériques - pour un catalogue de 60'000 titres (ch. 473 décision attaquée). En outre, selon une étude Ipsos/Livres Hebdo, réalisée début 2011, les français estiment, à hauteur de 65%, que le livre imprimé restera toujours le principal support, l'étude précisant que le niveau d'intérêt pour les livres numériques n'a pratiquement pas bougé entre 2009 et 2011 (ch. 474 décision attaquée). Quant à l'expertise Gugler, elle se fonde sur une étude produite en 2010 par PricewaterhouseCoopers, laquelle prédit une forte croissance à l'avenir des livres numériques (ch. 475 décision attaquée). Il s'ensuit que la faible consommation de livres numériques durant la période de l'enquête ne permet pas de constater que ceux-ci soient substituables aux livres imprimés aux yeux du consommateur final. Force est dès lors de constater, à l'instar de l'autorité inférieure, que les livres numériques n'ont pas non plus fait partie du marché relevant au niveau retail.

#### **E. 10.3.2.2**

Certains diffuseurs-distributeurs ont affirmé qu'il est nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux principales catégories de livres, chaque catégorie de livres répondant à un besoin spécifique des consommateurs. Cette catégorisation serait également importante pour déterminer les possibilités de substitution des ouvrages. Il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'enquête portent sur l'ensemble du catalogue de Editions Glénat, sans opérer de distinction entre les différentes catégories de livres. Ainsi, du côté de la demande, les détaillants doivent concevoir une offre variée et être en mesure de proposer un assortiment de livres aussi complet que possible dans tous les domaines, que ce soit directement dans leurs rayons ou sur commande. Partant, les détaillants sont tenus d'entretenir des relations commerciales avec les principaux - si ce n'est tous - les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse. De même, ceux-ci doivent proposer aux détaillants - en raison des différents régimes d'exclusivité octroyés - l'ensemble de leur catalogue et n'opèrent pas de distinction en fonction des catégories d'ouvrages. Ainsi, il appert qu'il n'est pas nécessaire - au stade de la définition du marché de référence - d'opérer une distinction entre les différentes catégories de livres proposées par Editions Glénat puisque le livre écrit constitue, en tant que tel, le produit qu'ils vendent. En revanche, l'influence des différentes catégories de livres sur le comportement des consommateurs devra être examinée ultérieurement au stade de l'analyse de la concurrence (cf. infra consid. 12 ss).

#### **E. 10.3.3**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le marché de produits est celui de la vente de livres neufs écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français au niveau wholesale - soit le marché de la distribution - en tant qu'il s'agit du marché affecté par les accords. Les autres marchés du livre, en particulier les marchés des services de diffusion ne font pas partie du marché de produits. L'éventuelle pression concurrentielle sur la vente desdits livres au niveau wholesale, en particulier celle exercée par le marché retail sera néanmoins examinée au stade de l'analyse de la concurrence dont la délimitation du marché n'est que la prémisse (cf. infra consid. 13.2, 13.3).

#### **E. 10.4**

Le marché géographique comprend le territoire dans lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou les services qui composent le marché de produits (cf. ATF 139 I 72 Publigruppe consid. 9.2.1 ; ATAF 2011/32 Swisscom Terminierung consid. 9.6.1 ; arrêts du TAF B-7633/2009 précité

Swisscom ADSL consid. 302 et B-506/2010 précité Gaba consid. 9.2 ; Comco, DPC 2007/2 190, Publigroupe, ch. 121 ; Clerc/Këllezi, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 301 no 98 ; David/Jacobs, op. cit., p. 237 no 693 ; Reinert/Bloch, op. cit., art. 4 al. 2 p. 218 no 218 ss). Il s'agit de déterminer s'il existe, dans une zone géographique donnée, des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines. Le marché géographique peut donc être défini dans certains cas comme local, régional, national, supranational ou mondial (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 303 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 71 no 15). L'autorité inférieure a délimité le marché géographique au niveau wholesale à la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, et le marché géographique au niveau retail à la région francophone nationale, l'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devant toutefois être considérée dans l'analyse de la concurrence subséquente (cf. infra consid. 13.4). Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la délimitation du marché géographique retenue dans la décision attaquée.

### **E. 10.5**

Le marché temporel comprend la période au cours de laquelle les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits et dans la zone géographique qui englobe le marché géographique (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 307 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 71 no 16 ; Clerc/Këllezi, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 ss no 107 ss). La dimension temporelle du marché de référence n'est prise en compte que de manière exceptionnelle lorsque les produits ou services qui composent le marché de produits ne sont disponibles que durant certaines périodes (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 307 et B-2977/2007 précité Publigroupe consid. 5.3). Le caractère substituable de deux produits présuppose dès lors que ceux-ci soient disponibles sur le marché en même temps (cf. Clerc/Këllezi, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 108). En l'espèce, il n'est pas contesté que les diffuseurs-distributeurs et les détaillants ont respectivement offert et acquis des livres écrits en français, sans interruption, durant la période de l'enquête. Il s'ensuit que la délimitation du marché temporel n'est pas pertinente, l'offre et la demande ayant été continues tant sur le marché wholesale que sur le marché retail durant la période de l'enquête.

### **E. 10.6**

Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la décision attaquée expose de manière circonstanciée le fonctionnement du marché du livre, en particulier sa dimension matérielle. L'autorité inférieure, se fondant sur des études, a motivé avec soin les raisons justifiant d'exclure du marché de référence notamment les livres numériques et le commerce électronique de livres imprimés. De même, elle a examiné le fonctionnement des marchés wholesale et retail. Toutefois, il y a lieu d'exclure les librairies françaises des partenaires potentiels de l'échange, celles-ci ne constituant pas une alternative d'approvisionnement crédible. Pour le surplus, rien ne s'oppose à la délimitation du marché de référence opérée par l'autorité inférieure, laquelle a défini le marché comme étant celui de la vente wholesale de livres neufs, imprimés et écrits en français dans la zone supranationale francophone, à l'exclusion du commerce électronique de livres imprimés.

### **E. 11**

Concurrence sur le plan intramarque Ceci étant, il s'agit d'examiner si, nonobstant le système de distribution mis en place, il subsistait, durant la période considérée, une concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence.

### **E. 11.1**

L'autorité inférieure a relevé que la forte différenciation des titres édités rendait non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, au niveau wholesale ou retail, ne choisit pas un livre en fonction d'une marque correspondant au nom de l'éditeur ; il acquiert un titre déterminé. Que la notion de marque se rapporte à la production éditoriale, au catalogue du diffuseur ou au livre, les conclusions de l'analyse demeurent en l'espèce identiques.

### **E. 11.2**

Il subsiste une concurrence sur le plan intramarque lorsque les partenaires potentiels de l'échange offrant des produits ou des services de la même marque continuent à se concurrencer malgré l'existence de l'accord (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 7.2 ; arrêt du TAF B-5685/2012 précité Altimum consid. 5.4 ; Comco, DPC 2014/1 184, Kosmetikprodukte, ch. 176 ss et DPC 2010/1 65, Gaba, no 207 ss ; Zirlick/Bangerter, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 459 no 114 ; Krauskopf/Schaller, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 442 no 594 ss). Tel est le cas lorsqu'il existe des possibilités d'arbitrage suffisantes, lesquelles peuvent consister en un différentiel de prix ou des différences concernant d'autres paramètres, comme les services, et - dans le cadre d'accords d'attribution de territoires - si suffisamment d'importations parallèles ont effectivement eu lieu pour discipliner le marché (cf. arrêt du TAF B-506/2010 précité Gaba consid. 8.1.2 ; Comco, DPC 2012/3 540, BMW, ch. 215 ss et DPC 2010/1 65, Gaba, ch. 207 ss ; Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss no 660 ss). Une concurrence sur le plan intramarque intensive peut néanmoins exister sur le marché suisse, indépendamment d'éventuelles importations parallèles (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss no 660 ss ; décisions de la Comco, DPC 2010/1 p. 65, Gaba, ch. 207 ss et DPC 2012/3, p. 540, BMW, ch. 215 ss ; arrêt du TAF 506/2010 précité Gaba consid. 8.1.2). En effet, même en cas de cloisonnement du marché suisse vis-à-vis des pays étrangers environnants, une concurrence peut néanmoins subsister en Suisse (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 585 no 676). En droit européen, un accord de distribution exclusive - n'interdisant pas les ventes passives - peut malgré tout affaiblir la concurrence. La position détenue par le producteur sur le marché est particulièrement importante ; plus la position du producteur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque est grave (cf. point 153 lignes directrices). De même, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque peut constituer un problème grave sur un marché mûr mais être plus anodin sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent (cf. point 158 lignes directrices). La concurrence sur le plan intramarque risque de s'affaiblir lorsque la distribution exclusive est pratiquée sur des territoires étendus - comme par exemple un Etat -, dans la mesure où les partenaires potentiels de l'échange du côté de la demande pourraient, pour une marque importante, n'avoir plus qu'un choix limité d'approvisionnement (cf. point 159 lignes directrices).

### **E. 11.3**

Le point de départ de l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque consiste en la définition de la marque. Il ressort de la décision attaquée que l'ensemble des accords analysés reposent sur un régime d'exclusivité (ch. 422 décision attaquée). En raison des spécificités du marché du livre, il appert que - sur un territoire donné - chaque titre est, en principe, produit par un seul éditeur, lequel confie respectivement la diffusion et la distribution de son fonds à un diffuseur-distributeur exclusif. Celui-ci est généralement le seul à diffuser et distribuer son catalogue aux détaillants dans le territoire qui lui est attribué (ch. 5 ss, not. 9 décision attaquée). Ce faisant, chaque titre fait partie d'un seul fonds d'éditeur, lequel fait partie d'un seul catalogue de diffuseur-distributeur. Dans une telle configuration, il importe peu - au stade de l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque - d'opérer une distinction au niveau de la marque entre les titres, les fonds édités ou les catalogues diffusés et distribués sur un territoire donné.

#### **E. 11.4**

Il a été admis ci-dessus que les librairies Payot, la Fnac suisse et B.A.\_\_\_\_\_ avaient disposé de possibilités d'arbitrage par le prix durant la période de référence, de même que les librairies de taille moyenne si tant est qu'elles coordonnaient leurs importations (cf. supra consid. 8.4.4, 8.5.3). Ce nonobstant, seules quelques importations parallèles ont été entreprises auprès des fournisseurs agréés au sens de l'art. 5 al. 4 LCart entre 2005 et 2011 sur le marché pertinent, à savoir une seule par les librairies D.A.\_\_\_\_\_ et la Fnac suisse et plusieurs par les librairies D.B.\_\_\_\_\_ et B.A.\_\_\_\_\_ (par l'entremise de sociétés écran) (cf. supra consid. 8.5.1, 8.5.3). Dites importations sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix du catalogue de Editions Glénat pratiqués en Suisse, comme le démontre en particulier le différentiel de prix ayant existé, durant la période de l'enquête, entre les marchés wholesale suisse et français pour lesdits ouvrages (cf. supra consid. 8.4.2). En outre, OLF étant le distributeur exclusif sur le territoire suisse du catalogue de Editions Glénat ainsi que de ceux des éditeurs et/ou distributeurs tiers dont le groupe a été chargé de la diffusion-distribution pour la Suisse, aucune concurrence sur le plan intramarque, par le prix ou les services, n'a existé sur le marché de la distribution suisse durant la période visée par l'enquête. Il s'ensuit que les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart auxquels Editions Glénat a été partie n'ont pas permis que, sur le marché pertinent et durant la période visée, subsiste une concurrence sur le plan intramarque.

#### **E. 12**

Concurrence sur le plan intermarques Il convient encore d'analyser la concurrence sur le plan intermarques. Ainsi, il s'agit d'abord d'examiner la concurrence actuelle, c'est-à-dire s'il existe une concurrence avec des substituts provenant d'autres producteurs (cf. ch. 11 CommVert ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 483 no 203). A cet égard, il y a lieu de déterminer si les parts de marché détenues par les concurrents offrant d'autres marques sont suffisantes pour qu'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. A défaut, il s'agira d'examiner la concurrence potentielle (cf. Antipas, op. cit., p. 356).

#### **E. 12.1**

L'autorité inférieure a relevé, dans sa décision, que les livres étaient des produits dont la palette de différenciation était considérable ; aucun titre ne peut être véritablement identique (ch. 592 décision attaquée). Si elle ne constitue en l'espèce pas un indice de concurrence, en

tant que tel, la forte différenciation des produits influence cependant directement les choix des consommateurs finaux et des libraires, dès lors que la substituabilité de certains produits est limitée. Les libraires doivent en effet être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale. Aussi, l'autorité inférieure a retenu qu'il résultait de la forte différenciation des produits dans le secteur du livre qu'aucun détaillant ne pouvait se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement, en cas de rackjobbing par exemple, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeur, ce qui réduisait partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence sur le plan intermarques ab ovo (ch. 602 décision attaquée). En clair, même si un diffuseur-distributeur se distingue par d'excellents services par rapport à ses concurrents, le libraire se doit de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeur. Toutefois, le secteur du livre se caractérisant par un nombre très élevé de références distinctes, tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits, laquelle crée une concurrence entre les diffuseurs, non seulement au niveau des prestations financières mais aussi au niveau des services, pour disposer du plus grand rayonnage de titres de leur catalogue auprès de chaque détaillant (ch. 601 décision attaquée).

### **E. 12.2**

La concurrence sur le plan intermarques se joue avant tout sur l'échelon retail. Du point de vue du client final, c'est-à-dire le lecteur, les titres d'un genre déterminé (par ex. les livres de cuisine ou les guides de voyage) peuvent, jusqu'à un certain point, être substituables. Cette substituabilité ne se transpose toutefois pas au niveau wholesale. Un libraire ne peut en effet pas choisir d'offrir à ses clients un guide de voyage, à l'exclusion d'un autre par exemple. Il ne peut pas non plus faire le choix d'intégrer dans son offre uniquement les titres les plus répandus. Pour pouvoir satisfaire à la demande de leurs clients, les libraires doivent être en mesure d'offrir à ceux-ci un large assortiment de références, le cas échéant, sur commande. A cet égard, Payot a indiqué, dans le questionnaire du secrétariat daté du 9 décembre 2008 (acte 129), ce qui suit : « si nous ne pouvons fournir un livre à notre clientèle, soit dans l'assortiment, soit par le biais de commandes clients spécifiques, nous ne sommes pas en mesure de remplir notre mission qui est justement de pouvoir proposer à notre clientèle l'ensemble des titres réputés disponibles, quel que soit le mode de diffusion-distribution choisi par l'éditeur » (p. 6 ss). C'est la raison pour laquelle, sur le marché wholesale, les détaillants ne commandent pas des titres individuels mais un assortiment de titres (par ex. un assortiment de livres policiers). Aussi, pour pouvoir offrir à leurs clients un choix satisfaisant de références, les détaillants sont tenus d'avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs-distributeur (exclusifs) suisses, dès lors qu'aucun de ceux-ci ne peut être substitué à un autre comme canal d'approvisionnement. Cet état de fait réduit considérablement le pouvoir de négociation des libraires sur l'échelon wholesale. Un détaillant ne peut en effet pas menacer un diffuseur-distributeur d'aller acheter ses livres auprès d'un autre diffuseur-distributeur suisse si, par exemple, celui-là ne lui fait pas un meilleur prix sur les titres de son catalogue. De même, il ne peut pas exclure de son réseau d'approvisionnement un diffuseur-distributeur pour le motif qu'il ne serait pas concurrentiel. Payot a, à ce titre, relevé, dans le questionnaire précité, que « cette concurrence [entre les diffuseurs suisses] n'existe pas, dans la mesure où chacun diffuse une production qui lui est propre [...] quel que soit son poids de parts de marché, y compris s'il est très faible, un diffuseur dispose des mêmes conditions d'exclusivité de diffusion qu'un gros diffuseur pour les catalogues qui lui sont propres » (acte 129 p. 3). « Chaque diffuseur [a] le monopole absolu pour les catalogues dont il a la responsabilité. [...] le modèle appliqué en Suisse est

copié du modèle français : il est basé sur la diffusion et la distribution exclusives de la production d'un éditeur par un fournisseur donné ». « Un libraire ne peut acheter un livre d'un éditeur donné que chez un et un seul fournisseur, peu importe [sa] taille, quelles que soient les parts de marché de chacun, il est en situation de maîtrise complète et totale dans la commercialisation des produits dont il a l'exclusivité ; il n'existe de fait aucune concurrence entre les fournisseurs » (acte 129 p. 9). Ce nonobstant, il n'est toutefois pas contesté que les libraires doivent faire face à une contrainte spatiale, en ce sens qu'ils ne peuvent pas exposer dans leur librairie tous les livres de tous les diffuseurs-distributeur auprès desquels ils disposent d'un compte (ch. 601 décision attaquée). Ils doivent donc faire un choix parmi les titres de leur catalogue, étant entendu que les livres qui, pour le client final, représentent des produits substituables ont davantage de possibilités d'être vendus s'ils sont exposés dans la librairie. C'est la raison pour laquelle les diffuseurs vont se livrer une concurrence afin de faire figurer en rayons le plus grand nombre de références. Partant, il y a lieu de déterminer s'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques non seulement au niveau des prix mais également au niveau du rayonnage. Pour ce faire, il est préalablement nécessaire d'établir les parts de marché de la recourante et de ses concurrents pour la période de l'enquête.

### **E. 12.3**

L'analyse de la concurrence sur le plan intermarques actuelle débute par celle des parts de marché détenues par le fournisseur et ses concurrents (cf. Comco, DPC 2012/3 540, BMW, ch. 249 ss et DPC 2010/1 65, Gaba, ch. 257 ss). Selon un principe économique, les accords verticaux (de prix minimaux ou de protection territoriale) ne produiraient des effets anticoncurrentiels qu'en présence d'un pouvoir de marché important des entreprises participantes, soit supérieur à 30% (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 556 no 542 et p. 584 no 670 ; points 153 et 154 lignes directrices). Par ailleurs, l'évolution des parts de marché permet, en principe, d'admettre plus facilement l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques que si les parts de marché demeurent identiques pendant des années (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 9.5.5). La présence d'une concurrence par le prix parle également souvent en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 584 no 671 ss). De même, la différenciation des produits constitue également un indice qu'une concurrence subsiste (cf. Comco, DPC 2010/1 65, Gaba, ch. 284 ss ; Zirlick/Bangerter, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 460 ss no 120). A ce défaut, il s'agira d'examiner si le producteur et ses concurrents font face à une concurrence potentielle les forçant à adopter un comportement efficace malgré l'absence de concurrence actuelle (cf. Comco, DPC 2014/1 184, Kosmetikprodukte, ch. 212 ss, DPC 2012/3 540, BMW, ch. 269 ss et DPC 2010/1 65, Gaba, ch. 296 ss ; Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508 ; Zirlick/Bangerter, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 460 ss no 120). A cet effet, l'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508). Inversement, la présence de barrières légales à l'entrée sur le marché, l'existence de coûts irrécupérables élevés, les difficultés linguistiques, les coûts de transport élevés et les surcapacités sont des indices qu'une concurrence sur le plan intermarques potentielle efficace n'existe pas. La concurrence potentielle fait défaut si l'on ne peut pas envisager des entrées sur le marché dans un délai de deux à trois ans (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 509). En droit européen, un accord de

distribution peut affaiblir la concurrence sur le plan intermarques, lorsque la plupart ou la totalité des producteurs pratiquent la distribution exclusive (cf. point 151 lignes directrices). Lorsque les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque sera généralement compensé par une concurrence sur le plan intermarques. En revanche, lorsque le nombre de concurrents est faible, que leur part de marché, leur capacité et leur réseau de distribution sont plus ou moins similaires, il existe un risque d'atténuation de la concurrence sur le plan intermarques. La diminution de la concurrence sur le plan intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs producteurs exploitent des systèmes de distribution similaires. De plus, la distribution exclusive multiple - à savoir le fait pour différents producteurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné - peut encore accroître le risque d'atténuation de la concurrence. En effet, lorsqu'un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents ou plus sur le même territoire, la concurrence sur le plan intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multiples est élevée, plus le risque d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence sur le plan intermarques sera réduite (cf. point 154 lignes directrices). Les risques éventuels que fait peser sur la concurrence sur le plan intermarques la distribution exclusive multiple est plus importante au niveau wholesale qu'au niveau retail. Ainsi, lorsqu'une entreprise devient distributeur exclusif pour un nombre important de producteurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau wholesale (cf. point 160 lignes directrices).

#### **E. 12.3.1**

S'agissant tout d'abord de la part de marché de la recourante, il ressort du dossier que celle-là s'élevait à [...] % en 2009, à [...] % en 2010, puis à [...] % en 2011, si bien qu'elle n'a quasiment pas varié en trois ans, ce qui ne plaide pas en faveur de l'existence d'une concurrence vive entre les diffuseurs suisses durant cette période. Au surplus, l'autorité inférieure a produit, dans la décision attaquée, un tableau des chiffres d'affaires des différents diffuseurs-distributeurs. Il en ressort que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs sanctionnés ont couvert plus de 95 % du marché durant la période visée par l'enquête (ch. 606 décision attaquée). Ceux-ci bénéficiant tous - sous une forme ou sous une autre - d'une exclusivité pour la diffusion et/ou la distribution sur le territoire suisse, il s'ensuit que la quasi-totalité du marché au niveau wholesale a été, en Suisse, soumis à des systèmes de distribution exclusive multiples similaires, ce qui ne plaide pas non plus en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence durant la période de l'enquête.

#### **E. 12.3.2**

Quant à la concurrence sur les prix au niveau intermarques, il sied de relever que, sur le marché wholesale, le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la table pour chaque titre. Ainsi, il a été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse à un questionnaire du secrétariat daté du 12 juillet 2007 (acte 21), bénéficiant de remises de base chez Diffulivre, Servidis, Interforum, E5F, OLF et Dargaud oscillant entre [...]-%, et [...] % chez Flammarion. Ces taux de remise sont de même, selon l'autorité inférieure, restés relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête

(ch. 614 décision attaquée). Enfin, il ne ressort pas du dossier, et la recourante ne l'allègue pas non plus, que les détaillants auraient bénéficié d'une remise supplémentaire ou d'autres avantages pour faire figurer un large choix de titres d'un diffuseur dans leur librairie ou pour mettre en évidence ceux-ci au niveau du rayonnage. Au contraire, Payot a fait savoir, dans le questionnaire du secrétariat du 9 décembre 2008, que ses conditions pour un éditeur étaient en général les mêmes, quel que soient le type de livres (fonds ou nouveautés) et la quantité achetée pour un même titre (à l'unité ou pour plusieurs centaines d'exemplaires ; acte 129). De même, les tabelles de prix ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse ; les diffuseurs-distributeurs n'ont cependant pas réagi à la même vitesse au phénomène monétaire, tel qu'en atteste le courrier adressé par les représentants des librairies au sein de l'ASDEL en février 2011 à certains diffuseurs-distributeurs (acte 693c annexe 56) : « Vous êtes resté sourd à notre message. Les "promotions" que vous proposez ne remplacent en aucun cas une politique à long terme d'ajustement des tabelles à la baisse considérable de l'euro depuis plus d'un an » ; « De toute évidence, votre stratégie financière et commerciale, sous couvert "d'appliquer des conditions commerciales concurrentielles sur le marché suisse", ne tient aucun compte des appels répétés de vos principaux clients [...]. Nous vous répétons ici que seule une baisse progressive et générale de vos tabelles répondrait à nos préoccupations les plus urgentes ». Dans ces conditions, il y a lieu de relever que la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau wholesale, les différences de prix n'influençant pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Il s'ensuit qu'il n'a subsisté aucune concurrence sur le prix au niveau intermarques sur le marché de référence durant l'ensemble de la période de l'enquête.

### **E. 12.3.3**

Reste à déterminer si, nonobstant la forte différenciation des produits, il subsiste une concurrence sur le plan intermarques au niveau du rayonnage. Payot a indiqué, en réponse à la question de savoir selon quels critères il choisissait les livres qu'il proposait à sa clientèle (acte 129), que « il n'est pas dans les us et coutumes de la librairie de privilégier un fournisseur en fonction des conditions qu'il nous octroie. Seul l'intérêt commercial présumé d'un livre et la nécessité de proposer une offre riche, variée et cohérente sont les facteurs déterminant l'achat. » [...] « Ce sont les libraires, dans chacune des succursales, qui déterminent et créent leur assortiment, aussi bien pour les nouveautés que pour le fonds, en fonction de leur connaissance de leur clientèle, de la taille de la librairie, etc. » (p. 6). La Fnac suisse a, dans ce même questionnaire (acte 254), encore ajouté faire ses choix en fonction de la concurrence immédiate. La Fnac suisse et Payot ont toutes deux indiqué que, pour choisir les nouveautés qu'elles proposent à leurs clients, elles reçoivent la visite de représentants qui leur présentent les programmes des nouveautés à paraître. Ceux-ci disposent d'informations qui aident le libraire à se déterminer sur la nécessité de commander un titre ou pas et sur le nombre d'exemplaires à commander. Pour le réassort des articles du fonds, elles ont précisé veiller à garantir un assortiment de qualité, alliant présence des nouveautés, largeur et profondeur de l'offre pour satisfaire un maximum de clients. Payot a par ailleurs relevé qu'il ressortait d'un sondage réalisé auprès de sa clientèle en mai 2008 que, pour les 55% des clients interrogés, le choix/l'offre était le principal critère de qualité d'une librairie. Selon la Fnac suisse, ce critère est capital en tant qu'il détermine la réputation d'une librairie. En outre, à la question de savoir - dans l'hypothèse où un livre déterminé n'était pas disponible dans leur librairie - quel pourcentage de clients quitterait la librairie sans le commander, Payot l'a estimé entre 5 et 20%, la Fnac suisse à

environ 50%. Ne pas disposer d'une référence en rayons peut dès lors représenter une perte financière importante pour une librairie. La Fnac suisse a encore relevé que les diffuseurs proposaient très régulièrement des opérations commerciales, c'est-à-dire remettre en avant des titres de leur catalogue en fonction de l'actualité, de la saisonnalité ou de la parution d'une nouveauté importante. Elle a indiqué être totalement libre d'accepter ou de refuser ces opérations commerciales. Sur ce même point, Payot a fait savoir que, chez de nombreux fournisseurs, un système de « grille d'office » est appliqué pour les nouveautés, c'est-à-dire que, pour tout nouveau titre d'une collection ou d'un genre donné, un exemplaire au moins, parfois davantage, est envoyé (et facturé) d'office. Il résulte de ce qui précède que ce sont les détaillants qui choisissent, compte tenu de leurs contraintes spatiales, les livres qu'ils proposent dans leur librairie, selon leurs propres critères. Ils ne font à cet égard pas jouer la concurrence entre les diffuseurs pour déterminer leur offre. Au même titre qu'il doit avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs-distributeurs, un détaillant doit proposer dans sa librairie l'offre la plus large et la plus diversifiée possible. L'intérêt commercial du libraire est prépondérant dans le choix des titres.

#### **E. 12.3.4**

Il ressort de tout ce qui précède que la forte différenciation des livres limite les possibilités de substitution à tous les niveaux. L'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs fondés sur un régime d'exclusivité - indépendamment de la forme de celle-ci - a couvert plus de 95% du marché sur la période visée par l'enquête. Ainsi, compte tenu de la nécessité pour les détaillants d'être en relation avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs, la concurrence actuelle sur le plan intermarques entre ceux-ci a été très largement insuffisante pour qu'il subsiste une concurrence sur le marché de référence.

#### **E. 12.4**

Il convient dès lors d'examiner si, durant la période concernée, il subsistait une concurrence sur le plan intermarques potentielle apte à renverser la présomption légale. Tel est le cas lorsque les entreprises parties à l'accord craignent de nouvelles entrées sur le marché (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508). Ainsi, les conditions d'accès et de sortie du marché sont un critère central dans l'appréciation de la concurrence sur le plan intermarques potentielle (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 515). La présence de faibles barrières à l'entrée sur le marché, que ce soit pour des offreurs domestiques ou étrangers, constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508). Selon l'autorité inférieure, deux éléments auraient limité les possibilités d'entrée sur le marché. Premièrement, celle-ci dépendrait des droits d'édition. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs principaux ont des rapports très étroits avec la distribution en France. En effet, les principaux éditeurs seraient concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion en Suisse, ce qui reviendrait à admettre que la plupart des acteurs de l'édition sont déjà entrés sur le marché. Dans ce sens, l'entrée sur le marché ne serait réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché (ch. 624 ss décision attaquée). En l'espèce, il est indifférent que des entreprises aient pu potentiellement entrer sur le marché pertinent du côté de l'offre durant la période de l'enquête. En effet, compte tenu de la forte différenciation du produit du livre, l'entrée d'un nouvel acteur sur le marché de référence n'aurait dans tous les cas pas été apte à exercer une pression concurrentielle sur les diffuseurs suisses (cf. supra consid. 12.2). Quant au rayonnement, s'il

existe certes une concurrence au niveau des éditeurs, lesquels doivent déterminer par quel diffuseur-distributeur ils passent, celle-ci ne se reflète pas au niveau des détaillants, lesquels doivent, à tout le moins, être en mesure de commander n'importe quel ouvrage. Il s'ensuit que la probabilité que de nouvelles entreprises du côté de l'offre génèrent une pression disciplinante suffisante a été faible, voire nulle, durant la période visée par l'enquête.

#### **E. 12.5**

Il résulte de ce qui précède qu'en raison de la forte différenciation du produit du livre et de la nécessité pour les détaillants de devoir s'approvisionner auprès des principaux diffuseurs-distributeurs exclusifs, il n'a subsisté, durant la période de l'enquête, aucune concurrence, actuelle ou potentielle, au niveau intermarques sur le marché de référence.

#### **E. 13**

Pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, il ne subsisterait aucune concurrence, tant sur le plan intramarque qu'intermarques, il y a lieu d'examiner si la position des partenaires potentiels de l'échange a exercé une pression disciplinante sur les parties à l'accord (cf. arrêt du TAF B-420/2008 précité Implenia consid. 9.2.4 ; Krauskopf/Schaller, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 no 241 et 455 ; Zäch, Kartellrecht, op. cit., p. 211 no 434 in fine). Dans sa décision, l'autorité inférieure a ainsi examiné la pression concurrentielle exercée par les acteurs en amont - les éditeurs - ainsi que celle émanant du côté de la demande, d'abord au niveau wholesale, puis au niveau retail.

##### **E. 13.1.1**

Plusieurs diffuseurs ont considéré que le marché des services de diffusion avait généré une pression concurrentielle sur l'offre du marché wholesale de la vente de livres aux détaillants. Ils ont en effet considéré que le fait que certains éditeurs changeaient parfois de diffuseur pour la Suisse avait généré une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs.

##### **E. 13.1.2**

S'il n'est pas contesté que plusieurs (petits) éditeurs ont effectivement changé de diffuseur-distributeur durant la période de l'enquête, il y a lieu de rappeler que les principaux éditeurs français sont concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion et/ou distribution en Suisse et seraient - par conséquent - déjà entrés sur le marché. S'agissant donc des principaux éditeurs, une éventuelle pression disciplinante est dans tous les cas fortement limitée. En outre, il y a lieu de relever que les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs - leur intérêt étant d'obtenir une diffusion ou une distribution qui leur convient - et n'ont dès lors pas pu discipliner les acteurs en aval.

##### **E. 13.2.1**

Certains diffuseurs ont également considéré que la pression concurrentielle provenant des détaillants, principalement de la Fnac suisse et de Payot, avait discipliné les diffuseurs-distributeurs.

##### **E. 13.2.2**

L'autorité inférieure a retenu, pour l'essentiel, que les détaillants n'avaient pas été en mesure durant la période visée par l'enquête de mettre en concurrence les diffuseurs suisses avec d'autres fournisseurs en raison du cloisonnement du territoire. Elle rappelle en outre les discussions intervenues entre les diffuseurs lors de l'assemblée de mai 2005 au sein de

l'ASDEL ; celles-ci auraient permis à chaque diffuseur de connaître la stratégie de ses concurrents, ce qui aurait réduit les possibilités de négociations des détaillants. Par ailleurs, elle retient que les temps de réaction distincts des diffuseurs dans l'adaptation de leurs tabelles par rapport à l'appréciation du franc suisse est un indice que la pression exercée par les détaillants a été insuffisante, voire inexistante. Enfin, elle souligne que les détaillants ne peuvent pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, de sorte que les diffuseurs disposent de la possibilité d'imposer leurs conditions.

### **E. 13.2.3**

En l'occurrence, Interforum - qui représentait à elle seule [...] à [...] % de l'offre wholesale entre 2009 et 2011 - a déclaré, en réponse au questionnaire envoyé en 2007, s'agissant de la Fnac suisse - laquelle couvrait [...] % de la demande wholesale (acte 906 lignes 15-22) : « Pour info, la Fnac nous a menacés d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder. Dans ce cas la perte du [chiffre d'affaires] remettrait en cause non pas la commercialisation du livre mais la présence du stock et la distribution en Suisse. Nous avons choisi d'accepter une perte de l'ordre de plus de [...] francs] de résultat afin de pouvoir continuer à assurer la distribution avec un stock sur place. Nous préservons ainsi le volume au détriment de la rentabilité, jusqu'à quand ? » (acte 27 p. 1). Payot - qui représentait [...] % de la demande wholesale - s'est également déclarée surprise que les diffuseurs aient parlé entre eux de sa demande d'approvisionnement direct en France, le fait que ce type d'informations ait circulé ayant réduit d'autant ses possibilités de négociations (acte 913 ligne 153). Diffulivre - qui représentait [...] à [...] % de l'offre wholesale entre 2009 et 2011 (ch. 606 décision attaquée) - a indiqué que plusieurs librairies indépendantes - ayant couvert environ 30% de la demande wholesale - avaient fait pression sur elle, ce qui l'a amenée, dès le 21 mars 2011, à amorcer une baisse générale et continue de ses tabelles (cf. acte 693a, ch. 347 ss et acte 693c, annexe 56). Enfin, Servidis et Transat - qui représentaient à elles deux [...] à [...] % de l'offre wholesale - ont indiqué avoir fixé leurs prix en dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finaux (acte 672 p. 46). Sur le vu de ce qui précède, il appert que, nonobstant les importantes parts de marché de certains détaillants, ni la Fnac suisse ni Payot n'ont réussi à exercer une pression disciplinante suffisante sur les diffuseurs durant la période sous enquête. En effet, les détaillants, même de grande taille, n'ont pas pu menacer le système de distribution des diffuseurs. Ainsi, les propos de Diffulivre, Servidis et Transat doivent être relativisés. En effet, il ressort que la diminution par la première du niveau de ses tabelles le 21 mars 2011 intervient dans un contexte particulier, dès lors que celle-ci faisait l'objet d'une enquête que le secrétariat venait d'étendre à des infractions relevant de l'art. 5 LCart (acte 344). Partant, il appert que, bien que temporellement aussi liées à la requête des librairies réunies au sein de l'ASDEL, l'extension de l'enquête du secrétariat et la perspective d'une sanction ne sont pas étrangères à la baisse générale des tabelles des diffuseurs constatée en 2011. Quant à Servidis et Transat, elles admettent fixer leurs prix en dessous de ceux pratiqués par Amazon. Or, il sied de relever qu'alors que Amazon s'adresse principalement aux consommateurs, lesquels commandent directement auprès d'elle les ouvrages, celles-ci ne sont en lien qu'avec des détaillants, lesquels doivent ainsi réduire leur marge commerciale pour rester à un niveau de prix acceptable pour le consommateur. Partant, il demeure que les remises accordées et la baisse générale des tabelles amorcée par les diffuseurs dès 2011 n'ont pas pour autant supprimé la nécessité pour les détaillants d'avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs actifs sur le territoire suisse et ce, quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, tant au niveau des prix que des services. Un détaillant, quel que soit son poids, n'est donc pas en mesure de

faire jouer la concurrence entre les diffuseurs suisses. Il ne peut en effet pas menacer ceux-ci d'aller s'approvisionner ailleurs s'ils ne lui font pas une plus grosse remise, ne baissent pas leurs tables ou ne lui offrent pas de meilleures prestations de services. Pour ces motifs, il y a lieu de retenir que les détaillants n'ont pas disposé d'une capacité disciplinante suffisante sur les prix wholesale suisses du catalogue de Editions Glénat durant la période concernée.

### **E. 13.3**

Il s'agit encore d'examiner si, durant la période de l'enquête, la concurrence entre les détaillants suisses et, de manière plus générale, la concurrence sur le marché retail de la vente de livres, situé en aval du marché pertinent, a - par réflexion - exercé une pression disciplinante sur le comportement de la recourante.

#### **E. 13.3.1**

Selon l'autorité inférieure, la concurrence résiduelle sur le marché retail n'a pas pu être un facteur disciplinant de l'offre sur le marché wholesale. En particulier, de nombreux paramètres économiques (tables, étiquetage, taux de suivi, etc.) auraient eu un effet limitatif sur la concurrence au niveau retail. En effet, indiquant que les détaillants peuvent demander que les livres leur soient remis avec une étiquette mentionnant le prix de vente final, l'autorité inférieure relève que, selon les indications des diffuseurs en audition, il s'agirait généralement du prix tabellisé si le détaillant ne donne pas de précision sur les prix. En pratique, ce système, fortement incitatif, se serait traduit par un taux de suivi élevé des prix tabellisés sur le marché retail de la part des détaillants. L'étiquetage et le respect des prix tabellisés auraient ainsi facilité une coordination des prix par les acteurs économiques, laquelle aurait réduit la concurrence. Ainsi, une éventuelle pression disciplinante de la part des détaillants aurait été d'autant moindre que ceux-ci auraient été en mesure de transférer sur les consommateurs finaux le niveau des prix jugé optimal par les diffuseurs-distributeurs, représenté par le prix tabellisé.

#### **E. 13.3.2**

Il ressort du dossier que chaque diffuseur suisse dispose, sur tous les titres importés de France, de ses propres tables de conversion du prix du livre de l'euro vers le franc suisse. Le prix tabellisé correspond au prix public conseillé en Suisse (ou prix de référence), sur lequel les détaillants peuvent accorder des rabais à leurs clients. Le prix d'achat du livre par les détaillants correspond au prix tabellisé, déduction faite d'une remise négociée par chaque détaillant auprès de chaque diffuseur. Si le détaillant bénéficie d'une forte part de marché, il disposera envers le diffuseur d'un pouvoir de négociation plus important pour obtenir une plus grosse remise sur le prix de référence, supérieure à celles de ses concurrents auprès de ce même diffuseur. C'est en cela que la concurrence sur le marché retail peut se répercuter sur les prix wholesale pratiqués par les diffuseurs suisses. En revanche, comme dit ci-dessus, un détaillant, quel que soit son poids sur le marché retail, n'est pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs suisses (cf. supra consid. 13.2.3). Compte tenu de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les détaillants doivent en effet travailler avec les principaux diffuseurs quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, lesquels détiennent l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leur catalogue sur le territoire suisse, cloisonné par leur système de distribution (cf. supra consid. 8.8). Aussi, peu importe que la concurrence soit vive ou non sur le marché retail du livre écrit en français, elle ne se répercute pas sur la concurrence du

côté de l'offre sur le marché pertinent.

#### **E. 13.4**

Enfin, il y a lieu d'examiner si la concurrence sur le marché retail émanant des acteurs du commerce électronique du livre imprimé en français, ainsi que des librairies françaises limitrophes - lesquels ne constituent pas des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre sur le marché de référence (cf. supra consid. 10.3.1.1, 10.3.1.2) - aurait, par réflexion, eu un effet disciplinant sur le comportement de Editions Glénat. En effet, selon l'autorité inférieure, le recours au commerce électronique représentait vers la fin de la période de l'enquête environ 10% de la vente de livres aux clients suisses. De même, il ressort du dossier que les détaillants considèrent les entreprises actives sur Internet comme des concurrents (cf. supra consid. 10.3.1.1). Il n'est pas non plus contesté que, sur le marché retail du livre écrit en français, les détaillants suisses ont, durant la période visée, également subi la concurrence des librairies de France voisine au niveau du prix de référence. Lors de son audition devant l'autorité inférieure, Payot a en effet déclaré que dites librairies étaient généralement bien plus prospères que celles du reste du territoire français dès lors qu'elles profitaient des achats transfrontaliers (acte 913 lignes 936-938). Aussi, pour être concurrentiels et ainsi retenir les consommateurs s'étant, en particulier à la suite de l'appréciation du franc suisse, dirigés vers ces sources d'approvisionnement alternatives, les détaillants suisses auraient dû baisser le prix de vente final de leurs ouvrages. Compte tenu du cloisonnement du territoire national, le seul moyen pour eux d'accorder des rabais sur leurs titres, tout en maintenant des marges leur permettant d'assumer leurs charges, aurait été de négocier auprès des diffuseurs une remise supérieure afin d'obtenir un prix d'achat qui soit raisonnable et concurrentiel par rapport au prix d'achat en euro. Si la remise octroyée sur le prix de référence est trop faible, la politique de prix des détaillants ne peut en effet guère s'écarter de celui-ci. Payot a, à cet égard, déclaré dans son questionnaire du 7 août 2007 (acte 21) : « nous pratiquons une politique de rabais pour le public avec deux niveaux : [...]. Nous prenons sur nos marges pour pratiquer ces rabais et ne pouvons donc baisser les prix autant que nous le souhaiterions sans risquer de mettre notre entreprise en péril économique ». Or, comme établi ci-dessus, la pression concurrentielle émanant du marché retail ne se répercute pas sur le marché wholesale (cf. supra consid. 13.3). Comme l'a déclaré Payot dans son questionnaire du 9 décembre 2008 (acte 129), les détaillants ne disposent d'aucun moyen pour faire jouer la concurrence entre les diffuseurs et ainsi faire baisser le prix de vente final des ouvrages de ceux-ci. Les libraires sont « enfermés dans un système qui ne [les] autorise pas à faire jouer la concurrence entre fournisseurs ni à [s']approvisionner en France en direct ». La pression susceptible d'être exercée par les détaillants auprès de chaque diffuseur individuellement pour obtenir un prix d'achat inférieur est indépendante des conditions de concurrence prévalant sur le marché wholesale. Il s'ensuit que la pression concurrentielle des consommateurs n'a pas suffi à discipliner le marché wholesale.

#### **E. 13.5**

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la pression concurrentielle exercée par les partenaires potentiels de l'échange en amont et en aval a été largement insuffisante pour discipliner le comportement de la recourante sur le marché wholesale.

#### **E. 14**

Pas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il n'a subsisté aucune concurrence au niveau intramarque sur le marché pertinent durant toute la période de l'enquête. Les éléments constatés ne suffisent en effet pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. De même, il n'a pas subsisté de concurrence sur le plan intermarques en raison des spécificités du marché du livre. Quant à la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange, elle est quasiment inexistante. Partant, il y a lieu de confirmer l'analyse de la concurrence effectuée par l'autorité inférieure dans la décision attaquée et de conclure que la présomption de suppression de la concurrence efficace ne peut être renversée. Il s'ensuit que le système de distribution de la recourante octroyant à OLF l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse des ouvrages de Editions Glénat et des éditeurs et/ou distributeurs tiers dont celui-ci a été chargé de cette tâche pour la Suisse, et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, est illicite au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

#### **E. 15**

Restriction notable à la concurrence (art. 5 al. 1 LCart) A supposer néanmoins que la présomption légale eût été renversée, les accords litigieux auraient nécessairement été saisis par l'art. 5 al. 1 LCart. En effet, dans son arrêt Gaba (ATF 143 II 297), le Tribunal fédéral a relevé qu'il ressortait en particulier d'une interprétation historique de l'art. 5 al. 1 LCart que le critère de la notabilité était une clause bagatelle ; celui-ci doit permettre d'alléger le travail des autorités de la concurrence, en ce sens que les atteintes légères à la concurrence ne tombent pas dans le champ d'application de la loi (cf. consid. 5.1.2). Or, un examen quantitatif de la notabilité, fondé sur une analyse économique des parts de marché ou des chiffres d'affaires, n'est pas apte à atteindre ce but, si bien qu'il est préférable, lorsque cela est possible, de se fonder sur des critères qualitatifs, découlant du texte de la loi (cf. consid. 5.2.1 et 5.2.2). A cet égard, les débats parlementaires relatifs à la révision de la LCart de 2002 ont mis en évidence que certains accords, tels que les accords de protection territoriale absolue, constituent en principe déjà, en raison de leur objet, des restrictions notables à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Dans son projet de loi de 1995, le Conseil fédéral avait par ailleurs déjà laissé entendre qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, l'accord affectait en principe la concurrence de manière notable (cf. consid. 5.2.3). De même, il ressortait des interprétations systématique et téléologique que les accords, présumés supprimer la concurrence efficace, contenus aux art. 5 al. 3 et al. 4 LCart ne perdaient pas leur caractère nuisible en cas de renversement de la présomption légale ; le renversement de la présomption ne se référait en effet pas à l'accord en tant que tel mais uniquement au point de savoir s'il subsistait une concurrence sur le marché de référence malgré l'accord. Aussi, les accords, particulièrement dommageables, pouvant conduire à une suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart étaient nécessairement aussi ceux pouvant mener à une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart (cf. consid. 5.2.4 ; ATF 144 II 246 Altimum consid. 10.1). Il s'ensuit qu'une restriction notable à la concurrence existe, en principe, lorsque la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée, des critères quantitatifs n'étant en principe plus nécessaires pour déterminer si les accords au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart affectent notablement la concurrence, renforçant, par là même, la sécurité juridique (cf. consid. 5.2.2 ; ATF 144 II 194 BMW consid. 4.3.1 ; ch. 12 par. 1 let. a CommVert ; ch. 10 de la note explicative). Partant, il y a lieu de retenir que, même à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace eût été

renversée, les accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart auraient néanmoins affecté notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

## **E. 16**

Existence de motifs justificatifs (art. 5 al. 2 LCart) Les accords affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart sont illicites, sous réserve d'une justification pour des motifs d'efficacité économique, tels que décrits à l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 5.3.1 et 144 II 194 BMW consid. 4.4.1 et 4.5).

### **E. 16.1**

En vertu de l'art. 5 LCart, 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, son illicites (al. 1). Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources (al. 2 let. a) ; et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (al. 2 let. b). Trois conditions sont ainsi nécessaires selon cette disposition pour admettre l'existence d'un motif d'efficacité économique propre à justifier un accord : l'existence d'au moins un motif d'efficacité économique, la nécessité de l'accord pour atteindre le motif d'efficacité visé et l'impossibilité de supprimer une concurrence efficace pour les entreprises concernées. Ces trois conditions sont cumulatives (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 7.1 et 144 II 246 Altimum consid. 13). La liste des motifs justificatifs figurant à l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive ; il est cependant suffisant que l'un des motifs soit réalisé pour que l'on puisse admettre une justification sous l'angle de l'efficacité économique (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 10.3 ; arrêt du TF 2A.430/2006 précité Sammelrevers consid. 13.2). La loi formule ouvertement les motifs d'efficacité économique, ce qui permet en principe aux autorités de tenir compte de tous les gains d'efficacité objectifs, étant précisé que, conformément à la notion d'efficacité économique, seuls les avantages objectifs doivent être pris en compte (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 495 et 499 no 256 et 272 ss). Le champ d'application et la notion des motifs d'efficacité économique doivent être appréciés dans une perspective large et non-restrictive (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 499 no 272). Néanmoins, seuls des motifs économiques peuvent entrer en ligne de compte à l'exclusion de justifications non-économiques, notamment culturelles ou politiques (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 10.1 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 87 no 45) ou même fondées sur un intérêt public (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 498 no 270). Par ailleurs, les parties à l'accord doivent, conformément au principe de la proportionnalité, choisir la mesure la moins incisive ; celle-ci doit de plus être apte à réaliser un motif d'efficacité économique et être nécessaire à la réalisation de celui-ci (cf. ATF 129 II 18 consid. 10.4 ; Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 p. 513 n°322 ss ; Krauskopf/Schaller, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 409 n° 355). Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont, en règle générale, légitimés par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications (art. 6 al. 1 LCart). Le but de cette disposition est de confier au Conseil fédéral et à la Comco la faculté de préciser l'interprétation qu'ils entendent donner au critère d'efficacité économique prévu par l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 144 II 246 Altimum

consid. 13.3 ; Xoudis, op. cit., p. 331 ss). Sont réputés justifiés par des motifs économiques, les accords en vue de l'octroi d'une exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services (art. 6 al. 1 let. c LCart). Selon le ch. 16 par. 4 CommVert, les entreprises peuvent notamment faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique, la protection limitée d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou l'introduction d'un nouveau produit sur le marché (let. a), la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels (let. b), la protection d'investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de celle-ci ou seulement moyennant une perte considérable (problème du hold-up) (let. c) et le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex. conseils à la clientèle) qui peut survenir lorsqu'un producteur ou distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou distributeur (problème de parasitisme) (let. d). Il est en outre généralement admis que certains accords attribuant une exclusivité puissent avoir des effets positifs sur la concurrence, notamment lorsqu'ils favorisent une diminution des coûts de distribution, la promotion de la vente, le service à la clientèle et le stockage des biens ou s'ils améliorent l'approvisionnement des consommateurs (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 10.3 ; Reymond, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 6 p. 616 n°122). Enfin, il ne revient pas au tribunal ou aux autorités de la concurrence de prouver l'inexistence de motifs justificatifs. Aussi, si ceux-ci n'ont pas pu être établis par les autorités ou les parties, une restriction à la concurrence demeure illicite (cf. arrêt du TF 2A.430/2006 précité Sammelrevers consid. 10.3).

#### **E. 16.2**

Ceci étant, il convient d'examiner si les accords passés entre Editions Glénat et OLF sont justifiés par un motif d'efficacité économique. Les accords litigieux visent d'une part, à octroyer la distribution exclusive sur le territoire suisse à OLF des ouvrages contractuels et, d'autre part, à exclure les ventes passives sur le territoire attribué. La recourante ne fait valoir aucun motif d'efficacité économique qui justifierait la mise en place d'un système de distribution exclusive prohibant les ventes passives. De même, le tribunal ne voit pas quel motif économique nécessiterait en l'espèce de cloisonner le marché suisse. En effet, le risque de « parasitisme » au sens de l'art. 5 al. 2 let. d LCart n'est en l'occurrence pas pertinent dès lors qu'en raison de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les efforts promotionnels engagés par la recourante pour les ouvrages du catalogue de Editions Glénat ne peuvent bénéficier qu'à la vente de ceux-ci, à l'exclusion de tout autre. Aussi, seul le producteur dudit ouvrage bénéficie au final des efforts promotionnels entrepris en vue de la vente de celui-ci et ce, indépendamment du marché géographique sur lequel l'ouvrage en question est vendu. De même, en tant que la recourante et son distributeur sont actifs sur le marché suisse depuis de nombreuses années et que celui-ci collabore avec d'autres éditeurs, la protection d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou propres aux relations contractuelles ne saurait justifier les accords litigieux. En outre, le lancement de nouveaux livres, lesquels sont destinés à l'ensemble du marché francophone, ne requiert en aucun cas un cloisonnement spécifique du marché suisse. Il n'est pas non plus nécessaire, pour réduire les coûts de distribution de OLF, d'interdire les ventes passives sur le territoire suisse.

#### **E. 16.3**

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que l'activité économique déployée par la recourante en Suisse n'exige pas un système de distribution exclusive prohibant les ventes

passives. Partant, le système de distribution mis en place par celle-ci n'est pas justifié par un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Il s'ensuit qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, le système de distribution de la recourante ne serait pas justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

## **E. 17**

Sanction (art. 49a al. 1 LCart) Il y a enfin lieu d'examiner si le comportement de la recourante entraîne le prononcé d'une sanction.

### **E. 17.1**

Toujours dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption légale, il y a lieu de retenir que les accords de protection territoriale absolue passés entre Editions Glénat et OLF auraient été sanctionnés au sens de l'art. 49a LCart. L'art. 49a LCart, libellé « sanction en cas de restrictions illicites à la concurrence », prévoit à son al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase que : « L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, 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. 17.1.1**

Les sanctions directes prévues par l'art. 49a al. 1 LCart revêtant un caractère pénal (cf. ATF 139 I 72 Publigruppe consid. 2.2.2), les art. 1er CP et 7 par. 1 CEDH - consacrant le principe de la légalité des délits et des peines (nulla poena sine lege) - trouvent application en l'espèce. Dans son arrêt Gaba, prononcé le 28 juin 2016, le Tribunal fédéral a en particulier tranché la question de savoir si l'art. 49a al. 1 LCart trouvait application lorsque les présomptions prévues par les art. 5 al. 3 et 4 LCart étaient renversées et que les accords considérés s'analysaient comme une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart, non justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Se fondant sur les méthodes d'interprétation littérale, systématique, téléologique et historique, le Tribunal fédéral a retenu que, par « accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4 » LCart, il y avait lieu d'entendre les accords énumérés dans les deux alinéas. L'art. 49a al. 1 LCart se réfère ainsi selon la Haute Cour aux types d'accords prévus par les al. 3 et 4 de l'art. 5 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. Elle 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, sont exclus du champ d'application des sanctions directes, les comportements illicites qui n'ont pas pour objet des accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition des territoires ; il en va de même des accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition des marchés n'affectant pas notablement la concurrence efficace ou qui, sans supprimer celle-ci, sont justifiés par des motifs d'efficacité économique (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9).

#### **E. 17.1.2**

Au regard de l'interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart opérée, le Tribunal fédéral a admis que dite disposition était suffisamment précise pour définir le comportement indésirable. Partant, il a reconnu que l'art. 49a al. 1 LCart, en lien avec l'art. 5 al. 1 LCart, lui-même en

lien avec l'art. 5 al. 4 LCart, était suffisamment précis pour infliger une sanction directe en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.5).

### **E. 17.1.3**

En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que le système de distribution de la recourante octroyant à OLF l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse des ouvrages de Editions Glénat et des éditeurs et/ou distributeur tiers dont celui-ci a été chargé de cette tâche pour la Suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, est visé par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart. Par conséquent, il pourrait être sanctionné, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence était renversée (cf. supra consid. 15).

### **E. 17.2**

Imputabilité de la sanction Il ressort des considérants précédents que la recourante est une entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1bis LCart, qu'elle a participé à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart et que l'art. 49a al. 1 LCart, en relation avec l'art. 5 al. 1 et 4 LCart, est suffisamment précis pour fonder une sanction. Les éléments objectifs de l'infraction sont de ce fait réalisés. Reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.1 ; arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29 juin 2012 Publigroupe consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

#### **E. 17.2.1**

Partant, il y a lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante. L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt du TAF B-2977/2007 précité Publigroupe consid. 8.2.2), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Celles-là doivent notamment s'abstenir de tout comportement illicite au sens de l'art. 5 LCart et, en particulier, ne pas conclure l'un des accords en matière de concurrence énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2 ; arrêt du TAF B-807/2012 précité Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau consid. 11.2.4). En règle générale, lorsque l'existence d'un tel accord peut être démontrée, la violation objective d'un devoir de diligence est donnée (cf. Peter Reinert, Die Sanktionsregelung gemäss revidierem Kartellgesetz, in : Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, p. 151), dans la mesure où il appartient aux entreprises de s'informer sur les règles de la loi sur les cartels, de la jurisprudence et des communications qui s'y rapportent (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2). En cas de doute, il est également possible de s'informer de la situation actuelle auprès de la Commission de la concurrence (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2 et réf. cit.). En outre, la jurisprudence et la doctrine sont d'avis qu'un transfert de responsabilité est admissible entre une société mère et une filiale, dès lors que celles-ci forment un groupe et constituent partant une seule et même entreprise au sens de l'art. 2 LCart. Aussi, il est possible de sanctionner la filiale pour des accords conclus entre des sociétés du groupe et des tiers (cf. arrêts du TAF B-807/2012 précité Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau consid. 11.4 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 74 et 577 ss ; Robert Roth, in : CR-Concurrence, op. cit., rem. art. 49a-53 p. 1496 ss no 34 ss).

#### **E. 17.2.2**

La révision de l'art. 5 LCart, de même que l'art. 49a LCart sont entrés en vigueur le 1er avril 2004. Pendant les années 2002 et 2003, les modifications de la loi sur les cartels ont été abondamment discutées au Parlement. De plus, les Commissions de l'économie et des redevances du Conseil des Etats et du Conseil national ont diffusé plusieurs communiqués de presse s'agissant des marchés cloisonnés et de la protection territoriale absolue (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2). En l'occurrence, il a été établi que Editions Glénat avait été partie à des accords prévoyant notamment l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. Ceci étant, la recourante devait être consciente de ce que son comportement était problématique. En outre, les accords litigieux ont été exécutés dès lors qu'il a été démontré que les importations parallèles sur le marché suisse par des fournisseurs agréés externes au groupe n'avaient pas été possibles durant la période considérée (cf. supra consid. 8.7). En tout état de cause, la recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure du point de savoir si son système de distribution était conforme aux règles du droit de la concurrence.

### **E. 17.2.3**

Il s'ensuit que la recourante devait être consciente que les accords auxquels elle était partie durant la période de l'enquête visaient et entraînaient une exclusion des ventes tant actives que passives et, partant, tombaient ou, à tout le moins, étaient susceptibles de tomber sous le coup des art. 5 al. 4 et 49a LCart. En ayant maintenu une telle interdiction non seulement après l'adoption de l'art. 5 al. 4 LCart mais également après l'ouverture de l'enquête par le secrétariat en mars 2011, la recourante n'a pas agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est imputable.

### **E. 17.3**

Montant de la sanction La recourante fait valoir plusieurs griefs en lien avec le montant de la sanction prononcée à son encontre.

#### **E. 17.3.1**

Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir calculé le montant de la sanction infligée en se fondant sur les chiffres d'affaires des années 2008, 2009 et 2010, alors même que celle-là disposait de son chiffre d'affaires relatif à l'exercice 2011. Le chiffre d'affaires total rectifié ascende dès lors à [...] francs, lequel comprend également la part de celui réalisé sur le marché suisse et n'ayant aucun lien avec les faits incriminés. Sans le chiffre d'affaires net généré par les ventes d'ouvrages suisses, le chiffre d'affaires relevant se monte ainsi à [...] francs. Le montant maximal à retenir serait dès lors de [...] francs. La recourante fait encore valoir, au titre de circonstance atténuante, avoir joué un rôle exclusivement passif. Elle n'aurait en effet pas participé aux négociations relatives au contrat de distribution passé entre Glénat France et OLF. Elle n'a été partie à ce contrat que dans le but que OLF lui reconnaisse la compétence de [...]. Elle n'ouvre pas de comptes et ne s'occupe pas de la livraison et des commandes des livres écrits en français importés sur le territoire suisse ; elle est une petite société n'employant que [...] personnes à temps plein et [...] à temps partiel.

#### **E. 17.3.2**

Rétorquant que la recourante n'avait à l'époque pas contesté le montant de base proposé par le secrétariat, l'autorité inférieure ajoute que le chiffre d'affaires d'une entreprise est considéré de manière globale et indifférenciée pour le calcul du montant maximal de la sanction. Enfin, elle relève que Glénat Suisse et Glénat France ne forment qu'une seule

entité économique au sens du droit de la concurrence, si bien qu'il n'y a pas lieu de les distinguer et qu'en outre, le contrat de distribution passé avec OLF est tripartite. Pour finir, elle indique que le nombre d'employés actifs au sein de l'entreprise n'est pas un critère relevant au titre de circonstance atténuante.

### **E. 17.3.3**

Le montant de la sanction est fixé en application des art. 49a LCart et 2 à 7 de l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5). 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 Swisscom Terminierung 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 de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Conformément au principe de la proportionnalité consacré par l'art. 5 al. 2 Cst., il y a lieu de tenir compte de ce que l'accord a supprimé la concurrence efficace ou l'a seulement notablement affectée (art. 2 al. 2 OS LCart ; cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.1). 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 précité Publigroupe consid. 12.3.1 s. non publié dans l'ATF 139 I 72). 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 relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après : notes explicatives OS LCart], publiées sur le site Internet de la Comco ; ATF 144 II 194 BMW consid. 6.2). Ainsi, en vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise contrevenante sur les marchés pertinents en Suisse au cours des trois derniers exercices - puisqu'il peut représenter jusqu'à 10% de celui-ci - 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 du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 622). S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, les art. 9 al. 3 LCart ainsi que 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt du TF 2C\_484/2010 précité Publigroupe consid. 12.3.2, non publié dans l'ATF 139 I 72 ; DPC 2007/2 p. 235 ch. 321 et p. 299 ch. 402). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché 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 la sanction maximale de l'art. 49a al. 1 LCart, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. notes explicatives OS LCart). 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 réalisée par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts du TAF B-831/2011 précité Six Group consid. 1576 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL 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 du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 722). De façon similaire, il est également tenu compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 CP, 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 du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL 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 du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE du 7 septembre 2016 C-101/15 P Pilkington Group et al. contre Commission, point 19). 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. En principe, le marché pertinent pour la sanction est le marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique (cf. supra consid. 10.3.3, 10.4). Ainsi, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché pour la détermination de la sanction (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 723). Enfin, 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 la date de la décision de l'autorité inférieure prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. Reinert, in : Stämpflis Handkommentar, op. cit., art. 49a p. 359 no 10 ; Beat Zirlick/Christoph Tagmann, in : BSK-KG, op. cit., art. 49a p. 1771 no 48). Cela étant, dans sa jurisprudence récente, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL 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 - au regard du message LCart 2001 (cf. FF 2002 1911, p. 1925 ss 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 l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 726 ss). A ce propos, il 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. Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 726 ss). Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est ensuite éventuellement majoré selon la durée de la pratique illicite, soit dans une proportion pouvant atteindre 50% si celle-là a duré de un à cinq ans, puis 10% par année supplémentaire au-delà des cinq ans (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2). Enfin, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et une réduction de celui-ci en présence de circonstances atténuantes. Ces dispositions contiennent, à leur premier alinéa, une liste non exhaustive de circonstances générales (cf. notes explicatives OS LCart). L'art. 6 al. 1 OS LCart conçoit ainsi notamment, à ce titre, le fait que l'entreprise cesse le comportement

illicite après la première intervention du secrétariat mais, au plus tard, avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart. L'art. 6 al. 2 OS LCart règle, pour sa part, les deux circonstances atténuantes spécifiques aux infractions à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart que sont le rôle exclusivement passif de l'entreprise à sanctionner et l'inexécution des mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord illicite. Le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité. En ce sens, celle-ci est acceptable lorsqu'elle préserve la compétitivité des entreprises dès lors que leur existence en dépend. L'aspect punitif de la sanction ne saurait par conséquent conduire à la faillite de l'entreprise, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence. Aussi, la sanction doit rester dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le désavantage financier qu'elle occasionne doit être suffisant afin que la commission de l'infraction n'en vaille pas la peine (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2 et réf. cit.).

#### **E. 17.3.4**

L'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

##### **E. 17.3.4.1**

Elle a dans un premier temps établi, en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant maximal de la sanction à [...] francs, ce qui correspond aux 10% de la somme des chiffres d'affaires - à savoir [...] francs - réalisés par la recourante en 2008, 2009 et 2010.

##### **E. 17.3.4.2**

Dans un deuxième temps, elle a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a retenu, sans toutefois l'expliquer, que le chiffre d'affaires réalisé par la recourante au cours des trois derniers exercices sur le marché pertinent se montait à [...] francs. En l'espèce, il a été établi ci-dessus que le comportement illicite reproché à la recourante avait duré pendant toute la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011. Ceci étant, il y a lieu de considérer que les agissements à sanctionner ont pris fin en 2011. Les trois derniers exercices précédant immédiatement la cessation du comportement illicite sont dès lors en l'occurrence ceux des années 2009, 2010 et 2011 et non 2008 à 2010 comme retenus à tort par l'autorité inférieure. Les exercices à prendre en considération sont ainsi, conformément à la pratique, ceux se rapprochant le plus du comportement incriminé. Le chiffre d'affaires global réalisé en Suisse par la recourante au terme des exercices 2009, 2010 et 2011 (versés au dossier) se monte ainsi à [...] francs, ce qui ramène la sanction maximale à [...] francs. Ensuite, en tant que le montant de base de la sanction, retenu par l'autorité inférieure, se fonde sur le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent, il n'y a pas lieu d'opérer une distinction, contrairement à ce que prétend la recourante, entre le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs français et celui obtenu avec les éditeurs suisses. Dès lors que ces éditeurs font tous partie du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique, il n'y a pas lieu d'écarter les seconds et de délimiter à nouveau le marché au stade du calcul de la sanction. Le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant de base se monte ainsi à [...] francs.

##### **E. 17.3.4.3**

L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type d'infraction, indiquant que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles est particulièrement digne de protection et essentielle à la concurrence. Elle considère que les comportements illicites ayant pour objet de cloisonner le marché constituent dès lors des infractions graves à la loi sur les cartels, a fortiori, lorsque plus de 95% du marché sont concernés. Elle précise encore

qu'en présence d'un cloisonnement du marché, la rente cartellaire ne peut être que difficilement estimée ou mesurée, la protection territoriale ainsi conférée n'étant pas forcément corrélée avec les profits de l'entreprise. Elle considère qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle prévue aux art. 49a al. 1 LCart et 3 OS LCart doit être retenu pour ce type d'infraction. En l'occurrence, elle estime que celui-ci doit être, selon la pratique, fixé à 4%. Elle expose que celui-ci doit encore être majoré au vu de la durée de l'infraction. Elle constate en l'espèce que le comportement illicite de la recourante a duré, sans interruption, pendant toute la période de l'enquête - à savoir de 2005 à 2011 - de sorte qu'une majoration de 50% s'impose ; toutefois, dès lors que l'enquête a été suspendue une année, elle renonce à prononcer une majoration supplémentaire. S'agissant de la gravité de l'infraction, il a été établi en l'espèce que Editions Glénat avait, entre 2005 et 2011, été partie à des accords au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart avec OLF et F. \_\_\_\_\_ en particulier (cf. supra consid. 8.8). Il a également été établi que le marché suisse avait été cloisonné en ce sens que les importations parallèles de livres francophones du catalogue de Editions Glénat distribués en Suisse par OLF n'avaient pas été possibles entre les années 2005 et 2011. Aussi, les conséquences particulièrement néfastes de ces accords sur la concurrence justifient de fixer, à l'instar de l'autorité inférieure, le montant de base de la sanction à hauteur de 4% du chiffre d'affaires déterminant. Dès lors, il convient d'arrêter le montant de base à [...] francs. Quant à la durée de l'infraction, force est de constater que la clause litigieuse était en vigueur durant la période de l'enquête. En outre, des possibilités d'arbitrage ont existé pour les librairies Fnac suisse et Payot entre 2005 et 2011 sans que celles-ci ne puissent toutefois procéder à des importations parallèles en raison des accords d'attribution de territoires. La majoration de 50% du montant de base par l'autorité inférieure est de ce fait conforme au droit. Celui-ci ascende ainsi, après majoration, à [...] francs.

#### **E. 17.3.4.4**

Dans un dernier temps, l'autorité inférieure a examiné les circonstances aggravantes et atténuantes et constaté qu'en l'espèce, il n'y en avait aucune. Au préalable, il y a lieu de relever que l'art. 6 OS LCart ne contient pas de liste exhaustive des circonstances atténuantes (cf. notes explicatives OS LCart ad art. 5 et 6 ; Robert Roth/Christian Bovet, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 49a LCart p. 1518 no 42). Ainsi, l'autorité inférieure dispose d'une large marge de manoeuvre dans l'appréciation et la pondération des circonstances atténuantes. S'agissant du rôle, exclusivement passif, qu'aurait joué la recourante, il y a lieu de rappeler d'une part, que celle-ci a été partie, avec Glénat France, à l'accord de protection territoriale absolue passé avec OLF et, d'autre part, qu'elle et sa maison-mère ne forment qu'une seule et même entreprise aux yeux de la loi sur les cartels (cf. supra consid. 3.1). Or, Glénat France n'a nullement joué un rôle passif dans la commission des actes illicites retenus. En effet, outre son contrat avec OLF, celle-là a au minimum passé un accord avec F. \_\_\_\_\_ tendant à l'exclusion des ventes passives sur le territoire suisse. Comme déjà dit, un transfert de responsabilités est admissible entre une société-mère et une filiale (cf. supra consid. 17.2.1). Ceci étant, la recourante ne saurait se prévaloir de circonstances atténuantes. Aucune circonstance aggravante n'entre davantage en considération in casu. Pour le reste, la recourante n'allègue nullement que le montant de la sanction serait disproportionné au regard de sa capacité contributive.

#### **E. 17.3.5**

Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être réformée, en ce sens que la sanction prononcée à l'encontre de la recourante doit être arrêtée à [...] francs.

## **E. 18**

Mesures destinées à supprimer la restriction illicite à la concurrence En outre, même si la recourante ne conteste pas directement l'interdiction qui lui a été imposée « d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse », il convient de confirmer cette mesure. En effet, lorsque l'autorité inférieure parvient à la conclusion qu'une restriction illicite à la concurrence existe dans le cas d'espèce, elle peut ordonner des mesures destinées à la supprimer (art. 30 al. 1 LCart ; cf. Kenji Izumi/Simone Krimmer, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 30 p. 1283 no 24 ss ; Ducrey/Carron, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 no 19). L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant des mesures concrètes qu'elle peut prendre. Dites mesures doivent être appropriées et nécessaires pour supprimer la restriction illicite à la concurrence (cf. Izumi/Krimmer, op. cit., art. 30 p. 1283 no 25 ; Patrick L. Krauskopf/Olivier Schaller/Simon Bangerter, in : Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, p. 509 no 12.85). De plus, selon l'art. 50 1re phrase LCart, l'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, 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. Dans ces circonstances, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que les contrats de distribution et/ou de diffusion litigieux aient été modifiés ou amendés à la suite de la clôture de l'enquête, l'interdiction imposée à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse demeure nécessaire. De même, elle est la mesure la moins incisive à même de supprimer la restriction illicite constatée, de sorte qu'elle se justifie pleinement.

## **E. 19**

Emoluments relatifs à la procédure devant l'autorité inférieure La recourante reproche enfin à l'autorité inférieure de ne pas avoir retranché du montant des frais de procédure prononcés d'une part, les frais occasionnés par les investigations menées en lien avec son éventuelle participation à un accord vertical sur les prix et à un accord horizontal d'attribution de territoire et, d'autre part, la part des frais imputés aux trois diffuseurs contre lesquels les charges ont été abandonnées à l'issue de la décision dont est recours. Enfin, compte tenu de sa position sur le marché et des faibles investigations menées à son sujet, la recourante considère que seuls [...] % des frais de procédure totaux devraient être mis à sa charge, lesquels correspondent à sa part de marché moyen, telle que retenue par le secrétariat. Seul un montant de [...] francs pourrait ainsi lui être imputé.

### **E. 19.1**

En vertu de l'art. 4 al. 1 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), l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre 100 et 400 francs de l'heure, compte tenu notamment de la classe de salaire de l'employé effectuant la prestation. Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui notamment occasionne une procédure administrative (art. 2 al. 1 OEmol-LCart). N'ont en revanche pas à verser d'émoluments, en particulier les parties concernées qui ont occasionné une enquête, si les indices existant au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (cf. art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart). En l'occurrence, l'autorité inférieure a indiqué dans la décision contestée

que les frais de procédure étaient calculés en fonction du temps consacré à l'affaire et que les frais liés aux investigations fondées sur l'art. 7 LCart avaient été laissés à la charge de la Confédération en tant que celles-ci étaient clairement identifiées temporellement. Elle a ainsi pris en considération la totalité des frais de procédure relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart et a mis ceux-ci, à raison de un treizième, solidairement à la charge de chacun des dix diffuseurs sanctionnés à l'issue de la décision attaquée. Les trois diffuseurs contre lesquels les charges ont été abandonnées ont quant à eux été exemptés et leurs parts de frais de procédure laissées à la charge de la Confédération. Le secrétariat d'abord, puis l'autorité inférieure ensuite ont procédé à des mesures d'investigation afin de déterminer si les diffuseurs suisses de livres écrits en français avaient entre 2005 et 2011 passé des accords au sens de l'art. 5 LCart. Ils ont à cet effet en particulier envoyé des questionnaires aux revendeurs actifs en Suisse romande, lesquels entretiennent des relations commerciales avec quasiment tous les diffuseurs-distributeurs suisses de livres francophones (cf. supra consid. 12.2) ; ils ont procédé à l'audition de certains de ceux-là ainsi qu'à l'examen des procès-verbaux tenus lors des réunions de l'ASDEL. Dites mesures d'investigation ont concerné indistinctement l'ensemble des diffuseurs ayant fait l'objet de l'enquête. Aussi, le temps y relatif consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure doit être pris en compte de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par ceux-là ; il ne saurait dès lors être réduit pour le motif que les charges ont finalement été abandonnées à l'encontre de trois des treize diffuseurs en cause à l'issue de la décision entreprise. Il en va de même du temps consacré aux investigations portant sur l'existence d'accords au sens de l'art. 5 LCart, en tant qu'il n'est guère possible de délimiter le temps voué à prouver l'existence de deux accords - à savoir horizontal et vertical - dès lors que les indices réunis leur étaient communs. Dès lors que le temps dédié à l'enquête par le secrétariat et l'autorité inférieure doit être considéré de manière globale, indistinctement des diffuseurs en cause, il est donc juste d'avoir imputé les frais de procédure, de manière égale, à raison de un treizième, aux diffuseurs condamnés. Le poids respectif de ceux-ci sur le marché a été pris en compte au stade du calcul du montant de la sanction (cf. supra consid. 17.3.4.1, 17.3.4.2). Au demeurant, il convient encore de préciser que la réformation de la décision ne justifie ni l'abandon ni une diminution des frais imputés à la recourante. En effet, si l'autorité inférieure a calculé le montant de la sanction sur la base d'un chiffre d'affaires total incorrect, il n'en demeure pas moins que le comportement illicite de la recourante est à l'origine de l'enquête et de la décision déférée. Les frais liés au travail de l'autorité inférieure ne dépendent, en définitive, pas du montant de la sanction mais bien de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la loi sur les cartels.

## **E. 20**

**Conséquences** Le recours doit être partiellement admis et la décision de l'autorité inférieure partiellement réformée, en tant qu'elle condamnait la recourante au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart de [...] francs. Il y a lieu de réduire le montant de cette sanction à [...] francs. En revanche, dans la mesure où le tribunal parvient à la conclusion que l'accord passé entre la recourante et OLF - prévoyant notamment l'exclusivité de la distribution des ouvrages diffusés par Editions Glénat en Suisse et l'engagement par celui-ci de ne pas avoir de comptes ouverts pour des clients suisses - a supprimé la concurrence sur le marché de référence ou, à tout le moins, l'a affectée notablement, sans être justifié par des motifs d'efficacité économique, la décision attaquée doit être confirmée, en tant qu'elle interdit à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse. De même, il

y a lieu de confirmer la décision attaquée, en tant qu'elle condamne la recourante solidairement au paiement des frais de procédure devant l'autorité inférieure, lesquels se montent à 760'150 francs. Enfin, il y a également lieu de confirmer la décision incidente du 10 décembre 2013 par laquelle le juge instructeur a déclaré sans objet la conclusion préalable de la recourante tendant à la production des décisions relatives au classement des charges à l'encontre de Editions l'Age d'Homme SA, Editions Zoé SA et Librairie du Lac, dès lors que celles-ci consistaient précisément en la décision attaquée.

## **E. 21**

Frais et dépens

### **E. 21.1**

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 1<sup>ère</sup> phrase 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 mis à la charge des autorités inférieures ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir la totalité des frais judiciaires. En effet, le montant de la sanction a été réduit faisant ainsi partiellement droit aux conclusions de la recourante. Aussi, il convient de fixer les frais de procédure, dont ceux relatifs à la décision incidente du 10 décembre 2013, à 7'000 francs. La recourante ayant presté une avance de frais de 8'000 francs le 19 juillet 2013, le solde de 1'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

### **E. 21.2**

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 (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les frais non nécessaires ne sont pas indemnisés (art. 8 al. 2 FITAF). De même, aucun dépens ne sont alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (cf. art. 64 PA ; ATF 132 II 47 consid. 7). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). La recourante, qui obtient partiellement gain de cause à l'issue du présent arrêt et qui est représentée par un avocat, dûment légitimé par procuration, a droit à des dépens. L'intervention de celui-ci - qui n'a produit aucune note de frais et honoraires - a impliqué le dépôt d'un recours de 17 pages, d'une réplique de 8 pages et d'observations finales de 2 pages. Compte tenu de la complexité de la cause, des similitudes entre la motivation juridique des écritures précitées et des arguments déjà développés devant l'autorité inférieure ainsi que de la légère réduction de la sanction obtenue par la recourante à l'issue de la présente procédure, il se justifie d'allouer à la recourante une indemnité équitable de dépens de 1'500 francs et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure (cf. art. 64 al. 2 PA).

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