

# **BVGer B-3975/2013 vom 30. Oktober 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-10-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3975\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3975_2013)

FR: TAF B-3975/2013 du 30 octobre 2019

IT: TAF B-3975/2013 del 30 ottobre 2019

## **Regeste**

Accords illicites

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Base légale et objet du litige

#### **E. 2.1**

La loi sur les cartels - partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) - a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

#### **E. 2.2**

Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). 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 (art. 5 al. 2 let. a LCart) ; et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (art. 5 al. 2 let. b LCart). Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace notamment les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (art. 5 al. 4 LCart). L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (art. 49a al. 1 LCart).

#### **E. 2.3**

Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence et nomme les membres de la présidence (art. 18 al. 1 LCart). Elle prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité (art. 18 al. 3 1re phrase LCart). Le secrétariat prépare les affaires de la commission, mène les enquêtes et prend, avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la commission et exécute ses décisions. Il traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités (art. 23 al. 1 LCart). S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission (art. 27 al. 1 1re phrase LCart). Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle (art. 28 al. 1 LCart). Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. La commission peut procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 LCart). Les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions (art. 42 al. 1 1re phrase LCart) ; elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1re phrase LCart).

#### **E. 2.4**

En application de l'art. 6 al. 1 1re phrase LCart, selon lequel la Comco peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, celle-ci a, par décision du 18 février 2002, édicté la première communication concernant l'appréciation des accords verticaux. Dite communication fixe les critères selon lesquels l'autorité inférieure apprécie la notabilité des accords verticaux à la lumière de l'art. 5 al. 1 LCart. Elle a été abrogée par la communication du même nom, arrêtée le 2 juillet 2007, elle-même abrogée par la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 (ci-après : CommVert), entrée en vigueur le 1er août 2010 et révisée le 22 mai 2017. Elle a fait l'objet d'une note explicative, arrêtée le 12 juin 2017 et révisée le 9 avril 2018 (ci-après : la note explicative). La communication et sa note explicative ont été publiées sur le site Internet de la Comco (cf. < <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html>, consulté le 30 octobre 2019). Dites communications - lesquelles s'apparentent à des ordonnances administratives qui ne lient pas le Tribunal administratif fédéral - sont prises en considération dans la mesure où elles permettent une interprétation équitable et adaptée au cas particulier des dispositions légales applicables (cf. arrêts du TAF B-5685/2012 du 17 décembre 2015 Altimum consid. 2.4 et B-506/2010 du 19 décembre 2013 Gaba consid. 11.1.7 ; Jean-Marc Reymond, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 6 LCart p. 598 ss no 40 ss ; Klaus Neff, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 6 p. 458 no 24 ss).

#### **E. 2.5**

Dans sa décision du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement de [...] francs en application de l'art. 49a LCart pour avoir conclu avec OLF un accord attribuant des territoires, alors que son système de distribution interdisait les ventes passives par d'autres distributeurs. En substance, elle a considéré que l'interdiction faite à la recourante d'ouvrir des comptes à Paris et le fait que respectivement les détaillants ne

pouvaient s'approvisionner directement auprès de Flammarion FR ou de sa filiale UD-Union Distribution suffisaient à démontrer que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives. La recourante, pour sa part, conteste l'existence d'un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart. Sur ce point, elle s'en prend aux faits établis par l'autorité inférieure et considère que ceux-ci ont été constatés de manière inexacte et incomplète et que, ce faisant, l'autorité inférieure a violé le droit fédéral et l'art. 5 LCart en particulier, dès lors que son système de distribution n'interdirait pas les ventes passives. Dans le cadre de l'examen des griefs formulés par la recourante, il y a lieu de tenir compte de la CommVert qui s'applique à tous les accords verticaux en matière de concurrence, y compris ceux qui étaient en vigueur avant le 1er août 2010 (ch. 19 CommVert) et ceux qui faisaient déjà l'objet d'une enquête préalable à cette date (cf. arrêt B-5685/2012 précité Altimum consid. 3.2 ; Reymond, op. cit., art. 6 LCart p. 617 no 130).

### **E. 3**

Champ d'application de la loi sur les cartels A titre liminaire, il est nécessaire de déterminer si la loi sur les cartels est applicable en l'espèce, à savoir si les conditions d'application personnelles, locales et matérielles de la loi sont réunies.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises. Est soumise à la loi sur les cartels toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al.1bis LCart) et jouissant par ailleurs d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 du 14 septembre 2015 Swisscom ADSL consid. 27 et B-2977/2007 du 27 avril 2010 Publigroupe consid. 4.1). La loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart ; cf. message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [Loi sur les cartels, LCart], FF 1995 I 472, 535 s. ch. 222.2 [ci-après : message LCart 1995]). En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante appartient au groupe Flammarion. Or, lorsque plusieurs filiales appartenant à un même groupe sont effectivement contrôlées par leur société-mère, il est admis, par la jurisprudence et la doctrine, - dès lors que les différentes entités du groupe ne peuvent se comporter de manière indépendante les unes par rapport aux autres - que celles-ci forment une seule et même entreprise au sens de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-831/2011 du 18 décembre 2018 SIX Group consid. 39 ss, B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 29 et B-2977/2007 précité Publigroupe consid. 4.1 ; Vincent Martenet/Pierre-Alain Killias, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35 ; Jens Lehne, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 2 p. 84 s. no 27-29 ; Ralf Michael Straub, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in : Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, p. 1278 ss). En droit européen, l'absence d'autonomie de la filiale est présumée lorsque celle-ci est détenue à 100 % par sa société mère (cf. arrêt de la CJCE du 10 septembre 2009 C-97/08 Nobel contre Commission, Rec. I-8237 point 60 ; Richard Whish/David Bailey, Competition Law, 9e éd. Oxford 2018, p. 95 s.). Il s'ensuit que la recourante et les sociétés appartenant au groupe Flammarion ne forment qu'une seule et même entité aux yeux de la loi sur les cartels, de sorte que le comportement des différentes

sociétés du groupe, y compris de la recourante, peut lui être attribué. Toutefois, il n'y a pas lieu de tenir compte, dans le cadre de la présente procédure, du comportement des sociétés du groupe Madrigall, lequel a racheté le groupe Flammarion en 2012, dès lors que l'opération de rachat a pris effet après la fin de la période de l'enquête (cf. arrêt B-831/2011 précité Six Group consid. 63). Au surplus, dès lors que l'autorité inférieure prétend que la recourante aurait confié à OLF la distribution pour la Suisse des ouvrages dont elle assure la diffusion, il y a lieu d'admettre qu'elle constitue une entreprise au sens de la loi sur les cartels et que les prétendus accords de protection territoriale absolue ont produit leurs effets en Suisse. Les conditions d'application personnelles et locales de la loi sur les cartels sont ainsi remplies.

### **E. 3.2**

S'agissant des conditions d'application matérielles, la recourante est chargée de diffuser les ouvrages qui lui sont confiés ; elle entretient ensuite une relation commerciale verticale avec OLF qui distribue lesdits ouvrages. Pour le reste, il y a lieu de déterminer s'il existait entre la recourante et OLF un accord en matière de concurrence pour la période - délimitée par l'autorité inférieure - s'étendant de l'année 2005 à l'année 2011. L'examen de cette question présente une double pertinence, en ce sens que l'existence d'un accord en matière de concurrence constitue non seulement une condition de l'application de la loi sur les cartels, mais également une prémisse à l'admission d'une restriction illicite à la concurrence. La question sera examinée ci-après (cf. infra consid. 5 et 6).

### **E. 4**

Griefs formels La recourante soulève divers griefs formels en lien avec le droit d'être entendu qu'il y a lieu d'examiner préalablement. Principalement, elle estime que la décision n'est pas suffisamment motivée, en ce sens qu'elle souffre d'un manque d'individualisation et que la situation particulière de la recourante n'a été abordée que de manière succincte et lacunaire.

#### **E. 4.1**

Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier avant qu'une décision ne soit prise concernant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles, ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3 et 135 II 286 consid. 5.1 ; arrêts du TAF B-506/2010 précité Gaba consid. 4 et B-2050/2007 du 24 février 2010 consid. 6.1 ; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3e éd., Zurich 2013, p. 172 ss no 488 ss). Il comporte aussi l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la contester utilement et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 135 V 65 consid. 2.6 et 134 I 83 consid. 4.1). L'autorité n'est toutefois ni tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige ; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.2 et 134 I 83 consid. 4.1). Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision

attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Néanmoins, exceptionnellement, lorsque la violation du droit d'être entendu ne s'avère pas particulièrement grave, celle-ci peut être guérie si la partie lésée dispose de la possibilité de se prononcer devant une instance dont la cognition est similaire à celle de l'instance inférieure (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1 ; Kölz/Häner/Bertschi, op. cit., p. 193 no 548).

#### **E. 4.2**

En tant que la recourante se plaint que la décision souffre d'un manque d'individualisation et que sa situation n'a été abordée que de manière succincte et lacunaire, elle se limite à l'affirmer, mais ne motive pas en quoi elle n'a pas pu comprendre et contester utilement la décision entreprise. Or, de manière générale, la décision du 27 mai 2013 renvoie régulièrement à l'avis écrit de la recourante, au contenu de son audition ainsi qu'aux autres pièces du dossier, dont elle a pu prendre connaissance. Enfin, l'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige ; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaque à bon escient (cf. ATF 133 III 439 consid. 3.3 ; arrêt du TF 2C\_622/2012 du 17 juin 2013 consid. 5.3). Dans ces conditions, il n'incombe pas au tribunal, en présence de critiques purement appellatoires, d'examiner plus avant ce grief formel (cf. Patrick L. Krauskopf/Katrin Emmenegger/Fabio Babey, in : Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2e éd. 2016, art. 12 PA p. 264 s. no 59). Mal fondé, le grief soulevé par la recourante est rejeté.

#### **E. 5**

Notion d'accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart) L'objet principal de la présente procédure consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a conclu que le système de distribution de la recourante réalisait, entre 2005 et 2011, les conditions d'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, sans que celle-ci ne puisse être renversée et que l'examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que le système de distribution de la recourante a notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie sa nécessité. La question litigieuse qu'il convient d'examiner préliminairement est dès lors celle de savoir si, pour la période en cause, la recourante a été partie à des accords verticaux en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, condition indispensable à l'application de l'art. 5 LCart, et par conséquent, à la condamnation de la recourante selon l'art. 49a LCart pour participation à des accords illicites.

#### **E. 5.1**

Pour être en présence d'un accord en matière de concurrence, deux conditions doivent être réunies selon le texte de l'art. 4 al. 1 LCart : il faut d'une part un accord et, d'autre part, que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence (cf. Marc Amstutz/Blaise Carron/Mani Reinert, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 4 al. 1 LCart p. 220 no 1). Des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent exister non seulement entre entreprises de même rang (accord horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux ; cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 4). Plusieurs formes d'accords sont mentionnées à l'art. 4 al. 1 LCart, à savoir les conventions, avec ou sans force obligatoire, et les pratiques concertées. Il s'agit de formes

alternatives. Partant, si l'on est en présence d'une convention obligatoire, cela suffit pour en conclure à l'existence d'un accord, sans qu'il soit pour le surplus nécessaire de se demander si cet accord remplit les conditions d'une pratique concertée (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 6.4.1). L'existence d'un accord suppose une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 544 ch. 224.1 ; ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 6.3 et 124 III 495 consid. 2a). Pour déterminer s'il y a accord, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO (cf. Dimitri Antipas, *Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence*, 2014, p. 140) et d'établir quelle était la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO ; cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 226 no 21 ; Thomas Nydegger/Werner Nadig, in : *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, art. 4 al. 1 p. 166 no 83). Les déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants doivent être interprétées conformément au principe de la confiance (art. 18 CO), sans s'arrêter aux termes retenus par les parties (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 6.4.1). En outre, il résulte du concept même d'accord que deux entreprises participantes au moins sont nécessaires pour remplir les exigences de la définition contenue à l'art. 4 al. 1 LCart (cf. arrêt B-5685/2012 précité Altimum consid. 4.1) ; la conclusion d'un accord nécessite donc la participation d'au moins deux entreprises jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. Martenet/Killias, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35 ; Lehne, op. cit., art. 2 p. 84 s. no 27-29).

## **E. 5.2**

Pour retenir l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, il faut encore que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence. On entend par là toute atteinte au libre jeu de l'offre et de la demande. Il faut donc qu'un accord affecte en plus un paramètre de concurrence, à savoir le prix, la quantité, la qualité, le design d'un produit ou d'un service, le service au client, les conditions commerciales appliquées ou encore les canaux d'écoulement ou d'approvisionnement (cf. Amstutz/Carron/ Reinert, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 244 ss no 72 ss ; Nydegger/Nadig, op. cit., art. 4 al. 1 p. 158 et 162 no 42 et 63). Un accord a pour objet une restriction à la concurrence lorsqu'il a pour but d'influencer un ou plusieurs paramètres concurrentiels, dont la gestion incombe en principe individuellement aux entreprises sur le marché. L'intention subjective des parties est sans pertinence, dans la mesure où, objectivement, selon le contenu de l'accord et le paramètre concurrentiel visé, l'accord est de nature à entraver ou supprimer l'exercice de la concurrence sur le paramètre en question (cf. arrêt B-5685/2012 précité Altimum consid. 4.1). Par conséquent, dans le cas d'une restriction par objet, il ne sera pas nécessaire d'examiner les effets de l'accord. En revanche, si l'on ne peut pas établir que l'accord vise une restriction de la concurrence, une analyse des effets de l'accord sur le marché sera nécessaire afin de déterminer s'il tombe ou non sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart. Il suffit d'établir un effet sur le marché ainsi que le rapport de causalité, naturelle et adéquate, entre cet effet et la coordination entre participants. Si la restriction à la concurrence est due à des facteurs exogènes, il n'y a pas d'accord en matière de concurrence. Les effets restrictifs de concurrence peuvent être présents, futurs ou passés (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Siegenia* consid. 5.3.2.5 ss ; Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 247 s. no 83 ss ; Nydegger/Nadig, op. cit., art. 4 al. 1 p. 163 ss no 67 ss ; Mariel Hoch Classen, *Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht*, 2003, p. 217 ; Antipas, op. cit., p. 276).

### **E. 5.3**

Afin d'éviter un isolement du marché suisse et garantir la sécurité du droit, la réglementation et la pratique suisses en matière de concurrence se veulent euro-compatibles (cf. Deiss BO 2003 E 328 ss) ; elles s'inspirent ainsi du droit et de la pratique au sein de l'Union européenne, sans pour autant qu'il ne s'agisse là d'une reprise automatique dans l'ordre juridique suisse (cf. consid. VII CommVert ; ATF 144 II 246 Altimum consid. 13. 3 et 143 II 297 Gaba consid. 6.2.3 ; arrêts B-5685/2012 précité Altimum consid. 4.2.1 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 167 ss ; Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 s. no 7). L'art. 4 al. 1 LCart présente à cet égard des points de convergence et de divergence avec l'art. 101 par. 1 de la version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JO C 326/47 du 26 octobre 2012 (ci-après : TFUE), lequel a la teneur suivante : « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à : a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ». En relation avec la définition d'un accord en matière de concurrence, les divergences entre les deux ordres juridiques ne sont en grande partie qu'apparentes (sauf pour les décisions d'associations d'entreprises), le législateur suisse ayant, comme déjà dit, exprimé son intention d'adopter une réglementation euro-compatible (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 no 7). La Commission européenne a édicté des lignes directrices exposant les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'art. 101 TFUE (ch. 1 de la communication de la Commission du 10 mai 2010 concernant les lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après : les lignes directrices]).

### **E. 6**

Relations avec les partenaires de distribution Ceci étant, il s'agit de déterminer si le système de distribution de la recourante a impliqué, durant la période de l'enquête, la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, en tenant compte, le cas échéant, d'une relation d'agence.

#### **E. 6.1**

L'autorité inférieure a relevé que la notion de relation d'agence découle du droit de l'Union européenne dont l'application analogue en Suisse découle - s'agissant des accords verticaux - de la volonté du législateur. Elle souligne que, selon la pratique européenne, l'agent fait partie de l'organisation commerciale du commettant. A défaut d'indépendance économique entre l'agent et le commettant, la relation d'agence n'est pas soumise à l'art. 101 TFUE. Elle souligne que les risques commerciaux et financiers spécifiques aux contrats conclus sont déterminants pour qualifier de rapport d'agence le lien entre un producteur et un intermédiaire. L'autorité considère qu'en l'espèce la recourante est liée à OLF par un contrat

ayant pour objet la distribution et lui conférant une exclusivité territoriale. De plus, les activités mentionnées par la recourante constitueraient précisément des activités typiques de la distribution. Enfin, la particularité de la branche du livre, séparant les activités de diffusion et de distribution, ne change rien à cette analyse. Il s'agit uniquement d'une particularité sur le marché du livre qui concerne la promotion et l'information sur les produits. De plus, elle estime que la recourante supporte entièrement le risque de ducroire. Une éventuelle rémunération de ce risque n'en modifierait pas la répartition. De plus, OLF assume le risque lié au stockage des ouvrages, est tenue de les assurer et répond d'une éventuelle différence de stock lors de l'inventaire. Partant, une relation d'agence doit être niée entre la recourante et OLF. La recourante estime que la décision entreprise viole l'art. 4 al. 1 LCart, dans la mesure où elle se trouverait dans une relation d'agence avec OLF. Partant, les contrats entre elle et OLF ne sauraient être qualifiés d'accords en matière de concurrence. Elle estime qu'une relation d'agence n'est, en effet, pas constitutive d'un accord vertical lorsque la société en aval - en l'espèce OLF - ne supporte aucun risque commercial ou que celui-ci est négligeable. Elle fonde son raisonnement sur les jurisprudences du Tribunal de première instance de l'Union européenne *Daimler-Chrysler contre Commission* et de la Cour de Justice dans l'arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contre Compañía de Petróleos*. Selon elle, le risque de ducroire, seul risque supporté par OLF serait négligeable. En effet, elle affirme que le contrat vise uniquement à régler la question du droit de retour et qu'il s'agit d'un contrat de logisticien, dans la mesure où OLF a pour uniques tâches la réception, la livraison et la facturation des ouvrages selon les instructions données par la recourante. Elle prétend qu'OLF n'a aucune obligation de distribution, qu'elle n'est pas propriétaire des ouvrages et qu'elle ne participe pas à l'effort de vente ; elle ne joue ainsi aucun rôle dans les relations contractuelles avec les librairies, en particulier s'agissant de la fixation du prix et de la remise concédée à ces derniers.

### **E. 6.2**

En droit des obligations, le contrat d'agence se définit comme le contrat par lequel un agent prend, à titre permanent, l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure, en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail (art. 418a al. 1 CO). L'agent agit à titre indépendant. Il n'est ainsi pas tenu par un rapport de subordination (cf. ATF 129 III 664 consid. 3.2 ; Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, *Les contrats spéciaux*, 5e éd. 2016, no 5046 p. 738 s. ; Christoph Müller, *Contrats de droit suisse*, 2012, no 2131 p. 439). L'indépendance de l'agent doit être comprise dans un sens juridique et non économique, dès lors que le caractère durable du contrat d'agence a pour corollaire une dépendance économique accrue (cf. arrêt du TF 4C.270/2002 du 11 février 2003 consid. 2). Le contrat d'agent se distingue ainsi du contrat de distribution (exclusive ou non), dans lequel le distributeur agit en son propre nom et pour son propre compte. Ainsi, contrairement à l'agent, le distributeur assume les risques liés à son activité (cf. arrêt du TF 4C.130/2004 du 18 juin 2004 consid. 2.2 ; Tercier/Bieri/Carron, *op. cit.*, no 7256 p. 1074 ; Müller, *op. cit.*, no 2145, p. 441 s.).

### **E. 6.3**

En droit des cartels, il y a lieu de rappeler que le concept d'accord nécessite une convention ou une pratique concertée entre au moins deux entreprises indépendantes l'une de l'autre (art. 2 LCart ; ch. 9 pt 2 de la note explicative ; cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1), c'est-à-dire jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf.

arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 27 ss et B-2977/2007 précité *Publigruppe* consid. 4.1 ; *Martenet/Killias*, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35 ; *Lehne*, op. cit., art. 2 p. 79 ss no 14 ss). Pour le surplus, le droit et la pratique suisses sont muets sur la question des relations d'agence au regard de la loi sur les cartels. Dans ce contexte, le droit de l'Union européenne peut fournir une piste d'interprétation utile, la mise en oeuvre d'une politique analogue à celle de l'Union européenne dans le domaine des accords verticaux correspondant à la volonté du législateur (cf. *Deiss BO 2003 E 322* ss). En droit européen, lorsqu'un agent peut conclure ou négocier des contrats, pour le compte d'un commettant, dans le but notamment de vendre des biens ou des services fournis par ce dernier, la dépendance économique et organisationnelle de l'agent vis-à-vis du commettant peut faire obstacle à l'application des dispositions relatives aux accords verticaux en matière de concurrence (ch. 12 ss des lignes directrices). En effet, lorsque l'agent se trouve dans une relation de dépendance, financière et organisationnelle, vis-à-vis du commettant, les deux entités, bien que juridiquement distinctes, sont considérées comme une seule entité économique, les activités de l'agent n'ayant aucune influence sur le marché (cf. arrêt de la CJCE du 14 décembre 2006 C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* contre *Compañía de Petróleos*, Rec. I-11987 point 39 ss ; arrêt du TPICE du 15 septembre 2005 T-325/01 *Daimler-Chrysler* contre *Commission*, Rec. 2005 II-3319 point 86 ss). L'indépendance de l'agent s'examine à l'aune des risques qu'il supporte (ch. 13 des lignes directrices ; cf. arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* précité point 43). Sont pertinents pour la définition d'un contrat d'agence les risques propres à chaque contrat, les risques liés aux investissements propres au marché, et les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte, mais à ses propres risques (ch. 14 des lignes directrices). L'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements propres au marché pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le commettant lui demande d'exercer sur le même marché de produits. Toutefois, les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent ou les investissements généraux dans un local ou du personnel, par exemple, ne sont pas pertinents pour cette appréciation (ch. 15 des lignes directrices). Selon le ch. 16 des lignes directrices, un accord sera généralement aussi considéré comme un contrat d'agence lorsque l'agent n'est pas investi de la propriété des biens contractuels achetés ou vendus ou lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels. Tel n'est toutefois pas le cas notamment lorsque l'agent tient, à ses propres frais ou risques, un stock de biens contractuels, et notamment lorsqu'il supporte le coût de financement des stocks ou le coût lié à la perte des stocks, ou qu'il ne peut retourner au commettant, sans frais, les invendus (ch. 16 let. b des lignes directrices a contrario). Ainsi, lorsque l'agent n'assume aucun risque résultant des contrats négociés ou conclus pour le compte du commettant, il opère comme un auxiliaire intégré dans l'organisation économique de ce dernier et les dispositions européennes relatives aux accords verticaux en matière de concurrence ne sont par conséquent pas applicables à leur relation contractuelle (cf. arrêt *Daimler-Chrysler* précité point 86 ; *Whish/Bailey*, op. cit., p. 634 ss). Enfin, les risques assumés par l'agent doivent être examinés in concreto (cf. arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* précité point 46). En effet, si ceux-ci s'avèrent négligeables, la

relation d'agence ne peut pas être exclue (cf. arrêt Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio précité point 61).

#### **E. 6.4**

Partant, il y a lieu d'examiner la nature des relations contractuelles entre la recourante et OLF et de déterminer si celles-ci relèvent d'un contrat d'agence ou non, c'est-à-dire d'examiner si OLF opère ou non comme un simple auxiliaire intégré dans l'organisation économique de la recourante, en tenant compte des risques concrets supportés par OLF. En l'occurrence, aux termes des contrats des 27 novembre 2000, 5 juin 2007 et 23 mars 2010 (cf. acte 523 du dossier de la Comco [ci-après : l'acte ou les actes]), la recourante confie à OLF la distribution exclusive de ses ouvrages auprès de l'intégralité des revendeurs de livres en Suisse (art. 1 et 3). De son côté, OLF s'engage à réceptionner et stocker les ouvrages de la recourante, recevoir et traiter les commandes qui lui sont transmises directement par les clients ou par la recourante, livrer les ouvrages dans toute la Suisse et les facturer selon les instructions données par la recourante (art. 4 let. a à c). En outre, elle s'engage à « être du croire sur les comptes clients vis-à-vis de [la recourante] » (art. 4 let. d) ; la portée de cette obligation est précisée à l'art. 8 : « [e]n vertu de l'art. 4 [let.] d, OLF assure l'entière responsabilité du recouvrement des créances sur les clients suisses. Il est toutefois prévu que les ouvertures de compte, demandées par [la recourante] à OLF, seront acceptées par OLF sauf si [cette dernière] a prévenu à l'avance de l'insolvabilité du client ou de contentieux antérieur. Les fermetures de compte sont effectuées par OLF qui doit au préalable demander son accord à [la recourante]. [Cette dernière] pourra soit accepter, soit demander la fourniture sous sa propre responsabilité ». De même, OLF doit verser à la recourante l'équivalent du prix net des produits facturés aux revendeurs quand bien même ceux-ci ne se seraient pas acquittés des montants éventuellement dus à OLF (art. 6). En outre, OLF supporte les risques inhérents au stockage des ouvrages. Cette dernière assume les conséquences d'un éventuel sinistre ainsi que les différences de stock constatées lors de l'inventaire physique ; de même, elle gère le suivi du stock dont elle doit limiter les ruptures (art. 4 let. k et l). Il convient encore de relever que la propriété des ouvrages ne passe pas à OLF, la rémunération de celle-ci découlant de [...] (art. 4 let. a et art. 5). Enfin, OLF ne participe pas à la politique commerciale et la promotion des ouvrages, [...] (art. 9 ch. 1 et 2). Ainsi, il appert qu'OLF n'acquiert pas les ouvrages dans le but de les revendre aux détaillants. Par conséquent, elle ne supporte pas un éventuel échec commercial. Ce constat tend à soutenir la thèse de la recourante. Toutefois, il ne se suffit pas à lui seul. Au contraire, en plus d'assurer le stockage et le flux physique des ouvrages, OLF assume la facturation auprès des détaillants et le risque de du croire. Si la recourante détermine certes [...], elle n'intervient par la suite plus dans la vente effective de ses ouvrages, à savoir leur livraison, leur facturation et leur encaissement. Elle n'en supporte pas le risque. Il y a lieu de rappeler que la recourante perçoit d'OLF le prix net des ouvrages facturés, indépendamment de tout versement par les détaillants, dont les comptes sont d'ailleurs ouverts directement auprès d'OLF. Les détaillants passent directement commande auprès de dite société, laquelle gère les stocks et le réassort des produits. Elle supporte d'ailleurs également le risque de perte du stock et les conséquences d'une différence de stock constatée lors de l'inventaire. Ce faisant, le rôle d'OLF dépasse largement celui d'un simple logisticien, ses activités allant au-delà de la simple manutention des ouvrages. Ce rôle est d'ailleurs confirmé par le directeur d'OLF, qui conteste que le rôle de sa société soit de faire du « paquet-ficelle » ; il affirme au contraire que son activité économique est celle d'un prestataire offrant une multitude de services (cf. acte 874 lignes 20 ss). Il n'est dès lors pas

déterminant que la propriété des livres ne soit pas transférée. Certes, il ressort des contrats passés entre OLF et la recourante que cette dernière conserve la maîtrise de sa politique commerciale et que la première répond aux commandes des clients et ne peut refuser de les servir, sauf exception. Partant, la liberté commerciale d'OLF est, de ce point de vue, pratiquement nulle. Néanmoins, le risque inhérent à la vente des ouvrages - à savoir le paiement du prix - est supporté par OLF dès lors qu'elle assume le potentiel défaut de paiement du produit. La recourante est, quant à elle, totalement libérée de ce risque. De plus, ce risque ne saurait être qualifié de négligeable en tant qu'il est inhérent à chaque contrat ; peu importe à cet égard avec quelle occurrence ce risque est susceptible de se réaliser. Sa rémunération atteste de son importance économique et ne saurait pas le minimiser. Enfin, OLF supportant également le risque de stock, elle se retrouve - vis-à-vis de la recourante - dans la position d'un distributeur indépendant. Il s'ensuit qu'OLF supporte des risques économiques analogues à ceux d'un distributeur indépendant. Ce faisant, elle n'agit pas comme un agent de la recourante au sens du droit suisse, mais bien comme un distributeur économiquement indépendant. L'existence d'un rapport d'agence doit donc en l'espèce être exclue.

#### **E. 6.5**

Au surplus, il n'est pas contesté que l'attribution du territoire suisse à OLF et l'engagement pris par la recourante de « ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans l'accord préalable [d']OLF, sauf pour des titres soldés » étaient contenus dans une convention au sens de l'art. 1 ss CO conclue avec OLF. Partant, lesdits engagements constituent bien un accord. De plus, dès lors que cet accord lui octroie une exclusivité pour la distribution sur le territoire suisse de l'ensemble des fonds diffusés par la recourante, il affecte les canaux d'écoulement et d'approvisionnement sur le marché du livre écrit en français. Aussi, il porte sur une restriction à la concurrence et constitue donc un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Un tel constat ne dit encore rien sur le caractère illicite ou non de l'accord, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart.

#### **E. 7**

Présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart) Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart quand ils ont notamment pour objet l'attribution de territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (accord de protection territoriale absolue ; ch. 10 par. 1 let. b CommVert).

#### **E. 7.1**

L'art. 5 al. 4 LCart, entré en vigueur le 1er avril 2004 (cf. RO 2004 1385, 1386), a été introduit au stade des débats parlementaires relatifs à la révision de la loi sur les cartels de 2004. L'ajout de cette disposition est un reflet de la discussion publique relative à la lutte contre l'îlot de cherté suisse (Hochpreisinsel Schweiz ; cf. message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, 1920 ss ch. 1.4.6 [ci-après : message LCart 2001] ; Schneider BO 2002 N 1435, Strahm BO 2002 N 1438 ; Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 553 no 527). L'art. 5 al. 4 LCart a ainsi introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher notamment le cloisonnement du marché suisse - en particulier, l'interdiction des ventes passives à des distributeurs ou à des clients finals - ainsi que de favoriser la concurrence intramarque (cf. consid. IV et ch. 10 par. 1 let. b CommVert). Cette disposition vise, d'une part, à empêcher

qu'un partenaire de distribution soit protégé de la concurrence provenant d'autres partenaires de distribution souhaitant vendre les produits contractuels sur le territoire qui lui a été alloué. D'autre part, elle tend à empêcher qu'un fournisseur puisse fixer librement des prix différents selon les territoires de distribution, dès lors qu'un tel procédé suppose un cloisonnement du marché (cf. Roger Zäch, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in : Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 41, ci-après : Verhaltensweisen). Selon l'ancien Conseiller aux Etats Schiesser, rapporteur de la commission dont découle la proposition acceptée par la majorité, un contrat de distribution par lequel un producteur s'engage auprès de ses distributeurs, dans les territoires individuels attribués, à veiller à ce que ses distributeurs dans les autres territoires réservés ne procèdent à aucune vente dans le territoire attribué en question constitue, si tant est qu'il soit respecté, un système de protection territoriale infaillible, la concurrence intramarque étant ainsi supprimée. Selon la jurisprudence européenne, une telle protection territoriale absolue n'existe pas si les ventes passives dans d'autres territoires attribués sont autorisées. Un producteur n'a dès lors pas le droit de faire figurer dans ses contrats de distribution un tel engagement. Si des clients d'autres territoires attribués prenaient contact avec un distributeur contractuellement lié, alors il doit être permis à celui-ci de vendre et de livrer dans l'autre territoire attribué et il ne peut pas lui être interdit par le producteur de procéder de la sorte (cf. Schiesser BO 2003 E 329). L'ancien Conseiller fédéral Deiss a également déclaré, au cours des débats relatifs à la modification de la loi sur les cartels, que les contrats de concession exclusive (Alleinvertriebsverträge) prévoyaient une certaine protection territoriale qui devait pouvoir rester licite aussi longtemps qu'elle n'avait pas un caractère absolu, c'est-à-dire tant que des ventes passives étaient possibles en dehors du territoire prévu par le contrat, soit tant que tout commerce parallèle n'était pas impossible (cf. Deiss BO 2003 E 331). En d'autres termes, une protection territoriale devient absolue - et tombe sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart - si un distributeur est empêché par le producteur de procéder à des ventes passives dans le territoire attribué à un autre distributeur (cf. Schiesser BO 2003 E 329, Büttiker BO 2003 E 330 ; Julia Anne Xoudis, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence : droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, 2002, p. 35 ; Gion Giger, "Jovani", Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. mai 2010, sic! 10/2011 p. 574 ss). Il s'ensuit qu'il est interdit au producteur de restreindre la concurrence intramarque entre ses distributeurs en garantissant une protection territoriale absolue.

## **E. 7.2**

L'art. 5 al. 4 LCart est inspiré du droit européen, plus précisément de l'art. 4 let. b 1er tiret du règlement (CE) no 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29 décembre 1999 - remplacé le 1er juin 2010 par l'art. 4 let. b ch. 1 du règlement (UE) no 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, par. 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 102/1 du 23 avril 2010 (ci-après : le règlement d'exemption par catégorie). L'art. 4 let. b ch. 1 du règlement d'exemption par catégorie a la teneur suivante : « L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet : [...] b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant

à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de : i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur [...] ». Les règlements d'exemption par catégorie constituent une particularité du droit européen de la concurrence. Ils énoncent - notamment pour les accords verticaux - les conditions auxquelles une exemption est accordée au sens de l'art. 101 par. 3 TFUE (cf. Vincent Martenet/Andreas Heinemann, *Droit de la concurrence*, 2012, p. 47 ss). En adoptant l'art. 5 al. 4 LCart, le législateur n'a pas souhaité introduire un régime plus sévère que celui aménagé par le droit européen (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss). Il voulait en effet une réglementation matérielle identique entre le droit suisse et le droit européen de la concurrence en lien avec les accords verticaux. Dès lors, il convient d'interpréter cette disposition à la lumière du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices en tenant compte des spécificités propres à l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.2.3 ; Zäch, *Verhaltensweisen*, op. cit., p. 42 ; Silvio Venturi/Christoph Vonlanthen, *Accords de distribution et droit de la concurrence*, in : *Accords de distribution*, 2005, p. 136 no 46). Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen de la concurrence doivent également être considérés comme licites en Suisse (cf. arrêt B-5685/2012 précité Altimum consid. 4.2.1).

### **E. 7.3**

L'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart implique la réalisation de trois prémisses. Premièrement, ladite disposition exige l'existence d'un contrat de distribution (ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 2997 Gaba consid. 6.3.1 et 129 II 18 Sammelrevers consid. 4 ; Comco, DPC 2010 p. 65, Gaba, ch. 87 ss ; Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 526 et 564 ss no 379 et 586 ss ; Marc Amstutz/Mani Reinert, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, Jusletter du 27 septembre 2004, no 28 s.). Par contrat de distribution, il y a lieu de comprendre non seulement les contrats de distribution à proprement parler, mais également les clauses individuelles contenues dans d'autres contrats, tels que des contrats de franchise ou de licence (ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.1). Il n'est pas nécessaire que le contrat de distribution soit d'un certain type, tel qu'un contrat de distribution exclusive ou sélective (ch. 4 CommVert ; ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.1). Deuxièmement, une attribution - directe ou indirecte (ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.2 ; arrêt du TAF B-581/2012 du 16 septembre 2016 Nikon consid. 7.3.2) - de territoires à un ou plusieurs distributeurs doit découler dudit contrat de distribution. La présomption de l'art. 5 al. 4 LCart s'applique expressément à la répartition des marchés sur la base de territoires uniquement et non sur la base de la clientèle (cf. Büttiker BO 2003 E 330 ; ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.2 ; Amstutz/Reinert, op. cit., no 70). Ceux-ci peuvent être locaux, régionaux, suprarégionaux ou encore nationaux (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 566 no 594). La loi n'exige par ailleurs pas l'attribution exclusive d'un territoire de vente à un seul distributeur (cf. arrêt B-581/2012 précité Nikon consid. 7.3.3). Troisièmement, l'accord doit entraîner une exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés dans les territoires attribués (ch. 10 par. 1 let. b CommVert et ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.4 s.). L'art. 5 al. 4 LCart appréhende uniquement et spécifiquement l'exclusion des ventes passives et non tout accord quelconque de cloisonnement du marché (*Marktabstottung*) (cf. Couchepin BO 2002 N 1434 ss). L'interdiction des ventes actives ne tombe ainsi pas dans le champ d'application de la présomption (ch. 10 par. 1 let. b CommVert a contrario ;

Schiesser BO 2003 E 329 ss ; cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.4 ; arrêt B-581/2012 précité Nikon consid. 7.3.1 ; Patrick L. Krauskopf/Olivier Schaller, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 5 p. 437 no 554 ss ; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2e éd. 2005, p. 226 ss no 469 ss, ci-après : Kartellrecht ; Amstutz/Reinert, op. cit., no 70). Par ventes passives, on entend notamment le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou distributeurs) établis sur le territoire alloué exclusivement par le producteur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients ou l'obligation de transmettre (ch. 3 CommVert ; ch. 51 des lignes directrices ; cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.5 ; Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 607). L'art. 5 al. 4 LCart s'applique donc sans équivoque à l'exclusion directe des ventes passives, telle que l'obligation faite au distributeur de ne pas vendre à des clients situés sur certains territoires ou de transmettre à d'autres distributeurs les commandes provenant de clients situés sur un territoire qui ne lui a pas été attribué (ch. 10 par. 1 let. b CommVert ; ch. 50 des lignes directrices ; cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 569 ss no 612 ss ; Rolf H. Weber/Stephanie Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, p. 116 no 2.259 ; Lucas David/Reto Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht : eine systematische Darstellung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Kartellgesetzes, sowie der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze und der Grundsätze der Schweizerischen Kommission für Lauterkeit in der Werbung, 5e éd. 2012, p. 227 no 669). L'art. 5 al. 4 LCart s'applique également à l'exclusion indirecte des ventes passives dans les territoires réservés (ch. 10 par. 2 CommVert ; ch. 50 des lignes directrices ; cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.5 ; Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 570 no 615 ; Zäch, Kartellrecht, op. cit., p. 226 no 469 ; Krauskopf/Schaller, op. cit., art. 5 p. 437 no 554 ss ; Christian Kaufmann, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 2004, p. 142), laquelle peut être mise en oeuvre par un refus ou une réduction de primes, de bonus ou de rabais, une réduction des quantités livrées, une limitation des livraisons à la demande ou un arrêt des livraisons ou encore une menace de résiliation du contrat en cas de ventes dans ces territoires réservés à d'autres distributeurs, lorsque ces mesures entraînent un accord exprès ou tacite entre producteur et distributeur sur le fait que des ventes passives ne peuvent avoir lieu dans des territoires réservés. On peut encore citer une exigence de prix plus élevés pour les produits vendus sur les territoires réservés ainsi qu'une limitation de la part des produits, des obligations de restituer les gains et, plus généralement, des obligations de compensation, un refus d'accorder une garantie, une obligation d'obtenir une autorisation ou encore des formulations équivoques ou imprécises (ch. 50 des lignes directrices ; cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 569 ss no 616 ss ; Krauskopf/Schaller, op. cit., art. 5 p. 437 s. no 554 et 569 ss). De telles pratiques peuvent également être soutenues par des « mesures d'accompagnement », telles qu'un système de surveillance afin de vérifier le lieu de destination réel des marchandises livrées. A elles seules, celles-là ne permettent toutefois pas d'établir une exclusion des ventes dans les territoires attribués (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 572 s. no 624).

#### **E. 7.4**

En l'espèce, il ressort de l'art. 3 en lien avec l'art. 2 des accords litigieux que la recourante a confié à OLF la distribution exclusive, sur le territoire suisse, de ses propres ouvrages ainsi que de ceux des éditeurs dont elle a été chargée de la diffusion en Suisse. La première et la deuxième prémisses à l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart - relatives au contrat de distribution et à l'attribution de territoire de distribution - sont dès lors réalisées.

Il reste à examiner si le régime d'exclusivité conféré entraîne l'interdiction, en Suisse, des ventes passives des ouvrages de la recourante, ainsi que des ouvrages des éditeurs dont la recourante a été chargée de la diffusion. A cet égard, il y a lieu de préciser la notion d'« exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés » de l'art. 5 al. 4 LCart et de distinguer selon que l'exclusion des ventes est imposée aux éditeurs (cf. infra consid. 8) ou aux partenaires de distribution des éditeurs (cf. infra consid. 9).

## **E. 8**

**Exclusion des ventes par les éditeurs** Les contrats passés entre la recourante et OLF contiennent l'obligation pour la première d'octroyer à la seconde l'exclusivité de la distribution en Suisse de ses propres ouvrages et de ceux des éditeurs et/ou diffuseurs-distributeurs qui ont eux-mêmes confié à la recourante cette distribution sur le même territoire et l'engagement, à charge de la recourante, de « ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable d'OLF ». La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir retenu que la présomption de suppression de la concurrence efficace de l'art. 5 al. 4 LCart s'appliquait à l'accord conclu entre la recourante et OLF en tant que le système de distribution de celle-là interdirait les ventes passives. Elle fait valoir que l'art. 5 al. 4 LCart ne viserait que les restrictions imposées à un distributeur et non celles imposées aux éditeurs. En l'occurrence, la clause en question n'imposerait aucune obligation à OLF. L'autorité inférieure estime que l'interprétation du texte légal proposée par la recourante est erronée.

### **E. 8.1**

Il convient donc dans un premier temps de déterminer si l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées à un distributeur et non celles imposées aux éditeurs.

#### **E. 8.1.1**

Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; cf. ATF 135 II 416 consid. 2.2 et 134 I 184 consid. 5.1). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne s'écarte de la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 143 II 202 consid. 8.5, 142 II 80 consid. 4.1, 140 II 289 consid. 3.2 et 139 II 49 consid. 5.3.1).

#### **E. 8.1.2**

Sous l'angle de l'interprétation littérale de l'art. 5 al. 4 LCart, le tribunal s'intéresse à la notion de « fournisseur agréé ». Sont considérés comme tels, le distributeur - actif sur un territoire autre que le territoire réservé - et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau « wholesale » sur son territoire. Il ressort, en effet, des versions allemande et italienne de l'art. 5 al. 4 LCart que par « fournisseurs agréés », il convient d'entendre « distributeurs » (Vertriebspartner, distributori). L'exclusion des ventes passives doit ainsi être imposée à d'autres distributeurs (gebietsfremde Vertriebspartner, distributori esterni), sous-entendu autres que le distributeur, partie au contrat de distribution

en cause, s'étant vu allouer le territoire considéré. Cette formulation suppose dès lors que celui qui se voit interdire de procéder à des ventes passives sur le territoire attribué est un partenaire de distribution actif sur un autre territoire (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.3). Une telle interprétation ressort également des travaux préparatoires : un producteur (Hersteller/Lieferant) a le droit de s'interdire, dans un contrat de distribution, de livrer directement les acheteurs finals (Endabnehmer) (ventes directes) ou d'autres distributeurs (Händler) (ventes indirectes) dans le territoire alloué (cf. Schiesser BO 2003 E 329, Büttiker BO 2003 E 330 s.). Elle ressort également du ch. 9 pt 1 de la note explicative, lequel précise que l'interdiction des ventes passives imposée au fournisseur n'est pas par elle-même couverte par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. De même, selon la doctrine, les limitations de la liberté d'action du producteur ne sont pas concernées par l'art. 5 al. 4 LCart, celui-ci visant uniquement les restrictions de la liberté d'action du distributeur (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 558 s. et 577 no 557, 560 et 644 ; Amstutz/Reinert, op. cit., no 28 et 73 ; Reto Jacobs, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, RSJ 9/2011 p. 210). Egalement en droit européen, l'art. 4 let. b du règlement d'exemption par catégorie ne concerne que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients ; les restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne constituent pas des restrictions caractérisées (ch. 50 des lignes directrices).

### **E. 8.1.3**

Sont ainsi considérés comme « autre fournisseur agréé » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, le distributeur - actif sur un territoire autre que le territoire réservé - et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau « wholesale » sur son territoire.

### **E. 8.1.4**

En définitive, le contrat de distribution attribuant des territoires - ou contrat de distribution exclusive - se caractérise par l'engagement du producteur d'assurer au distributeur l'exclusivité des produits contractuels en vue de leur revente dans un territoire ou à une clientèle donnée et par l'engagement du distributeur de promouvoir lesdits produits (cf. Xoudis, op. cit., p. 34). L'intensité de l'exclusivité promise peut varier. Par clause d'exclusivité simple, le producteur s'interdit de livrer les produits à toute autre personne que le distributeur sur le territoire concerné (cf. Xoudis, op. cit., p. 35) et s'abstient de toute intervention dans la zone réservée à celui-ci, cas échéant en renonçant à vendre directement aux clients du distributeur. Le producteur devra alors transférer au distributeur toute demande de clients se trouvant sur ce territoire (cf. Christoph Müller, Les contrats de distribution, in : Droits de la consommation et de la distribution, 2013, p. 77 ; Urs Egli, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis, recht 1/2014 p. 1 ss et 10 ; Hoch Classen, op. cit., p. 21). Le respect de l'exclusivité simple par le producteur relève de la nature même du contrat de distribution exclusive (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich du 17 mai 2010 Jovani consid. 3.3.3.2 ss, in : DPC 2010 p. 793 ss ; Giger, op. cit., p. 574). Du point de vue du droit de la concurrence, elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, aussi longtemps que l'acheteur est libre de se fournir auprès du fournisseur de son choix.

### **E. 8.1.5**

Ainsi, le Tribunal de commerce du canton de Zurich a admis que l'engagement par lequel le producteur renonçait à opérer des ventes passives directement aux clients finals dans le territoire attribué au distributeur exclusif n'était pas saisi par l'art. 5 al. 4 LCart, le fait que le

producteur soit également actif dans la distribution de ses produits sur d'autres marchés est inopérant (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité Jovani consid. 3.3.3.2, in : DPC 2010 p. 793 ss ; Giger, op. cit. p. 574 ; Hoch Classen, op. cit., p. 21 ; cf. également ch. 9 note explicative CommVert). En effet, l'art. 5 al. 4 LCart vise les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché. A l'inverse, l'art. 5 al. 3 vise ceux passés entre des entreprises effectivement ou potentiellement en concurrence. En cas de double distribution - lorsque le producteur est également actif dans la distribution de ses produits sur d'autres territoires - l'accord possède à la fois une composante verticale et horizontale (cf. Krauskopf/Schaller, op. cit., art. 5 p. 435 no 541). Toutefois, seul l'art. 5 al. 4 LCart trouve application dans ce cas (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 557 s. no 554 ; Krauskopf/Schaller, op. cit., art. 5 p. 435 no 541), le producteur agissant en tant qu'entreprise située en amont du distributeur (cf. ég. en droit européen, art. 2 ch. 4 let. a et b du règlement d'exemption par catégorie). La distinction est importante, dans la mesure où la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart vise tout accord de répartition des marchés. Or, tel n'est pas le cas de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. De même, le législateur a prévu d'autres outils visant à interdire le cloisonnement du marché suisse, lorsque le producteur dispose d'une importante part de marché. Son comportement - quand bien même licite sous l'angle de l'art. 5 al. 4 LCart - peut être interdit par l'art. 7 LCart. Or, l'autorité a écarté cette éventualité en l'espèce, lorsqu'elle a renoncé, dans sa décision, à formuler des griefs en application de dite disposition.

#### **E. 8.1.6**

Il suit de là que l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées au distributeur, celles s'imposant au producteur - soit l'entreprise située en amont - n'étant pas concernées par dite disposition.

#### **E. 8.2**

Sur le marché du livre, le travail d'édition se concentre sur la production des livres ; les parties ne le contestent pas. A l'inverse, les activités de diffusion et de distribution se concentrent uniquement sur la commercialisation et la distribution des livres produits par les éditeurs. Il s'ensuit que seule l'entreprise qui édite l'ouvrage peut être considérée comme « producteur » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, indépendamment de savoir si elle se charge elle-même de la commercialisation et de la distribution de ses ouvrages. En revanche, l'entreprise qui n'assure que la commercialisation et la distribution d'ouvrages édités par des tiers n'intervient qu'en qualité de distributeur, à savoir de « fournisseur agréé » au sens de dite disposition.

#### **E. 8.3**

Lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe, les ententes verticales sur les prix et sur une protection territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, tant que ces ententes au sein d'un groupe ne prévoient pas pour les distributeurs en dehors du groupe des comportements verrouillant les marchés (ch. 9 pt 2 3e phrase de la note explicative). Est, par exemple, couvert par le privilège de groupe la redirection par une société étrangère vers une société suisse appartenant au même groupe des commandes non sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse (ch. 9 pt 2 4e phrase de la note explicative). Ainsi, les conventions passées entre des sociétés, appartenant au même groupe et sur lesquelles la mère exerce un contrôle effectif, ne sont pas soumises à la loi sur les cartels dès lors que

dites entités, en l'absence d'indépendance, constituent avec leur mère une seule entreprise (cf. arrêt du TF 2C\_484/2010 du 29 juin 2012 Publigroupe consid. 3.3 non publié dans l'ATF 139 I 72 ; arrêt B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 29 ; Martenet/Killias, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35 ; Nydegger/Nadig, op. cit., art. 4 al. 1 p. 175 s. no 132). Dans la décision Kodak (cf. décision de la Commission du 30 juin 1970, 70/332 CEE, Kodak, JO L 147 du 7 juillet 1970), la Commission européenne a constaté que, indépendamment de savoir si elles émanaient de la société mère ou de ses filles, les conditions de vente du groupe Kodak interdisant les importations parallèles constituaient un accord au sens de l'art. 85 du traité CEE dès lors qu'elles s'appliquaient aux relations contractuelles entre les sociétés du groupe Kodak et leurs partenaires contractuels situés en aval. Il ressort de dite décision que l'utilisation de conditions de vente destinées à régler les relations commerciales avec des tiers et visant les ventes passives constitue un accord bien que l'obligation de les inclure dans toutes les relations contractuelles découle d'un engagement interne au groupe. Le privilège de groupe n'immunise ainsi pas les accords en matière de concurrence liant une entité d'un groupe ou un tiers quand bien même l'illicéité du contrat est la conséquence du respect d'un engagement pris au sein du groupe. De même, dans l'arrêt de la CJCE du 24 octobre 1996 C-73/95 Viho contre Commission, Rec. 1996 I 5457, la Cour de Justice a considéré que la répartition de différents marchés nationaux entre les filiales d'un groupe n'était pas contraire à l'art. 85 CEE, bien qu'elle puisse produire des effets à l'extérieur du groupe (cf. arrêt C-73/95 précité Viho point 16 ss). Il résulte de ces décisions que le privilège de groupe s'étend à toutes les relations internes au groupe, indépendamment de leurs effets externes, mais ne couvre pas les accords en matière de concurrence conclus, en vertu d'une obligation interne, entre un tiers et une entité du groupe (cf. arrêt C-73/95 précité Viho point 16 ; décision 70/332 CEE précitée Kodak ; Whish/Bailey, op. cit., p. 97 ss). Il en va de même en droit suisse, dès lors que l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart n'est possible qu'entre deux entités indépendantes (cf. Martenet/Killias, op. cit., art. 2 LCart p. 154 no 31 ; Jürg Borer, Wettbewerbsrecht : Kommentar, vol. 1, 3e éd. 2011, art. 2 p. 35 no 11). Il s'ensuit que le comportement des différentes sociétés du groupe Flammarion et leur rôle dans le système de distribution du groupe peut être directement attribué à la recourante, celle-ci ne formant dans l'application de la loi sur les cartels qu'une seule et même entité avec lesdites sociétés.

#### **E. 8.4**

Il convient ainsi de déterminer le fonctionnement du système de distribution du groupe Flammarion. Il ressort en particulier de l'art. 1 des contrats conclus entre la recourante et OLF (cf. acte 523) que la recourante - et par extension le groupe Flammarion - ne se charge pas uniquement de la diffusion et de ses propres ouvrages, mais également de ceux d'éditeurs et/ou diffuseurs-distributeurs tiers n'appartenant pas au groupe Flammarion. Ainsi, le groupe diffuse et distribue des ouvrages édités autant par des sociétés du groupe que par des éditeurs externes, de sorte qu'il y a lieu de distinguer selon que les accords portant sur les ouvrages des éditeurs externes au groupe des ouvrages édités par le groupe. Si la recourante n'a pas produit les contrats liant le groupe Flammarion aux éditeurs tiers, il y a toutefois lieu de relever qu'elle a porté au dossier les conditions générales de vente en France du groupe Flammarion en vigueur de 2008 à 2012 (cf. pièce no 19 de la recourante), desquelles il ressort que le groupe Flammarion disposait de l'exclusivité de la diffusion et de la distribution en France des ouvrages édités par des sociétés externes au groupe. De plus, contrairement à d'autres diffuseurs-distributeurs ayant fait l'objet de la même procédure, aucun élément au dossier ne permet de déduire que la recourante soit en relation

commerciale avec des distributeurs indépendants externes au groupe, notamment des grossistes. En Suisse, en revanche, si le groupe se charge lui-même de la diffusion (par l'intermédiaire de la recourante), il confie les activités de distribution à OLF, ce que personne ne conteste. Ainsi, s'agissant des ouvrages édités par des sociétés du groupe, la recourante et le groupe Flammarion agissent en tant que « producteur » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart des livres écoulés par le canal de distribution d'OLF. S'agissant en revanche des ouvrages édités par des éditeurs externes, la recourante - respectivement le groupe Flammarion - n'agit pas en tant que « producteur », mais en tant que « fournisseur agréé » desdits ouvrages notamment sur le territoire français.

### **E. 8.5**

Il suit de l'ensemble de ce qui précède que, en tenant compte du système de distribution du groupe Flammarion dans sa globalité, la recourante, s'agissant des ouvrages édités par le groupe, a avant tout renoncé, en octroyant à OLF l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse à opérer des ventes directes - tant actives que passives - sur le territoire en question. Or, un tel engagement ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, dès lors que la recourante intervient en tant qu'éditeur - à savoir « producteur » - des ouvrages ainsi distribués. Il ne crée ainsi pas de présomption de suppression de la concurrence efficace. Il y aura lieu toutefois de déterminer s'il tombe sous le coup de l'interdiction de l'art. 5 al. 1 LCart (cf. infra consid. 16). En revanche, l'engagement pris par la recourante - en tant que partenaire de distribution des éditeurs externes au groupe - à l'égard d'OLF est susceptible d'être saisi par l'art. 5 al. 4 LCart. Il convient dès lors d'examiner ci-après si la recourante, s'agissant des ouvrages édités par des tiers, a pris l'engagement de ne pas livrer des détaillants suisses (cf. infra consid. 9).

### **E. 9**

Exclusion des ventes par les partenaires de distribution des éditeurs Une exclusion des ventes passives par les partenaires de distribution des éditeurs externes, en particulier par la recourante, pourrait, en revanche, constituer une infraction à loi sur les cartels.

#### **E. 9.1**

L'autorité inférieure a interprété les clauses contractuelles liant la recourante avec OLF en ce sens que celles-ci visaient à empêcher les ventes passives. Elle parvient à dite conclusion en raison de l'engagement pris par la recourante de « ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF », de l'existence du droit de retour, de l'échange d'informations entre les diffuseurs-distributeurs suisses au sein de l'ASDEL et enfin des effets constatés à l'époque sur le marché. La recourante conteste cette interprétation. Elle relève, en substance, que l'ensemble de son système de distribution est couvert par le privilège de groupe, dès lors que l'engagement pris par la recourante envers OLF n'a pas impliqué la conclusion d'accords avec des tiers ayant eu pour effet d'interdire les ventes passives. En effet, elle relève que les clauses litigieuses ne visent pas à cloisonner le marché et que l'exclusivité concédée à OLF est justifiée économiquement. De même, elle estime que des ventes passives étaient possibles et que c'est pour des raisons économiques que les détaillants n'ont pas tenté de procéder à des importations depuis la France.

#### **E. 9.2**

Partant, il s'agit de déterminer si la recourante - en tant que distributeur des ouvrages d'éditeurs externes au groupe, actif hors du territoire réservé à OLF - a pris l'engagement de ne pas livrer des détaillants suisses. En tant que la recourante conteste avoir pris de tels

engagements, il y a lieu de déterminer s'ils peuvent être déduits d'une interprétation desdites clauses.

### **E. 9.2.1**

A titre liminaire, il convient, comme pour toute disposition contractuelle, de déterminer la volonté des parties. Le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire qu'il doit rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention (art. 18 CO ; cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1 et 131 III 606 consid. 4.1). Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (cf. ATF 131 III 280 consid. 3.1) - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (cf. arrêt du TF 5A\_198/2008 du 26 septembre 2008 consid. 4.1) - qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté objective des parties, en déterminant le sens que chacune d'elles pouvait et devait, d'après les règles de la bonne foi, raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (principe de la confiance) (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2 et 132 III 626 consid. 3.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 130 III 417 consid. 3.2, 129 III 118 consid. 2.5 et 128 III 419 consid. 2.2).

### **E. 9.2.2**

La recourante a produit plusieurs contrats passés avec OLF (cf. acte 523) portant sur l'ensemble de la période visée par l'enquête. Il ressort des contrats produits que les relations contractuelles entre la recourante et OLF reposent sur les clauses suivantes : Art. 1 des contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000 : « [La recourante] confie à OLF, qui accepte, la distribution en Suisse de ses propres ouvrages et les ouvrages des Maisons d'Edition et/ou des Distributeurs qui ont eux-mêmes confié à [la recourante] cette distribution sur le même territoire [...] ». Art. 3 des contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000 : « [La recourante] confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres [...] » « [La recourante] s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF, sauf pour des titres soldés ». La recourante a porté également au dossier les conditions générales de vente en France du groupe Flammarion en vigueur de 2008 à 2012 (cf. pièce n° 19 recourante), desquelles il ressort que les éditeurs externes au groupe lui ont conféré l'exclusivité de la diffusion et de la distribution en France : « La distribution est assurée en exclusivité pour la France entière par : UD-Union Distribution [...] » Dites conditions générales précisent également que : Conditions générales applicables au 1er janvier 2008 « Ces conditions générales de vente s'appliquent [...] aux clients exerçant leur activité sur le territoire de la France métropolitaine, qui ont vocation à vendre au consommateur final [...] ». Conditions générales applicables au 1er janvier 2009 « Ces conditions générales de vente précisent les relations commerciales entre notre société et ses clients situés en France, immatriculés au registre du commerce et des sociétés, dont l'activité principale ou accessoire est la vente sans intermédiaire [...] ».

### **E. 9.2.3**

Ceci étant, il s'agirait à ce stade de rechercher en premier lieu ce que la recourante (ou le groupe Flammarion) et les éditeurs externes au groupe ont réellement voulu en octroyant à la recourante (ou au groupe Flammarion) la diffusion-distribution exclusive de leurs ouvrages en France, respectivement en Suisse, puis en second lieu ce que la recourante et OLF ont réellement voulu en octroyant à cette dernière la distribution exclusive desdits ouvrages sur ce territoire, et en particulier en stipulant que la recourante s'engageait à « ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF ».

#### **E. 9.2.3.1**

A titre liminaire, il sied de rappeler que les exclusivités conférées ne tombent pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, pour autant qu'elles n'aient pas empêché les détaillants de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix, le producteur - à savoir l'éditeur externe au groupe - demeurant libre de s'interdire de livrer lesdits détaillants. En l'occurrence, s'agissant des ouvrages des éditeurs n'appartenant pas au groupe Flammarion, si ceux-ci peuvent s'interdire de livrer les détaillants suisses, ils ne peuvent pas prendre de mesures auprès de leurs différents fournisseurs - en particulier auprès de la recourante - ayant pour objet ou pour effet d'empêcher les détaillants de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix.

#### **E. 9.2.3.2**

S'agissant en particulier de l'engagement de « ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF », il repose uniquement sur un rapport bilatéral passé avec OLF, si bien qu'il ne permet pas à lui seul de prouver l'existence de mesures prises par les éditeurs externes auprès de leurs fournisseurs actifs en France (distribution par le groupe Flammarion) et en Suisse (distribution par OLF). Au surplus, la délimitation géographique « à Paris » limite la portée de la clause à la France et, plus précisément, à Paris, siège du groupe Flammarion. Dit engagement fait toutefois naître, en tout état de cause, une présomption de fait que la recourante, chargée de la distribution exclusive en France, n'a effectivement pas vendu à des détaillants situés en Suisse, dans le but de respecter l'exclusivité de la distribution octroyée à OLF sur ce territoire. Si elle facilite la preuve, dite présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices » que le système de distribution du groupe Flammarion a conduit à ce que qu'un fournisseur indépendant des éditeurs - à savoir la recourante - s'interdise de servir les détaillants situés en Suisse. Cette présomption de fait peut néanmoins être affaiblie par des éléments apportés par les parties (cf. ATF 130 III 699 consid. 4.1 in fine ; arrêts du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 7.2.2 et B-3618/2013 du 24 novembre 2016 Starticket consid. 333 ss).

#### **E. 9.2.4**

En résumé, sur la base des clauses contenues dans les contrats conclus entre la recourante et OLF et dans les conditions générales de vente du groupe Flammarion en France, il existe une présomption de fait que l'exclusivité concédée et l'engagement pris par la recourante de ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des détaillants suisses visent à empêcher les ventes passives des ouvrages édités par des tiers, sur le territoire réservé à OLF, par d'autres distributeurs actifs sur d'autres territoires - et en particulier par la recourante ou d'autres sociétés du groupe Flammarion -, ce qui tomberait sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. En

effet, un tel système de distribution revient à octroyer une exclusivité pour la France et une autre pour la Suisse, ainsi qu'à cloisonner le marché suisse en interdisant les ventes passives depuis la France, à savoir précisément ce que vise à interdire l'art. 5 al. 4 LCart. Il sied toutefois d'examiner si la recourante apporte des éléments à même d'affaiblir ladite présomption.

### **E. 9.3**

Il y a dès lors lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer, ou à l'inverse d'infirmer, que les éditeurs externes et le groupe Flammarion ont, durant la période de l'enquête interdit à leurs partenaires de distribution actifs hors du territoire suisse - de manière directe ou indirecte - de répondre à des commandes non sollicitées émanant du territoire suisse.

#### **E. 9.3.1**

Il y a lieu de rappeler à titre préalable quelques principes procéduraux. La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). Elle définit ainsi les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1 ; arrêt B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 186 ; Clémence Grisel, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, p. 49 s. no 142). Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure où elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). A cet égard, l'art. 40 LCart fonde une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés. La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2). La procédure administrative fédérale est en outre régie par le principe de la libre appréciation des preuves (art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF, RS 273] applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuve légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3). La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 Nikon consid. 4.2.5.2 et 139 I 72 Publigroupe consid. 4.4) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.1 et 139 I 72 Publigroupe consid. 2 ; arrêt du TF 2C\_1017/2014 du 9 octobre 2017 Koch Group consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH et 30 ou 32 Cst., notamment la présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, ancré aux art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a),

sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 Publigruppe consid. 2.2.2). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C\_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non publié). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 6.4.3 ; arrêts du TF 6B\_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1, 6B\_118/2009 et 6B\_12/2011 [causes jointes] du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 non publié à l'ATF 138 I 97 ; Michael Tschudin, *Glauben, Wissen, Zweifeln - über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337). En procédure administrative, un fait est en principe tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la véracité d'une allégation (certitudo ; volle Überzeugung, certezza). Toutefois, il suffit parfois, selon la loi ou la jurisprudence, que le fait en question soit rendu vraisemblable, le degré de la preuve exigé étant celui de la vraisemblance prépondérante (überwiegende Wahrscheinlichkeit, verosimiglianza preponderante). Le juge retiendra alors, parmi plusieurs présentations des faits, celle qui lui apparaît comme la plus vraisemblable. Cet allègement du degré de la preuve est justifié par la difficulté d'accéder aux moyens de preuve, de sorte que l'on se trouve à cet égard pour ainsi dire en état de nécessité (Beweisnotstand) (cf. arrêts B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 4.3.4 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 156 ss ; Tschudin, op. cit., p. 1333 ss et 1344 s.). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que, pour établir l'existence d'un lien de causalité (naturelle, adéquate ou naturelle hypothétique), le juge était en droit de forger sa conviction sur la vraisemblance prépondérante du processus causal (voire sur la simple vraisemblance s'agissant de la causalité adéquate), dès lors que, par la nature des choses, une preuve directe ne pouvait être apportée (cf. ATF 133 III 153 consid. 3.3 et 133 III 81 consid. 4.2.2 ; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2 ; arrêt B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 159 ; Fabienne Hohl, *Procédure civile*, vol. 1, 2e éd. 2016, p. 315 ss no 1905 ss). Le Tribunal fédéral a également admis une preuve facilitée lorsque les conditions de la règle légale constituent des faits négatifs (déterminés ou indéterminés) (cf. ATF 139 II 451 consid. 2.4 ; Hohl, op. cit., vol. 1, p. 327 ss no 1971 ss). Enfin, il convient de rappeler que la maxime inquisitoire n'a aucune influence sur la répartition du fardeau de la preuve. Ainsi, si la conviction du tribunal n'est pas acquise sur la base des preuves à disposition, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve supporte les conséquences d'un échec de la preuve (cf. arrêts du TAF A-1604/2006 du 4 mars 2010 consid. 3.5, A-1557/2006 du 3 décembre 2009 consid. 1.6 et A-680/2007 du 8 juin 2009 consid. 5).

### **E. 9.3.2**

Dans sa prise de position sur la proposition de décision et lors des débats publics du 29 octobre 2019, la recourante a rappelé que les conditions générales de Flammarion FR prévoyaient, jusqu'en 2008, une interdiction, pour les librairies françaises, d'exporter les ouvrages diffusés et distribués en France par le groupe Flammarion. Les librairies françaises ne constituent toutefois pas, du point de vue des libraires suisses, des partenaires potentiels de l'échange (cf. infra consid. 11.3.1.2). Dès lors qu'elles ne sont pas actives au niveau « wholesale » (cf. supra 8.1.3), elles n'agissent pas comme fournisseur agréé au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Ainsi, l'interdiction d'exporter qui figurait dans les conditions générales de Flammarion FR jusqu'en 2008 ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. De plus, il ne ressort pas du dossier que ces conditions générales aient été appliquées à des diffuseurs-distributeurs ou des grossistes indépendants (cf. supra consid. 8.4). Les

déclarations de la recourante ne constituent dès lors pas un indice de l'existence d'une interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés.

### **E. 9.3.3**

L'autorité inférieure a encore relevé notamment que de nombreux diffuseurs-distributeurs avaient indiqué au cours de l'enquête que le régime d'exclusivité était indispensable pour garantir le droit de retour. Elle y voit une contradiction avec l'affirmation de ces mêmes diffuseurs-distributeurs selon laquelle les détaillants suisses ont toujours été en mesure de s'approvisionner où bon leur semblait. En effet, soit le régime d'exclusivité n'exclut pas les ventes passives et le droit de retour doit être agencé en conséquence pour éviter des comportements opportunistes, soit il exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque de tels comportements. La recourante conteste avoir fait valoir que l'exclusivité avait pour but de permettre le fonctionnement du droit de retour. Elle soutient qu'il existe plusieurs solutions pour résoudre les difficultés liées au droit de retour, telles que de mettre en oeuvre des solutions techniques telles que le marquage ou l'étiquetage des ouvrages. En l'espèce, la recourante ne prétend toutefois pas que des mesures spéciales auraient été mises en place afin d'exercer un contrôle des retours par rapport aux flux « aller » durant la période de référence, à savoir entre 2005 et 2011. Tel que l'affirme la recourante, une solution pour garantir le droit de retour serait de permettre aux détaillants de choisir entre un approvisionnement en Suisse ou un approvisionnement en France. Or, tout laisse à penser, au contraire, que c'est la recourante elle-même qui a opéré un tel choix : en octroyant un régime d'exclusivité pour le territoire suisse, elle s'est assurée que les ouvrages retournés par les détaillants suisses avaient transité par OLF lors du flux « aller ». Il existe donc un indice selon lequel le bon exercice du droit de retour avait pour corollaire l'existence d'un système de distribution excluant les ventes passives depuis la France pour les fonds des éditeurs externes au groupe Flammarion dont la recourante assure la diffusion en Suisse.

### **E. 9.3.4**

L'autorité inférieure fournit encore un autre élément quant à la portée du système de distribution de la recourante, à savoir le passage d'un procès-verbal daté du 25 mai 2005 d'une réunion des diffuseurs au sein de l'ASDEL tenue le 11 mai 2005, à laquelle a assisté notamment la recourante. Sa teneur est la suivante : « [Servidis] a récemment rencontré [Payot]. [Cette dernière] souhaite obtenir l'autorisation du distributeur concerné d'aller s'approvisionner en France lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai. A la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document » (cf. acte 547f, page 4).

#### **E. 9.3.4.1**

Se fondant sur les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs suisses et de Payot à la fin de l'année 2012, l'autorité inférieure soutient qu'il ne fait aucun doute que l'objet de la discussion était en relation directe avec la possibilité d'effectuer des importations parallèles de manière généralisée. L'autorité inférieure considère en effet que, même si l'objet de la demande de Payot ne visait que les situations de rupture de stock, les diffuseurs-distributeurs percevaient cette démarche comme un danger pour leur système de distribution respectif, raison pour laquelle dite demande aurait été abordée au cours de l'assemblée des diffuseurs au sein de l'ASDEL et a donné lieu à un tour de table. Selon l'autorité inférieure, les diffuseurs-distributeurs se seraient dès lors entretenus sur le danger

des importations parallèles, ce qui a renforcé la capacité de leurs systèmes de distribution respectifs à exclure toute vente passive. Elle relève encore que ceux-là ont communiqué mutuellement, à diverses reprises, sur les dangers de voir certains détaillants, en particulier les plus importants, augmenter la pression sur les régimes d'exclusivité. Elle se réfère à cet égard à un autre procès-verbal d'une réunion de l'ASDEL du 12 mars 2007 (cf. acte 547f, page 11 s.).

#### **E. 9.3.4.2**

La teneur du passage en cause est pour le moins équivoque. Entendus à ce sujet par l'autorité inférieure à la fin de l'année 2012, les diffuseurs-distributeurs présents lors de dite séance ont pour la plupart indiqué (s'agissant de la recourante, cf. acte 905 lignes 114 ss), tout comme Payot (cf. acte 913 ligne 142), que le « document » auquel il est fait référence dans le procès-verbal n'a jamais existé, ce qui permet de douter de la précision avec laquelle les propos tenus y ont été retranscrits et, partant, affaiblit la valeur probante de dite pièce. Ceux-là ont en outre tous déclaré avoir peu de souvenirs de ce point précis du procès-verbal (s'agissant de la recourante, cf. acte 905 ligne 203). Néanmoins, Diffulivre a relaté les propos de son représentant à dite séance comme suit : « cela était relativement flou dans sa tête [...]. Il ne se souvenait pas exactement de ce qu'il s'était passé [...]. Il m'a dit : oui effectivement nous avons eu un tour de table sur les importations parallèles mais nous ne sommes pas tombés d'accord [...]. » (cf. acte 902 lignes 262 ss). Entendue par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012, Servidis a indiqué qu'à la lecture de la proposition du secrétariat, elle ne se souvenait plus de l'affaire ; elle a toutefois supposé que, si on la citait, c'est qu'elle devait avoir tenu ces propos (cf. acte 914 lignes 435 ss). Ce nonobstant, elle a précisé avoir déclaré lors de dite assemblée que Payot souhaitait pouvoir s'approvisionner en France pour les ouvrages en rupture de stock. Or, elle considère que si Payot se servait en France pour une partie de la production, elle pouvait très bien se servir en France pour l'intégralité de la production (cf. acte 914 lignes 451 ss), si bien que Servidis aurait déclaré lors de la séance de l'ASDEL que, dans ce cas, elle n'existerait plus (cf. acte 914 lignes 454 s.). Elle a ajouté que les diffuseurs-distributeurs n'avaient pas le pouvoir d'empêcher les détaillants de se servir en France (cf. acte 914 lignes 414 s.). Interrogé le même jour sur ce point par l'autorité inférieure, Payot a exposé que dite requête - également adressée à Diffulivre, Gallimard et Interforum - consistait à trouver avec les diffuseurs-distributeurs un « système parallèle » pour les titres en rupture de stock, de « manière à ramener le délai [de livraison] à quelque chose d'acceptable et raisonnable (cf. acte 913 lignes 148 ss). Ledit délai, en général supérieur à deux semaines, était lié aux ruptures de charge entre le moment où Payot commandait l'ouvrage et le moment où elle le recevait. Ces ruptures étaient dues, selon Payot, au fait qu'en général, le diffuseur suisse ne passait pas tous les jours une commande en France et qu'il n'allait pas non plus relever la marchandise tous les jours (cf. acte 913 lignes 166 ss). La demande de Payot tendait ainsi à obtenir un accord de principe quant à la mise en place d'un circuit visant à éviter les ruptures de charge. Elle déplore qu'aucun diffuseur-distributeur n'ait pris en compte ses besoins (cf. acte 913 ligne 152).

#### **E. 9.3.4.3**

Il y a tout d'abord lieu de relever que la valeur probante des déclarations reportées ci-dessus doit être relativisée en raison des sept années écoulées depuis les faits, les diffuseurs-distributeurs ayant eux-mêmes indiqué avoir de vagues souvenirs de cette affaire. Quoi qu'il en soit, il paraît peu vraisemblable que la demande de Payot ait porté uniquement sur une autorisation de s'approvisionner en France pour les cas où des titres seraient en

rupture de stock auprès des diffuseurs suisses : les librairies interrogées dans le cadre de la procédure ont quasi toutes relevé qu'un des principaux inconvénients à se fournir en France résidait dans des délais de livraison très longs (cf. notamment acte 909 ligne 375). Or, on peine à voir comment un approvisionnement par la France pourrait représenter une solution alternative lorsqu'une commande en Suisse ne peut pas être honorée dans un certain délai. A cet égard, Servidis a indiqué lors de son audition qu'en cas de rupture de stock sur les titres importants, les ouvrages sont déjà commandés, si bien que le délai de livraison oscille entre un et trois jours. Pour les autres titres, le délai peut s'étendre de dix à quinze jours (cf. acte 914 lignes 446 ss). Néanmoins, il y a lieu de noter qu'au cours de son audition, Servidis a fait part de son inquiétude face à une ouverture de la distribution pour les titres en rupture de stock, craignant ainsi une généralisation de l'approvisionnement de Payot en France et a ajouté ne pas pouvoir l'empêcher de se servir en France (cf. acte 914 lignes 451 ss). De même, Diffulivre a rapporté que le tour de table lors de la séance de l'ASDEL avait porté sur la question des importations parallèles (cf. acte 902 lignes 362 ss). Or, attendu que la tenue de tels propos ne sert pas les intérêts des diffuseurs-distributeurs, il convient de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, comme l'a relevé l'autorité inférieure, un passage du procès-verbal de la réunion des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL du 12 mars 2007 indique que la question des importations parallèles avait été abordée : « [I]es diffuseurs ont appris que la [FNAC] avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir s'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les ponts et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la [FNAC] a toujours la possibilité de passer par la plateforme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches et prendront au besoin des dispositions appropriées » (cf. acte 547f, page 12). Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la problématique des importations parallèles a, d'une manière ou d'une autre, été évoquée entre les diffuseurs-distributeurs, autant lors de l'assemblée des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL en 2005 qu'en 2007, ce qui constitue un indice en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives imposée par la recourante à ses partenaires de distribution actifs sur d'autres territoires.

#### **E. 9.3.5**

Sur le vu de ce qui précède, il ressort que l'exercice du droit de retour et les discussions en 2005, auxquelles a participé la recourante, entre les diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL constitue un indice supplémentaire de l'existence d'une interdiction des ventes passives. Toutefois, afin d'emporter la conviction du tribunal, il y a lieu de poursuivre l'analyse et de déterminer si les accords entre la recourante et ses partenaires de distribution ont, dans les faits, conduit à l'interdiction des ventes passives des ouvrages diffusés par la recourante en Suisse.

#### **E. 9.4**

Prise en compte des effets des accords

##### **E. 9.4.1**

L'autorité inférieure soutient que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs suisses, fondés sur des régimes d'exclusivité, ont dans les faits incontestablement visé l'interdiction des ventes passives. Elle indique en effet que, malgré la volonté d'opérer des importations parallèles, aucun détaillant situé sur le territoire suisse n'a été en mesure d'y

procéder dans un volume conséquent durant la période sous investigation. Pour plusieurs d'entre eux, dont la FNAC et Payot, ce seraient les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui seraient la cause de leur échec à importer parallèlement les ouvrages de l'ensemble des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête. Seule B.A.\_\_\_\_\_ serait parvenue à procéder à des importations parallèles, grâce à la mise en place du système B.B.\_\_\_\_\_, lequel repose sur des partenariats - secrets tant pour les diffuseurs-distributeurs en France qu'en Suisse - avec des détaillants en France. Pour B.A.\_\_\_\_\_, la mise en place d'un tel procédé aurait été commandée par les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Selon l'autorité inférieure, l'exemple de B.A.\_\_\_\_\_ serait la preuve par les faits que, durant la période concernée, un différentiel de prix important a existé. En outre, les tables de conversion de tous les diffuseurs-distributeurs contiendraient dans tous les cas, une majoration par rapport au taux de change. Aussi, elle considère que des possibilités d'arbitrage significatives ont existé durant toute la période de l'enquête, tant au niveau des prix que des services ou de la qualité.

#### **E. 9.4.2**

La recourante fait valoir en premier lieu que l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique qu'aux contrats de distribution ayant pour objet d'exclure les ventes passives sur le territoire attribué à d'autres fournisseurs agréés. Elle expose que le seul fait que des ventes passives puissent être effectuées par d'autres distributeurs suffit à exclure l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart ; il ne s'agit à ce stade pas de démontrer que des importations parallèles ont effectivement eu lieu, mais que celles-ci auraient pu être possibles, ce que l'autorité inférieure n'aurait pas cherché à savoir. Elle précise que l'exclusion des ventes passives peut être directe, mais également indirecte, dans ce cas l'accord doit produire des effets correspondant à une exclusion directe, ce qui n'aurait pas été démontré par l'autorité inférieure. Au contraire, elle soutient que les contrats incriminés ne contiennent aucune clause qui s'apparente à une exclusion directe ou indirecte des ventes passives. De même, il ne peut être déduit de l'exclusivité concédée une restriction des ventes passives. Elle fait par conséquent valoir que les contrats ne sont pas présumés exclure les ventes passives. Elle rappelle qu'aucun détaillant n'a tenté d'importations auprès du groupe Flammarion durant la période visée par l'enquête. De même, elle conteste l'analyse de l'autorité inférieure s'agissant des effets que les clauses litigieuses auraient produits, l'état de fait retenu par l'autorité inférieure étant inexact et incomplet.

#### **E. 9.4.3**

L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace. S'agissant des contrats de distribution attribuant des territoires, la concurrence efficace est présumée supprimée lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. Il ressort du texte même de l'art. 5 al. 4 LCart que la réalisation de la présomption suppose l'existence d'un accord qui interdit les ventes passives (cf. arrêt B-506/2010 précité Gaba consid. 8.1.2 ; Peter Reinert, in: Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 5 p. 70 no 33 ; Krauskopf/Schaller, op. cit., art. 5 p. 437 no 557). Seul le contenu de l'accord en question est déterminant ; la preuve des effets concrets de l'entente sur la concurrence n'est pas nécessaire à l'application de la présomption (cf. ATF 144 II 194 BMW consid. 4.3.2 et 143 II 297 Gaba consid. 5.4.2 ; arrêt du TAF B-420/2008 du 1er juin 2010 Implanzia consid. 7). Les effets de l'accord, respectivement l'existence d'une éventuelle concurrence résiduelle, ne sont en effet pas déjà à examiner au stade de la présomption, mais seulement dans le cadre du renversement de celle-ci (cf. arrêt B-506/2010 précité Gaba consid.

3.3.14.2 et 8.1.2). Aussi, le seul fait que l'accord n'empêche pas les ventes passives suffit pour que la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas à celui-ci. Cette règle correspond à la réglementation européenne (art. 4/b 1er tiret du règlement d'exemption par catégorie). Les entreprises participantes n'ont dès lors pas à établir que des importations parallèles ont effectivement eu lieu, car ce point n'est pas pertinent à ce stade de l'analyse. Le contraire ferait dépendre l'application de l'art. 5 al. 4 à un comportement étranger à celui des entreprises participantes, ce qui n'est pas acceptable (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 609 ; Amstutz/Reinert, op. cit., no 71 ; cf. également Deiss BO 2003 E 331 et Schiesser BO 2003 E 329 s.). Comme exposé ci-dessus, la procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. supra consid. 9.3.1). Partant, les effets constatés, durant la période sous investigation, sur le marché - en particulier les défauts d'importations parallèles significatives des ouvrages diffusés par la recourante - peuvent néanmoins constituer un indice en faveur d'une exclusion des ventes passives et, à ce titre, être pris en considération déjà au stade de l'établissement de la présomption. Ceux-là ne suffisent toutefois pas à eux seuls à entraîner l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. En effet, un accord, qui aurait pour effet d'entraîner une suppression de la concurrence efficace, mais qui ne réaliserait pas les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, serait saisi par l'art. 5 al. 1 LCart (cf. Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 488 s. no 223). Par ailleurs, il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral, dans son arrêt *Sammelrevers*, a - dans le cadre de l'examen des conditions d'application de la présomption - non seulement discuté de l'accord en question mais également de la mise en oeuvre et de la portée de celui-ci au regard du droit de la concurrence (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.5, 6.5.2 ss et 7 ss). Le Tribunal administratif fédéral, dans son arrêt *Implemia*, a de même ajouté que des éléments de fait, se rapportant aux effets de l'entente, pourraient aussi être pertinents en cas de doute quant à l'existence d'un accord en matière de concurrence (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implemia* consid. 7). Enfin, l'art. 4/b 1er tiret du règlement d'exemption, dont s'inspire l'art. 5 al. 4 LCart, prévoit que ne sont pas exemptés les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont notamment pour objet la restriction concernant le territoire dans lequel l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels. Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'art. 101 par. 1 TFUE, lequel prévoit que les ententes ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché commun sont interdites. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'art. 101 par. 3 TFUE, raison pour laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'art. 101 par. 3 TFUE dans un cas donné (ch. 47 des lignes directrices). Qualifier un accord ou une pratique de restrictif à la concurrence par son objet équivaut en effet à une sorte de présomption, puisque, si cette nature restrictive est établie, il ne sera pas nécessaire de rechercher quels sont les effets de l'accord ou de la pratique en question sur la concurrence (cf. arrêt de la CJUE du 14 mars 2013 C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító contre Gazdasági Versenyhivatal*, point 43). Un tel accord est présumé susceptible d'avoir des effets négatifs sur le marché et constitue per se une infraction à l'art. 101 par. 1 TFUE (cf. Antipas, op. cit., p. 88). Certains auteurs estiment toutefois que, même dans le cadre de restrictions à la concurrence par objet, une certaine forme d'analyse des effets de l'entente s'impose. Le caractère sensible de la restriction implique de définir le marché pertinent et,

dès lors, une certaine forme d'analyse des effets économiques pro- et anticoncurrentiels de l'entente sur ledit marché (cf. Antipas, op. cit., p. 275). De même, un accord échappe à la prohibition de l'art. 101 par. 1 TFUE lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante (cf. arrêts de la CJCE du 28 avril 1998 C-306/96 Javico contre Yves Saint Laurent Parfums, Rec. 1998 I-1983 point 17, du 25 novembre 1971 C-22/71 Béguelin Import contre G.L. Import Export, Rec. 1971 949 point 16, et du 9 juillet 1969 C-5/69 Voelk contre Vervaecke, Rec. 1969 295 point 7). Dès lors que le droit européen - qui, contrairement au droit suisse, ne cherche pas à interdire les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social des accords (principe de l'abus), mais des accords en soi (principe de l'interdiction) (cf. arrêts du TAF B-8430/2010 du 23 septembre 2014 Baubeschläge Koch consid. 7.1.3 et B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 6.1.3) - n'exclut pas de prendre en compte les effets sur la concurrence pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre celle-ci, le recours aux effets constatés sur le marché est a fortiori admis au stade de l'établissement des prémisses de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. La prise en compte des effets de l'accord au stade de l'application de l'art. 5 al. 4 LCart ne dispense pas - le cas échéant - l'autorité d'examiner ultérieurement si la présomption est ou non renversée. Il convient dès lors d'examiner plus avant ces effets.

### **E. 9.5**

**Possibilités d'arbitrage** La première étape de l'analyse des effets de l'accord consiste en l'examen des possibilités d'arbitrage. La recourante nie que de telles possibilités eussent existé en raison du faible différentiel de prix entre la Suisse et la France pour les ouvrages qu'elle diffuse. A ce stade, il s'agit uniquement de déterminer si des possibilités d'arbitrage ont existé. Dans un deuxième temps, il s'agira d'établir si des importations ont eu lieu ou si elles auraient pu être effectuées. Ce n'est que dans un dernier temps - s'il est avéré que des importations n'étaient pas possibles - qu'il s'agira d'examiner la raison pour laquelle dites importations n'ont pas été entreprises. Dans le cadre de l'enquête, le secrétariat a en particulier envoyé deux questionnaires à des détaillants actifs en Suisse romande, le premier le 19 décembre 2008 (cf. acte 88 ss) et le second le 2 mars 2011 (cf. acte 343). Il a également adressé un questionnaire, en date du 31 octobre 2008, aux 13 diffuseurs-distributeurs suisses (cf. acte 63). L'autorité inférieure a procédé à l'audition de quatre détaillants, à savoir B.A. \_\_\_\_\_ (cf. acte 911), la librairie A. \_\_\_\_\_ (cf. acte 909), FNAC (cf. acte 906) et Payot (cf. acte 913), dans la mesure où la plupart des diffuseurs-distributeurs ont affirmé que ceux-ci avaient procédé à des importations en raison des possibilités d'arbitrage existantes. Il convient en premier lieu de préciser que les importations de titres non diffusés/distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations parallèles, dès lors que ces titres ne connaissent justement pas de diffusion/distribution en Suisse ; un approvisionnement depuis la France constitue ainsi le seul moyen de les obtenir. Les réponses aux questionnaires ne sont examinées que dans la mesure où elles contiennent des indications concrètes sur le comportement déterminé et revêtent une valeur probante (cf. arrêts B-5685/2012 précité Altimum consid. 4.8.4 et B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 6.3.19). S'agissant en particulier du questionnaire du 2 mars 2011, le secrétariat a demandé aux revendeurs, sous forme de questions à choix multiples, s'ils avaient déjà essayé d'obtenir un livre appartenant au catalogue de l'un des diffuseurs-distributeurs établis en Suisse sans passer par le diffuseur-distributeur disposant du titre dans son catalogue, le cas échéant, à combien de reprises et s'ils y étaient parvenus. Parmi les détaillants qui ont répondu à ces questions, seuls ceux ayant déclaré (dans le cadre du questionnaire du 9 décembre 2008)

s'approvisionner en livres francophones notamment auprès d'OLF sont pris en compte dans l'examen ci-après. Il y a lieu de relever que, à la question - contenue dans le questionnaire de décembre 2008 - de savoir s'il existait d'autres solutions d'approvisionnement en livres écrits en français, sans passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeurs et, le cas échéant, de détailler les avantages et inconvénients de ces solutions alternatives, ainsi que leurs coûts, parmi les 77 détaillants ayant répondu à cette question et se fournissant en livres francophones notamment auprès de la recourante - et non pas 68 comme la soutenu la recourante durant sa plaidoirie du 29 octobre 2019 -, 16 ont répondu notamment qu'il n'était pas possible de se fournir à l'étranger en raison des inconvénients que représente un tel approvisionnement et 53 ont indiqué qu'il existait d'autres sources d'approvisionnement à l'étranger, tout en exposant les inconvénients de se fournir hors de Suisse. Les inconvénients suivants ont été mentionnés : délais de livraison plus longs, frais de port élevés, frais de douane, tarif administratif pour le traitement de la TVA, frais bancaires, factures pro forma, formalités administratives compliquées, remises accordées plus basses, livres abîmés durant le transport, problèmes douaniers occasionnels, absence de droit de retour ou à des conditions moins avantageuses en cas de renvoi des livres, difficultés à trouver et à communiquer avec les éditeurs, davantage de travail dû à la collaboration avec chaque entité individuelle plutôt qu'avec un seul partenaire. Quant aux avantages à se fournir à l'étranger, ces mêmes détaillants ont indiqué qu'ils bénéficieraient d'un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l'étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu'en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Quelques libraires ont également reconnu que l'approvisionnement à l'étranger permettait, le cas échéant, d'obtenir un livre qui n'était plus en stock en Suisse. Enfin, plusieurs revendeurs ont souligné l'importance et la qualité du service du réseau de diffusion-distribution suisse, en particulier pour les libraires indépendants. La Librairie A. \_\_\_\_\_ a indiqué que, même si certains diffuseurs avaient des tables trop élevées, ceux-ci rendaient aux libraires un service inestimable, leur permettant d'être performants (cf. acte 442). A la question de savoir si elle avait entrepris des démarches pour ouvrir un compte à l'étranger, la responsable de dite librairie a répondu par la négative. Elle a indiqué ne pas avoir envie de faire ces démarches, qu'elle s'était renseignée et qu'elle s'était aperçue que, pour les libraires indépendants, ce serait plus cher et moins bien. Elle a mentionné que la diffusion-distribution suisse était pour le moment « extrêmement performante ». Elle dit craindre de ne pas arriver, en passant par la France, à avoir des livres aussi rapidement qu'en Suisse. Elle insiste enfin sur le fait que ce n'est pas qu'elle ne veut pas se servir en France, mais qu'actuellement, ce serait pour les libraires indépendants plus cher et plus long (cf. acte 909). La FNAC a relevé que les informations données mensuellement par les représentants suisses étaient capitales pour coller aux exigences du marché suisse. Or, un approvisionnement en France entraînerait inévitablement la disparition des structures suisses et des compétences inhérentes (cf. acte 254). Trois librairies, dont Payot, entre autres raisons, ont déclaré ne pas vouloir s'approvisionner à l'étranger pour des motifs écologiques et éthiques. Celle-ci a indiqué qu'elle finançait, avec la FNAC, l'équilibre économique de la distribution locale - dont bénéficient tous les petits et moyens détaillants - en confiant aux diffuseurs-distributeurs suisses l'ensemble de ses approvisionnements. Aussi, elle considère que sa position de leader lui impose de ne pas mettre en péril, pour son seul profit, le système actuel (cf. acte 129). Il ressort des réponses fournies que les inconvénients de se fournir en France se font particulièrement sentir chez les librairies

indépendantes. Aussi, il y a lieu de distinguer lors de l'examen des possibilités d'arbitrage les détaillants les plus importants en Suisse - à savoir Payot et la FNAC - des petits et moyens détaillants.

### **E. 9.5.1**

Tout d'abord, il y a lieu de relever que, durant la période visée par l'enquête, les prix pratiqués sur le marché « wholesale » français étaient inférieurs à ceux appliqués par les diffuseurs-distributeurs suisses. Comme l'a exposé l'autorité inférieure (cf. ch. 571 de la décision attaquée), ce que Payot a confirmé lors de son audition (cf. acte 913 lignes 662-672), la détermination des prix au niveau « wholesale » en Suisse repose sur un système de tables de conversion établies, par chaque diffuseur-distributeur suisse, à partir du prix d'origine en euros. Bien qu'elles ne soient pas identiques, ces tables contiennent toutes une majoration par rapport au taux de change. Celle-ci a pour corollaire une remise négociée pour chaque détaillant avec chaque diffuseur-distributeur, laquelle est plus élevée en Suisse qu'en France. Chaque diffuseur-distributeur agit de manière totalement indépendante sur ce point ; il n'y a pas d'entente entre les uns et les autres sur la fixation de leurs prix (cf. ch. 571 de la décision attaquée). Malgré les remises, les prix de référence suisses restent supérieurs aux prix d'achat français, ce qu'a relevé également Payot au cours de son audition : « Imaginons un livre à 100 en prix de vente français [indice] avec la table d'aujourd'hui on le retrouve à [...] comme indice en Suisse. En France, les librairies de qualité ont [...] % de remise, ce qui veut dire que leur prix d'achat va se retrouver à [...]. Donc, ils vont acheter ledit bouquin à [...]. Le même libraire suisse de qualité va avoir une remise supérieure, c'est exact, probablement [...] % de remise [...] % sur [...], ça donne un prix d'achat à [...]. C'est-à-dire que c'est 38 % de plus que le prix qu'une même chaîne française peut acquérir. Et c'est exactement ce qui est en train de se passer pour la FNAC qui [...] s'approvisionnait en Suisse et [...] s'approvisionne maintenant en France. Donc elle a accès à des prix d'achat qui vont jusqu'à 40 % moins chers que ceux auxquels elle avait accès auparavant. Ce qui veut dire qu'elle a maintenant la totale liberté soit de développer des profits significatifs localement, qui est quand-même une distorsion de concurrence qui lui permet de mieux vivre, soit de jouer sur les prix de vente puisqu'il y a une totale liberté de jouer sur les prix de vente » (cf. acte 913 lignes 662-678). Ce différentiel de prix au niveau « wholesale » entre la Suisse et la France est également établi par le système mis en place par B.A. \_\_\_\_\_ durant la période visée par l'enquête. Pour être en mesure de profiter des conditions d'achat en France, le système mis en place par B.A. \_\_\_\_\_ prévoit des achats par l'intermédiaire de libraires situés en France, afin de fournir les points de vente de B.A. \_\_\_\_\_ en Suisse (cf. acte 838). Ce système démontre par-là même que, durant la période de l'enquête, le potentiel d'arbitrage au niveau du prix l'a emporté sur celui des services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses. Il importe peu, à ce stade, de savoir si B.A. \_\_\_\_\_ a tenté de s'approvisionner directement auprès du groupe Flammarion, en tant que le marché de référence ne couvre pas uniquement les ouvrages diffusés-distribués par la recourante en Suisse. Ensuite, on peut raisonnablement partir de l'idée que les volumes d'achat que Payot et FNAC auraient hypothétiquement pu générer en recourant aux importations parallèles (volume d'importation hypothétique) auraient été proportionnels aux volumes de ventes réalisées par ces deux détaillants en Suisse. Ainsi, Payot, qui détient [...] % des parts de marché « retail » suisse du livre écrit en français (cf. acte 913 ligne 95), aurait pu réaliser environ [...] des importations de livres francophones en provenance de France. Avec ses [...] % de parts de marché (cf. acte 906 lignes 15-22), la FNAC aurait pu réaliser [...] desdites importations. L'importation de marchandises se caractérise en

particulier par des économies d'échelle en relation avec le transport et le dédouanement ; une augmentation du volume d'importation entraîne ainsi une réduction des coûts moyens y relatifs. Le volume d'importation hypothétique de Payot excédant même le volume d'importation du plus grand diffuseur-distributeur de livres écrits en français actif en Suisse (cf. ch. 606 de la décision attaquée ; [...] % de parts de marché pour Diffulivre entre 2009 et 2011), celle-ci aurait pu comparativement, en cas d'importations parallèles, profiter d'économies d'échelle. Toutefois, dans le cadre de son audition, Payot a estimé les coûts des importations parallèles à 10 % du prix de l'ouvrage concerné (cf. acte 913 ligne 923). Quant à la FNAC, avec un volume d'importation hypothétique d'environ [...] %, elle aurait bénéficié d'économies d'échelle un peu moins fortes que celles auxquelles Payot aurait pu prétendre. A titre comparatif, le volume d'importation hypothétique de la FNAC correspond environ au volume d'importation de Servidis (cf. ch. 606 de la décision attaquée ; [...] % de parts de marché entre 2009 et 2011) - troisième plus gros diffuseur-distributeur de la branche actif en Suisse après Interforum (cf. ch. 606 de la décision attaquée ; [...] % de parts de marché entre 2009 et 2011). En tant que la FNAC est une filiale d'un groupe français, l'exploitation d'un centre de distribution en France aurait vraisemblablement été plus simple pour elle que pour Payot. Aussi, on ne saurait en conclure qu'un approvisionnement en France aurait occasionné pour la FNAC des coûts d'importation supérieurs à ceux avancés par Payot. Il s'ensuit que, en dessous d'un différentiel de prix au niveau « wholesale » entre la Suisse et la France de l'ordre de 10 %, il n'est pas possible d'établir avec certitude que les frais d'importations n'auraient pas excéder ledit différentiel de prix.

#### **E. 9.5.2**

En prenant l'exemple de Payot, il peut être relevé que celle-ci a indiqué en substance, dans sa réponse à la demande d'informations dans le cadre de l'ouverture de l'enquête préalable en 2007, que, conformément à la moyenne des tabelles constatée en Suisse romande, le prix public suisse était d'environ 30 % plus élevé que le prix régulé en France (cf. acte 22, page 5). La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir renoncé à calculer et à individualiser une différence de prix pour chaque diffuseur-distributeur. Elle avance que l'analyse de l'autorité inférieure se fonde uniquement sur les tabelles de Diffulivre, lesquelles seraient différentes des siennes. La recourante - à l'inverse d'autres diffuseurs-distributeurs sanctionnés - n'a pas produit de tabelles, que ce soit dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure ou dans le cadre de la présente procédure. De même, dans le questionnaire de 2007, elle n'a pas donné d'exemple de calcul du prix d'un livre qu'elle distribue, de sorte qu'il n'est pas possible non plus de tirer quelconques chiffres dudit questionnaire. Dès lors que les éléments de preuve à même de démontrer dites allégations ne se trouvent que dans sa sphère d'influence, il lui appartenait de produire, conformément à son obligation de collaborer, les tabelles sur lesquelles elle se fonde pour prétendre que des possibilités d'arbitrage n'ont pas existé durant la période de l'enquête. Il ne se justifie ainsi pas de s'écarter du différentiel de prix de 30 % retenu par l'autorité inférieure dans la décision attaquée. Le différentiel de prix ayant existé entre les marchés « wholesale » français et suisse durant la période d'enquête confirme ainsi que des possibilités d'arbitrage ont existé pour Payot et la FNAC entre les années 2005 et 2011, y compris pour les ouvrages diffusés par la recourante en Suisse.

#### **E. 9.5.3**

Reste à déterminer si, pour les petits et moyens détaillants, il existait, durant la période de l'enquête, des possibilités d'arbitrage par les prix ou par les services. Il ressort des réponses

données dans le questionnaire envoyé aux détaillants en décembre 2008 que - parmi les détaillants s'étant fournis notamment auprès d'OLF - ces mêmes détaillants ont bénéficié d'un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l'étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu'en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Entendue par l'autorité inférieure, le 26 novembre 2012, la Présidente des libraires indépendants au sein de l'ASDEL et responsable de la librairie A.\_\_\_\_\_, a expliqué s'approvisionner exclusivement en Suisse, ceci pour des raisons à la fois de commodité et économiques : « [...] Si on le fait pas [ouvrir des comptes en France], c'est parce que pour nous, libraires indépendants, ça coûterait plus cher [...] » (cf. acte 909 lignes 122-123). « [...] si j'ouvrais des comptes en France, [...] mon chiffre d'affaires serait absolument nul, je n'aurais certainement pas la remise que j'ai maintenant en Suisse romande » (cf. acte 909 lignes 132-135). « Mais justement, peut-être que si nous, nous n'avons pas été plus loin dans la démarche, c'est parce que nous trouvons que pour nous, nous aimerions mieux rester dans un système qui marche très, très bien, qui fait ses preuves et qui pour nous est une aide à être performant » (cf. acte 909 lignes 347-350). L'autorité inférieure a également entendu le responsable de l'enseigne B.A.\_\_\_\_\_ en date du 26 novembre 2012 (cf. acte 911), laquelle comprenait [...] points de vente en Suisse romande (cf. acte 911 lignes 70-73). Par l'intermédiaire de différentes structures, il a poursuivi, en tant que détaillant suisse, une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution prévus pour la Suisse, précisant ceci : « [B.A.\_\_\_\_\_] s'approvisionne comme ça parce que, on l'a vu, c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions je dirais "normales" [...] » (cf. acte 911 ligne 186). « Or à l'époque, l'euro valait à peu près 1.65/1.66, des diffuseurs qui exagèrent un petit peu étaient autour de 2.20/2.25 [...] » (cf. acte 911 lignes 47-48). Ainsi, il ressort des réponses au questionnaire envoyé en décembre 2008 que, en cas d'approvisionnement à l'étranger, les petites et moyennes librairies doivent en particulier, en raison de leur faible volume d'achat, faire face à des coûts fixes unitaires importants (frais de transport, frais de dédouanement, frais d'exploitation). Toutefois, même pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché « retail » en Suisse, l'exemple de B.A.\_\_\_\_\_ souligne l'existence de possibilités d'arbitrage lorsque le différentiel de prix entre le taux de change effectif et les taux de conversion des tables était important. Ainsi, il ne peut être exclu que des possibilités d'arbitrage aient existé, y compris pour les petits et moyens détaillants, lesquels auraient éventuellement pu les renforcer en coordonnant - sans toutefois contrevenir à la loi sur les cartels - leurs importations.

#### **E. 9.5.4**

Sur l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que, s'agissant de Payot et de la FNAC, des possibilités d'arbitrage par les prix ont existé durant la période visée par l'enquête. S'agissant des petits et moyens détaillants, des possibilités d'arbitrage par les prix ont également existé, dès lors que nonobstant un faible volume d'achat, ceux-ci pourraient notamment coordonner leurs importations, dans les limites fixées par la loi. Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant, dans la décision attaquée, que des possibilités d'arbitrage ont existé durant la période visée par l'enquête s'agissant des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

#### **E. 9.6**

Existence d'importations parallèles Cela étant, il convient d'examiner respectivement si, sur le marché de référence, des importations suffisantes ont été entreprises par les détaillants durant la période considérée et si elles auraient pu l'être. A cet égard, il y a lieu de tenir compte des réponses aux questionnaires précités - de même que celles contenues dans les procès-verbaux d'audition - de l'ensemble des librairies ayant indiqué s'approvisionner auprès d'OLF. En effet, les informations fournies par les détaillants, même s'ils n'ont individuellement pas bénéficié d'un potentiel d'arbitrage durant la période visée, constituent néanmoins des indices permettant d'apprécier si des importations étaient possibles ou non à l'époque. De même, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des expériences des détaillants s'agissant d'importations de livres diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, peu importe que les détaillants se soient approvisionnés ou aient tenté de le faire auprès d'un éditeur, d'un diffuseur-distributeur étranger ou d'un autre partenaire commercial ; l'ensemble de ces expériences peuvent en effet constituer un indice que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives. Enfin, il y a lieu de rappeler que les importations de titres non diffusés/distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations parallèles, un approvisionnement en France constituant le seul moyen de les obtenir. Aussi, les expériences des détaillants ayant déclaré ne s'approvisionner en France que lorsque l'ouvrage n'était pas diffusé/distribué en Suisse doivent être écartées.

#### **E. 9.6.1**

Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011 (cf. acte 343), avoir tenté de se fournir auprès d'un « diffuseur-distributeur étranger », trois ont répondu avoir essayé, une ou plusieurs fois, et n'avoir rencontré aucune difficulté pour le faire. Il s'agit de la librairie D.A. \_\_\_\_\_ (une fois ; cf. acte 353), de la FNAC (une fois ; cf. acte 411) et de la librairie D.B. \_\_\_\_\_ (plusieurs fois ; cf. acte 349). A cet égard, il y a lieu de relever que, dans le précédent questionnaire du 9 décembre 2008, la librairie D.A. \_\_\_\_\_ avait indiqué qu'il n'existait pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses (cf. acte 99). Il convient encore de préciser qu'en réponse à un questionnaire du 10 décembre 2007 envoyé à quelques détaillants, la FNAC avait expliqué qu'un approvisionnement en France pourrait intervenir de manière très ponctuelle, notamment lorsque certaines références étaient en rupture prolongée chez les diffuseurs-distributeurs suisses et qu'il y avait une forte demande sur ces références (cf. acte 53). Trois librairies, ayant tenté de se fournir à l'étranger auprès d'un diffuseur/distributeur, ont en revanche renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à elles. Il s'agit de la librairie D.C. \_\_\_\_\_, laquelle a expliqué que « en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat » (cf. acte 473) ; de la librairie D.D. \_\_\_\_\_, qui a relevé que « les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse » (cf. acte 433) et la librairie D.E. \_\_\_\_\_ (cf. acte 421). La librairie D.F. \_\_\_\_\_ a elle-aussi indiqué avoir tenté de s'approvisionner auprès d'un « autre partenaire commercial », en l'occurrence une « librairie collègue », mais avoir essuyé plusieurs refus (cf. acte 461). La librairie D.G. \_\_\_\_\_ a également indiqué se fournir auprès d'Amazon (cf. acte 406). Elle a toutefois indiqué en réponse au questionnaire de 2008 avoir l'obligation de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses lorsque l'ouvrage est diffusé et distribué en Suisse (cf. acte 136). Payot a répondu s'approvisionner notamment à l'étranger auprès d'un « autre partenaire commercial », à titre exceptionnel, pour pallier des ruptures de stock en Suisse sur une meilleure vente du moment, tout en précisant qu'elle n'avait pas un grand intérêt à le faire à grande échelle, car si elle réduisait ses achats chez les diffuseurs-distributeurs

suisses, ses conditions commerciales - liées au volume d'achat annuel - seraient revues à la baisse un jour ou l'autre (cf. acte 397). S'agissant des détaillants ayant répondu avoir pris contact avec un « éditeur », deux d'entre eux ont indiqué avoir tenté de s'approvisionner directement auprès des éditeurs à l'étranger et n'avoir rencontré aucune difficulté. Il s'agit de la librairie D.H.\_\_\_\_\_ et de la librairie D.I.\_\_\_\_\_. La librairie D.H.\_\_\_\_\_ a répondu s'être approvisionnée une seule fois auprès d'un éditeur, n'exposant cependant pas les circonstances en lien avec cet approvisionnement (cf. acte 427). La librairie D.J.\_\_\_\_\_ (cf. acte 418) a indiqué que s'approvisionner auprès des éditeurs était « tellement plus compliqué » et que « chaque livre est un cas ». Une autre librairie - D.E.\_\_\_\_\_ (cf. actes 149 et 421) - a indiqué avoir rencontré des difficultés à s'approvisionner auprès de l'éditeur et avoir essuyé plusieurs refus. Elle met en cause les contrats d'exclusivité, lesquels « verrouille[nt] toute possibilité d'obtenir le livre en direct ». Elle indique toutefois, dans le questionnaire de 2008, être en mesure d'obtenir le livre lorsque celui-ci n'est pas diffusé-distribué en Suisse (cf. acte 149). Plusieurs librairies ont fait état de difficultés ou de refus, les ayant parfois contraintes à renoncer à un approvisionnement direct auprès des éditeurs. Il s'agit notamment de la librairie D.K.\_\_\_\_\_ (cf. acte 383), de la librairie D.L.\_\_\_\_\_ (cf. acte 412), de la librairie D.M.\_\_\_\_\_ (cf. actes 130 et 358), de la librairie D.C.\_\_\_\_\_ (cf. acte 473) et de la librairie D.N.\_\_\_\_\_ (cf. acte 455). Les raisons avancées par les détaillants sont principalement le régime d'exclusivité octroyé par les éditeurs aux diffuseurs-distributeurs suisses, les frais de port élevés ou les délais de livraison qui ne seraient pas tenus. Les expériences détaillées ci-dessus font état de quelques approvisionnements auprès d'éditeurs et de diffuseurs-distributeurs. Ils ne sont toutefois pas assimilables à des importations réussies. En effet, hormis la librairie D.B.\_\_\_\_\_ et la librairie D.I.\_\_\_\_\_, qui ont annoncé avoir régulièrement acquis avec succès des ouvrages à l'étranger - sans toutefois en détailler les circonstances -, les détaillants font face à des difficultés ou des refus, lorsque ledit ouvrage est diffusé-distribué en Suisse. Partant, à l'instar de ce que relève notamment Payot et la FNAC, ce n'est que lorsque l'ouvrage n'est plus disponible auprès des diffuseurs-distributeurs suisses - par exemple en cas de rupture de stock - qu'un approvisionnement en France est exceptionnellement possible.

### **E. 9.6.2**

Citée par plusieurs diffuseurs comme un exemple d'importations parallèles réussies, Payot a été entendue le 26 novembre 2012 par l'autorité inférieure (cf. acte 913). Celle-ci a indiqué que, sur toute la période visée par l'enquête, elle n'avait, sous quelques réserves, procédé à aucune importation parallèle - ouverte ou cachée, par l'intermédiaire d'un « faux-nez » - et n'aurait pas été en mesure de le faire, malgré son poids. Seuls les titres n'étant ni diffusés ni distribués en Suisse, ainsi que les livres proposés par sa franchise [...] pouvaient être obtenus en dehors du circuit traditionnel de la diffusion-distribution en Suisse (cf. acte 913 lignes 400-409). A noter que ces derniers ne concernent toutefois pas le système de distribution de la recourante dès lors que les ouvrages composant dite franchise sont diffusés/distribués en Suisse par la société Servidis. Quant aux importations de titres d'éditeurs français non-diffusés et non-distribués en Suisse, Payot avait passé en 2005 un partenariat avec les librairies C.\_\_\_\_\_ à Lyon, ce qui représentait une alternative moins coûteuse qu'un achat direct (cf. acte 913 lignes 347-351). Interrogée ensuite sur la pratique du « faux-nez », Payot a relevé que, compte tenu de sa taille, elle ne pourrait mettre en place une telle pratique. En cas de tentative, aucun compte ne lui serait ouvert en France pour son volume et elle devrait compter avec un certain nombre de réactions et de mesures de rétorsion au niveau de ses conditions commerciales (cf. acte 913 lignes 812-830). Cela ne

pourrait fonctionner que pour des librairies de taille modeste. Dès que le volume est trop important, la démarche est beaucoup trop visible, remarquée trop rapidement et mise en échec. En outre, Payot souhaite travailler avec ses fournisseurs de manière transparente (cf. acte 913 lignes 805-807). De même, Payot a précisé que ses « achats en France ne pourraient se faire qu'auprès des maisons-mères et certainement pas auprès de grossistes quels qu'ils soient, qui sont inadaptés aussi bien en termes de conditions commerciales puisque c'est un intermédiaire de plus, ça ne réglerait pas [son] problème de prix d'achat [...] » (cf. acte 913 lignes 422-425). Le directeur général de Payot a indiqué avoir eu, à la suite de l'appréciation du franc suisse, des discussions avec Interforum en septembre 2011 en vue d'un approvisionnement depuis la France. Celles-ci se sont conclues, dans un premier temps, par une fin de non-recevoir, puis, dans un second temps, par une amélioration des conditions commerciales et par une demande officielle de Payot, en septembre 2012, pour l'ouverture de négociations. Celle-ci a abouti par un « nous y réfléchissons », sans qu'aucune date ne soit fixée (cf. acte 913 lignes 268-279). Hormis le compte ouvert auprès de Hachette Livres en France en 2000 - [...] - et qui n'a jamais été utilisé, Payot n'a pas de comptes ouverts auprès d'un diffuseur ou directement auprès d'un éditeur à l'étranger (cf. acte 913 lignes 364-383 et 390-394). Celle-ci a indiqué [...]. Elle peut se satisfaire d'un approvisionnement local, dès lors que les prix d'achat sont raisonnables, ce qui est le cas aujourd'hui s'agissant de Dargaud et Servidis (cf. acte 913 lignes 943-947). Il ressort de ce qui précède que, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. supra consid. 9.5.2), Payot n'a pas tenté de s'approvisionner à l'étranger durant la période de l'enquête - sauf rares exceptions en cas de rupture de stock - pour des motifs éthiques et en raison du fait que les prix d'achat suisses étaient à cette époque « raisonnables ». Payot a ainsi déclaré dans ses questionnaires des 7 août 2007 et 9 décembre 2008 : « Nous nous approvisionnons exclusivement auprès des diffuseurs exclusifs présents en Suisse pour l'ensemble de la production francophone diffusée et distribuée sur le territoire » (cf. actes 21 et 129). Néanmoins, il ressort de ces mêmes questionnaires - ainsi que des procès-verbaux d'audition du libraire - qu'un approvisionnement à l'étranger, durant la période considérée, n'était pas possible lorsque l'éditeur était distribué en Suisse. Auditionnée une première fois par l'autorité inférieure, le 4 avril 2012, dans le cadre de l'enquête, Payot a en effet indiqué : « Jusqu'à maintenant, un libraire suisse ne peut pas commander directement aux diffuseurs français. Un diffuseur français a en général un contrat d'exclusivité avec un diffuseur suisse ou le diffuseur suisse est une filiale du diffuseur français. Les diffuseurs français ne livrent pas les libraires suisses » (cf. acte 510). Aussi, il y a lieu d'admettre que Payot - à l'exception des ouvrages appartenant à la franchise [...] - n'a pas tenté d'importations durant la période de l'enquête au motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé nécessaire de déployer d'importants efforts pour s'approvisionner à un meilleur prix en France, en particulier tant que ses conditions commerciales en Suisse étaient acceptables. Enfin, le fait que des importations aient été entreprises via un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », via les librairies C.\_\_\_\_\_, ne suffit pas à démontrer que le territoire suisse n'était pas cloisonné.

### **E. 9.6.3**

S'agissant de l'enseigne B.A.\_\_\_\_\_, celle-ci a mis en place, dans une première phase, un système prévoyant une entité librairie en France (B.B.\_\_\_\_\_), à proximité de la frontière suisse, laquelle approvisionnait deux entités librairies en Suisse (cf. acte 911 lignes 86-91). Dès 1988, l'entité B.B.\_\_\_\_\_ n'a plus disposé de remises conformes à la réglementation française. Selon le responsable de B.A.\_\_\_\_\_, la raison expliquant cette « discrimination

» repose uniquement dans le fait que les diffuseurs portaient de l'idée, correcte au demeurant, que B.B. \_\_\_\_\_ fournissait des points de vente en Suisse. Dès 1994, des problèmes plus importants ont surgi (cf. acte 911 lignes 88-91). Les diffuseurs suisses auraient demandé à leurs pendants en France de faire pression sur la société B.B. \_\_\_\_\_. Concrètement, baisses unilatérales des remises, retards dans le traitement des commandes et refus de certains retours ont été imposés à B.B. \_\_\_\_\_, si bien que B.B. \_\_\_\_\_ a dû déposer le bilan (cf. acte 911 lignes 113-117). Un redressement judiciaire, accompagné d'un plan de continuation d'une durée de dix ans, a été établi et respecté. Durant la période du plan de continuation, la structure de B.B. \_\_\_\_\_ a évolué : « Eh ben, j'ai compris ce qu'il fallait faire, c'est-à-dire qu'il fallait [que B.B. \_\_\_\_\_] n'achète plus rien chez les éditeurs, mais n'ait plus qu'une société qui s'approvisionne chez des tiers et qui fait les exportations vers la Suisse » (cf. acte 911 lignes 168-170). Le responsable de B.A. \_\_\_\_\_ a ainsi fait l'acquisition partielle ou totale de plusieurs librairies en France, transformant celles-ci, parallèlement à leur activité de librairie, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse. Ce sont à ce jour [...] librairies (plus [...] grossistes en appui) auprès desquelles, par l'intermédiaire des services de sa société B.B. \_\_\_\_\_, B.A. \_\_\_\_\_ organise ses livraisons vers la Suisse (cf. acte 911 lignes 177-186). Concrètement, ce sont ces librairies qui entretiennent des relations avec la distribution en place en France. L'identité de ces librairies est tenue secrète pour se protéger des rétorsions de prix dont B.B. \_\_\_\_\_ aurait été victime lorsqu'il était en relation directe avec la distribution en France (cf. acte 911 lignes 251-253) : « [B.A. \_\_\_\_\_] s'approvisionne comme ça parce que, on l'a vu, c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions je dirais "normales" [...] Parce que si on en est arrivés là, à devoir avoir [...] librairies qui sont là pour nous assurer notre approvisionnement, c'est tout simplement... on a été dans l'obligation de le faire » (cf. acte 911 lignes 186 et 608-610). A la suite de son audition, le responsable de B.A. \_\_\_\_\_ a transmis à l'autorité inférieure une note complémentaire, datée du 17 janvier 2013, dans le but de « mieux préciser [ses] propos », retranscrits dans le procès-verbal (cf. acte 838). Il a notamment indiqué qu'en vue de dite audition, il avait envoyé des courriers à chaque distributeur français, dont UD-Union Distribution (groupe Flammarion), afin de demander l'ouverture d'un compte pour être servi en direct. En date du 26 novembre 2012, UD-Union Distribution a répondu ceci : « Je transfère votre demande à notre représentant pour la Suisse [la recourante] » (cf. acte 838 annexe 2.4). Selon l'autorité inférieure, l'expérience de B.A. \_\_\_\_\_, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs-distributeurs comme l'exemple-type prouvant que des importations avaient eu lieu durant la période visée par l'enquête, est révélatrice. Le seul moyen à disposition d'un détaillant de taille moyenne pour profiter d'un approvisionnement alternatif - qui plus est pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché « retail » en Suisse - a été de fonctionner grâce à des approvisionnements par l'intermédiaire de plusieurs librairies écrans liées secrètement à une société d'importation (cf. ch. 251 de la décision attaquée). L'affirmation de la recourante - dans son mémoire de recours (cf. ch. 255 de la décision attaquée) selon laquelle « [B.A. \_\_\_\_\_] n'a jamais demandé à Flammarion de procéder à des importations parallèles, on ne saurait imputer à Flammarion un quelconque intérêt de [B.A. \_\_\_\_\_] à créer un système d'importation[s] parallèle[s] » est en contradiction directe avec l'échange de courrier entre B.A. \_\_\_\_\_ et Flammarion reproduit ci-dessus, pourtant produit au dossier de l'autorité inférieure (cf. acte 838 annexe 2.4). Il y a encore lieu de relever que, selon les indications du responsable de B.A. \_\_\_\_\_, entendu par l'autorité inférieure en qualité de témoin, la société B.B. \_\_\_\_\_ se serait à l'époque vue imposer des baisses

unilatérales de remises, des retards dans le traitement des commandes ainsi que des refus sur certains retours pour le motif qu'elle approvisionnait des librairies suisses. Les mesures de rétorsion ainsi décrites rejoignent les propos tenus par Payot s'agissant de la pratique du « faux-nez » (cf. supra consid. 9.6.2). Il ressort ainsi du dossier que seul un système complexe et secret a permis de contourner les canaux traditionnels de la distribution en Suisse, les mesures de rétorsion prises par les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français démontrant qu'il existait bel et bien des restrictions aux possibilités d'approvisionnement en France. Si personne ne remet en cause que l'existence du système B.B. \_\_\_\_\_ est connue, il ressort des déclarations du responsable de B.A. \_\_\_\_\_ que, si ce système fonctionne encore, c'est que les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français ne connaissent pas l'identité des librairies écrans utilisées par B.B. \_\_\_\_\_ pour l'acquisition des ouvrages en France.

#### **E. 9.6.4**

Il s'ensuit que les quelques importations opérées durant la période de référence sont trop peu nombreuses pour en conclure que celles-ci auraient été possibles, ce d'autant plus que, pour B.A. \_\_\_\_\_, elles l'ont été grâce à un système de librairies écrans complexe et secret. Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant que des importations parallèles n'avaient pas eu lieu durant la période de l'enquête pour les ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

#### **E. 9.7**

Possibilités d'importations parallèles

##### **E. 9.7.1**

Il y a lieu de revenir sur les expériences des détaillants afin de déterminer si des importations parallèles étaient possibles durant la période de l'enquête.

##### **E. 9.7.1.1**

Plusieurs détaillants, ayant répondu, dans le questionnaire du 2 mars 2011, n'avoir jamais essayé de s'approvisionner à l'étranger, ont néanmoins prétendu que des importations parallèles étaient possibles durant la période visée par l'enquête. La librairie A. \_\_\_\_\_ - laquelle a répondu, par questionnaire du 2 mars 2011, n'avoir jamais essayé de s'approvisionner à l'étranger (cf. acte 442) - a néanmoins affirmé, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, que des importations seraient possibles : « Une librairie indépendante peut très bien commander ses livres directement en France, personne ne peut l'en empêcher » (cf. acte 257). Or, celle-ci a indiqué, lors de son audition devant l'autorité inférieure : « On nous a suggéré d'ouvrir des comptes en France, on pourrait le faire tout à fait. Tout le monde...enfin... c'est peut-être un petit peu compliqué mais on pourrait le faire [...] Donc déjà, cette pratique [l'exclusivité] se pratique en France. Il y a des gens, je sais qu'il y a des gens de Suisse qui ont été voir les éditeurs français pour essayer de faire changer les choses, mais ils sont revenus bredouilles parce qu'effectivement, c'est une pratique française et je vois mal... nous, on est un petit marché quand même pour la France, il faudrait qu'on ait vraiment beaucoup d'influence pour arriver à changer cette pratique. Mais maintenant les gens, à cause de votre enquête, à cause de discussions qu'on a eues, à cause de prix qui étaient... Enfin ça a beaucoup évolué quand même, la discussion. On a vu [le directeur général de Payot], il essaye d'aller ouvrir des comptes, c'est difficile, mais enfin, on sent qu'il y a une discussion possible et j'ai vu justement en parlant avec [Madrigall] et avec d'autres que s'ils ouvrent les comptes, on pourrait le faire aussi » (cf. acte 909 lignes 120-122 et 338-347). Il s'ensuit que, contrairement à ce que la librairie A. \_\_\_\_\_ a affirmé

dans son questionnaire, l'on ne saurait retenir, sur le vu de ce témoignage, que des importations étaient effectivement possibles. Au contraire, dès lors que les détaillants en question n'ont pas tenté de se servir parallèlement auprès de partenaires de distribution à l'étranger, leurs réponses ne sont pas aptes à démontrer que des importations parallèles étaient effectivement possibles à l'époque, singulièrement pour les ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse.

#### **E. 9.7.1.2**

Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011, avoir tenté de se fournir auprès d'un « distributeur-diffuseur étranger », trois ont répondu avoir renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à eux. Il s'agit de la librairie D.C.\_\_\_\_\_, laquelle a expliqué que « en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat » (cf. acte 473), de la librairie D.D.\_\_\_\_\_, qui a relevé que « les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse » (cf. acte 433) et de la librairie D.E.\_\_\_\_\_, qui a également répondu avoir essuyé un refus en ces termes : « contrats d'exclusivité verrouillent toute possibilité d'obtenir le livre en direct. Position dominante du distributeur ; les libraires sont désormais face à ce système » (cf. acte 421). Au surplus, bien que très peu de détaillants aient tenté de s'approvisionner durant la période considérée auprès d'un diffuseur-distributeur, d'un grossiste, d'un détaillant ou d'un éditeur à l'étranger, les réponses données au questionnaire du 9 décembre 2008 permettent néanmoins de mettre en évidence des indices concordants. Ainsi, à la question de savoir s'il existait des solutions d'approvisionnement en livres écrits en français autres que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeurs suisses, 13 détaillants ont répondu que les principaux éditeurs français avaient passé des contrats d'exclusivité avec lesdits diffuseurs-distributeurs, ce qui interdisait à ceux-là, ainsi qu'aux diffuseurs-distributeurs français, de fournir les revendeurs suisses. En cas de demande directe auprès de l'éditeur français ou auprès de ses organes de distribution en France, les détaillants suisses étaient ainsi renvoyés à passer leur commande auprès du diffuseur-distributeur de l'éditeur français en Suisse. Pour citer quelques exemples, la librairie D.L.\_\_\_\_\_ a indiqué que « il n'y a pas d'alternative, les distributeurs ayant l'exclusivité de leur représentation et nous sommes liés par un contrat ; toute tentative de doubler la distribution est vouée à l'échec » (cf. acte 212). La librairie D.O.\_\_\_\_\_ a répondu que « en principe non, car un éditeur français, qui a son diffuseur en Suisse, nous renvoie à lui en cas de demande directe » (cf. acte 180). La librairie D.G.\_\_\_\_\_ a pour sa part relevé que « normalement si les éditeurs ont un diffuseur en Suisse, ils nous renvoient à ce dernier quand nous les contactons directement. Ainsi, pour les grands éditeurs français [...], nous sommes obligés de passer par leur diffuseur en Suisse » (cf. acte 136). Relevant que le système suisse était celui de la diffusion-distribution exclusive, Payot a, quant à elle, indiqué que les principaux diffuseurs présents en Suisse, dont la recourante, étaient des filiales des groupes français et qu'ils cherchaient dès lors « à contenir le marché suisse dans ses limites géographiques, en faisant opposition à toute velléité d'ouvrir des comptes en France afin d'approvisionner [leurs] librairies en direct. Si certains revendeurs suisses [...] s'approvisionnent pour tout ou partie directement en France, c'est généralement avec un "faux-nez" [...] mais cela reste, à notre connaissance, marginal » (cf. acte 129). La librairie D.D.\_\_\_\_\_ a soutenu que « il n'existe pas une autre solution pour s'approvisionner en livres directement chez les grands éditeurs français. Ceux-ci travaillent avec leurs maisons de diffusion et détiennent des parts chez les diffuseurs suisses. Ils nous imposent de passer par la Suisse et refusent de nous ouvrir des comptes en France » (cf. acte 143). La librairie

D.P. \_\_\_\_\_ a répondu ce qui suit : « Aucune solution autre que de travailler avec les diffuseurs suisses : exclusivité + commander à l'étranger est presque impossible et non rentable. M'approvisionner ailleurs que chez les diffuseurs qui ont le monopole de la distribution est quasi impossible, très, très difficile et de toute façon encore bien plus cher que le prix des tabelles. Une anecdote : mécontent des prix et services d'un diffuseur, j'ai tenté une fois une grosse commande directement en France, pour essayer. On m'a indiqué que ce n'était tout simplement pas possible : je DEVAIS commander ces livres chez le diffuseur suisse. Une autre anecdote : j'ai essayé une autre fois une commande en France : on m'a dit que si j'essayais de contourner le diffuseur suisse, celui-ci ne me livrerait ensuite plus aucun livre, plus aucune commande et fermerait mon compte ! Chose que je ne peux me permettre : j'ai donc annulé cet essai » (cf. acte 140). La FNAC a également indiqué : « Il ne nous est contractuellement pas possible d'acheter directement nos livres en France. En effet, la plupart des diffuseurs ont des accords avec leur maison-mère et ont pris le soin de verrouiller ce point dans nos accords commerciaux annuels » (cf. acte 254). La Librairie D.Q. \_\_\_\_\_ a de même relevé : « Aujourd'hui, étant donné le contexte (représentation en Suisse par le biais [des] filiales des principaux éditeurs français et des contrats d'exclusivité), il apparaît irréaliste de pouvoir commander directement en France auprès de leurs organes de distribution » (cf. acte 155). La librairie D.R. \_\_\_\_\_ a encore ajouté que « [pour] une très grande partie des éditeurs, les contrats de diffusion/distribution sont exclusifs, ce qui interdit aux diffuseurs français de fournir ces éditeurs à un libraire suisse » (cf. acte 264). La librairie D.S. \_\_\_\_\_ a indiqué : « Non, car je suis tenu d'acheter les livres français, belges ou québécois auprès des diffuseurs suisses » (cf. acte 132). La librairie D.T. \_\_\_\_\_ a mentionné : « D'une part, les diffuseurs détiennent l'exclusivité pour le marché suisse de leurs éditeurs. Cela exclut par conséquent la possibilité de s'approvisionner autrement » (cf. acte 258). La librairie D.U. \_\_\_\_\_ a prétendu enfin que « la seule véritable alternative [serait] de passer un accord avec un "grossiste", lui-même libraire en France » (cf. acte 146). Dans le même sens, on retiendra aussi les déclarations de la librairie D.B. \_\_\_\_\_ (cf. acte 108), de la librairie D.V. \_\_\_\_\_ (cf. acte 123), de la librairie D.W. \_\_\_\_\_ (cf. acte 131) et de la librairie D.J. \_\_\_\_\_ (cf. acte 144). Les réponses des détaillants reproduites ci-dessus constituent un indice que des importations parallèles n'étaient pas possibles, et ce, en raison des systèmes de distribution exclusive des diffuseurs-distributeur suisses. 19 détaillants ont quant à eux répondu qu'il n'était possible de s'approvisionner en livres francophones directement auprès de l'éditeur étranger - ou de son distributeur local - que lorsque celui-là n'était pas diffusé en Suisse. L'autorité inférieure en a dès lors déduit que les importations de livres diffusés/distribués en Suisse n'étaient pas possibles. Même si l'on ne peut exclure que certains détaillants aient voulu relever par là qu'ils préféreraient s'approvisionner en Suisse lorsque cela était possible, les réponses formulées par la majeure partie de ceux-ci ne laissent place à aucun doute quant à l'interprétation qu'il y a lieu de leur donner. Il ressort en effet des questionnaires que, lorsqu'un titre est diffusé et distribué en Suisse, les détaillants n'ont pas la possibilité ou le choix de se le procurer à l'étranger. Il ne s'agit pas d'une impossibilité financière, technique ou commerciale que rencontrerait un détaillant de se fournir à l'étranger ou encore d'une question de commodité. Si certains desdits détaillants ont relevé en sus les difficultés et inconvénients relatifs à un approvisionnement à l'étranger, leurs précisions à ce sujet n'enlèvent aucune portée à leurs déclarations concernant les possibilités qui leur sont données en matière d'approvisionnement à l'étranger. A titre d'exemples, la librairie D.E. \_\_\_\_\_ a indiqué pouvoir obtenir des livres directement auprès de l'éditeur français «

dans la seule situation où cet éditeur n'est pas distribué en Suisse. En général, si nous commandons un ouvrage directement auprès d'un éditeur distribué, celui-ci refuse de nous fournir et nous renvoie à son dépositaire helvétique » (cf. acte 149) ; la librairie D.X.\_\_\_\_\_ a, pour sa part, relevé : « Les éditeurs français représentés en Suisse sont en exclusivité. Seuls les éditeurs non représentés peuvent faire l'objet d'une commande directe » (cf. acte 139) ; de même, la Librairie D.Y.\_\_\_\_\_ a répondu que « si l'éditeur a un contrat avec un distributeur suisse, il n'a, théoriquement, pas le droit de nous servir » (cf. acte 193). A noter encore que, dans un questionnaire du 7 août 2007, Payot a affirmé que « [la] grande majorité des revendeurs - quasiment tous - se servent exclusivement en Suisse pour tous les fonds qui y sont diffusés et distribués. Lorsqu'ils achètent en direct, c'est avec un "faux-nez" de façon à ce que le diffuseur ignore ces pratiques, autant que faire se peut » (cf. acte 21).

### **E. 9.7.1.3**

De même, dans le cadre du questionnaire du 31 octobre 2008 envoyé aux treize diffuseurs suisses, l'administrateur d'OLF - dont près de [...] % des flux physiques transitent par son infrastructure - a répondu, à la question de savoir si les libraires disposaient d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, que « [il] n'est pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse, sauf par le marché gris. C'est possible par contre auprès des éditeurs qui ne sont pas diffusés en Suisse, ce marché est confidentiel » (cf. acte 76). Entendu par l'autorité inférieure, le 10 décembre 2012, l'administrateur d'OLF a toutefois contesté avoir déclaré que des approvisionnements directs depuis la France étaient impossibles. Interpellé sur une possible contradiction avec les propos tenus en 2008, il est revenu sur ceux-ci en affirmant que c'était « faux », qu'il avait « peut-être répondu trop vite », de manière « irréfléchie ». Il ajoute que, s'agissant d'Interforum, son plus gros client : « j'ai toujours vu et su qu'une partie conséquente des marchandises Interforum ne passait pas par l'OLF en tout cas pas dans son cheminement éditeur-point de vente. J'imagine que les raisons de cette situation sont dues au fait que le client et l'éditeur considéraient la chose comme, j'en sais rien, plus pratique, plus économique, plus intéressante pour eux. Si je dis ça c'est que, si je le sais en plus c'est parce que [...] si par hasard des marchandises ne devaient plus retourner sur France et bien elles revenaient dans les stocks de l'OLF et là on faisait l'acceptation du retour et on était payés pour ces retours. [...] je suis convaincu que nous avons des demandes d'Interforum nous demandant de créditer des bouquins venant de [D.AO.\_\_\_\_\_] mais n'ayant pas été livrés par OLF à [D.AO.\_\_\_\_\_]. Puisque mon métier étant de trouver des solutions, je dois pouvoir trouver les documents qui disent, je peux pas vous prouver qu'ils sont partis de France à [D.AO.\_\_\_\_\_] [...]. Par contre, je peux vous prouver que [...] nous ne les avons pas vendus, c'est qu'ils sont passés par ailleurs et s'ils sont passés par ailleurs c'est pas par nous en tout cas et c'est direct. Si vous les voulez je vous trouve les preuves, en tout cas les démonstrations... les preuves... ce n'est pas une preuve. Je peux vous faire la démonstration de ce que j'ai prétendu [à propos de D.AO.\_\_\_\_\_] et des économats cantonaux et peut-être d'autres clients que je n'ai pas en tête parce que ça c'est les plus gros. Mais je peux vous faire cette démonstration [...]. Donc le mot "impossible" est certainement trop fort mais c'est peut-être "compliqué" qu'on aurait dû écrire » (cf. acte 912). Il a souligné qu'il ne s'agissait pas d'un changement de position, mais d'une correction : « [...] je peux vous prouver par a + b que ces marchandises sont jamais passées par les canaux de OLF et je peux vous prouver aussi que certaines de ces marchandises sont revenues sans avoir été expédiées par OLF. Donc entre la réponse dans

le texte et la pratique... il y a pas mal d'imprécisions dans nos réponses dans votre document, vous savez, je n'ai pas pour volonté de critiquer votre dossier mais il y avait de l'imprécision dans les questions et puis il y a de l'imprécision dans les réponses. C'est pour ça qu'il faut le voir. On l'a peut-être fait un peu à la va-vite, ça je m'en excuse, mais je peux démontrer le contraire ce que j'ai dit, ça c'est vrai » (cf. acte 912 lignes 258-266). Invité par son avocat à préciser ce qu'il entendait par « livraison directe », l'administrateur d'OLF a indiqué que « [un] libraire peut s'approvisionner [en direct en France chez un éditeur], on l'a tous constaté mais simplement on sait très bien que les conditions qu'il va trouver le ramènent à pas le faire » (cf. acte 912 lignes 443-445). Se fondant sur la déclaration de l'administrateur d'OLF contenue dans le questionnaire de 2008 (cf. acte 76), l'autorité inférieure considère que les notions de « marché gris » et de « confidentialité » indiquent qu'il n'était pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse. Dès lors que la recourante est précisément une telle antenne - à l'instar d'OLF -, elle considère qu'un détaillant suisse n'avait pas d'autres choix que de s'adresser à la recourante pour obtenir les livres du catalogue diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse. Même si OLF est revenue, lors de son audition, sur la réponse donnée au questionnaire de 2008, il y a lieu de constater que celle-ci, au surplus formulée par écrit et au bénéfice d'un délai, rejoint les expériences et déclarations de plusieurs détaillants rapportées ci-dessus quant aux livres pouvant et ne pouvant pas être importés directement depuis la France. Elle revêt en outre une certaine force probante dès lors qu'elle ne sert nullement les intérêts d'OLF, également diffuseur-distributeur suisse de livres écrits en français et condamnée à l'issue de la décision déferée. Par ailleurs, il y a lieu de relever que, si seul un approvisionnement sur le « marché gris » est possible, tout autre alternative d'approvisionnement sur le marché français - telle que celui auprès des diffuseurs-distributeurs, grossistes ou coursiers actifs en France - est exclue et pas uniquement auprès des éditeurs.

#### **E. 9.7.1.4**

Enfin, la FNAC, représentée par son directeur des opérations, a - lors de son audition devant l'autorité inférieure, le 26 novembre 2012 - déclaré en substance qu'à son arrivée sur le marché suisse au début des années 2000, elle avait fait le choix délibéré de s'approvisionner en Suisse essentiellement pour deux raisons : « dans tous les pays où on est présents, on a toujours travaillé avec les distributeurs locaux, ça a toujours été une marque de fabrique de la Fnac. Et aussi, à l'époque, il y avait un taux de change qui était acceptable pour le prix du livre et aussi accepté par le consommateur. Le prix était légèrement supérieur, mais ça correspondait globalement au coût de traitement du livre, puisque l'essentiel arrive de France, c'est-à-dire logistique, droits de dédouanement, étiquetage, mise en rayons » (cf. acte 906 lignes 59-66). A la question de savoir si la FNAC aurait pu s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée, son directeur des opérations répond cependant par la négative, exposant qu'il était quasiment impossible pour un détaillant de s'approvisionner en France, dès lors qu'autant les détaillants, les diffuseurs-distributeurs ou les éditeurs français refusaient d'ouvrir un compte, renvoyant au surplus vers les diffuseurs-distributeurs suisses. Le directeur des opérations de la FNAC a ainsi précisé que « [...] si vous êtes libraire en Suisse et que vous allez en France pour une ouverture de compte, si vous êtes reçu, vous avez de la chance » (cf. acte 906 lignes 330-332). Cette réalité concernait tous les détaillants suisses. Si des comptes étaient ouverts, « il fallait négocier les conditions, s'occuper de la partie approvisionnement, de la partie étiquetage. Pas beaucoup de librairies ont des structures pour étiqueter le livre. Et puis vous perdez après les notions de commandes

clients, les retours, l'information, tout ce qui aujourd'hui en fait partie. Donc, de toute façon, pour une petite structure, c'était impossible, pour une grosse, c'était quand même [...] [très] difficile » (cf. acte 906 lignes 96-103). En revanche, il a précisé qu'il n'y avait aucun problème pour importer des livres écrits en français de France vers l'Italie ou vers la Belgique, par exemple (cf. acte 906 lignes 343-346). Celui-ci a ensuite exposé que la FNAC avait changé son mode d'approvisionnement, sur décision de son président début 2012, au regard de la difficulté du marché du livre. En effet, l'évolution du cours de change entre le franc suisse et l'euro, en particulier le pic de la parité du mois d'août 2011, a mené les clients à considérer la FNAC comme responsable de la différence importante entre le prix en euro imprimé sur le livre et le prix en franc suisse. Aussi, vu son poids en France, la FNAC a décidé d'entamer des démarches pour un approvisionnement « au forcing », nouvelle qui n'a pas été accueillie très favorablement ni en Suisse, ni en France (cf. acte 906 lignes 104-130). Le directeur des opérations de la FNAC a indiqué : « Donc, c'était avant la conclusion de votre rapport et je pense que votre rapport a également aidé pour discuter du côté français. Et on a obtenu des ouvertures de comptes de quasi la totalité des acteurs français, sauf un » (cf. acte 906 lignes 152-154). Le basculement en 2012 vers un approvisionnement en France ne fonctionne toutefois pas sans problème selon la FNAC. Elle constate ainsi des problèmes avec les retours en Suisse ; ceux-ci sont refusés alors que la marchandise a été achetée en Suisse. Elle ne peut plus compter sur une information des nouveautés pour permettre d'estimer la demande plus précisément. De fortes baisses de la remise ont été décidées de manière unilatérale par les diffuseurs suisses en cours d'année. Enfin, certains délais ne sont pas respectés (cf. acte 906 lignes 164-206). Il s'ensuit que la FNAC, à l'instar de Payot, n'a pas tenté de se servir en France durant la période considérée, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix, - hormis une fois avec succès - ceci principalement en raison du rapport acceptable entre le prix d'achat et le taux de change. Néanmoins, il ressort aussi clairement du procès-verbal d'audition de la FNAC qu'il n'était pas possible de s'approvisionner en France durant la période visée. Aussi, ce n'est qu'à l'été 2012, après avoir entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et après la communication de la proposition de décision du secrétariat, dans laquelle celui-ci a notamment retenu que les diffuseurs-distributeurs suisses avaient participé à un accord vertical illicite attribuant des territoires dans la distribution, que la FNAC a pu procéder à des importations depuis la France. En outre, le fait qu'elle a connu, depuis cette date, des problèmes avec le retour de sa marchandise en Suisse plaide également en faveur d'un cloisonnement du territoire suisse durant la période visée. Enfin, des importations de livres écrits en français depuis la France vers l'Italie ne prouvent nullement que le territoire suisse n'était pas cloisonné, au contraire. Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la FNAC, à l'instar de Payot, n'a pas tenté d'importations depuis la France durant la période de l'enquête et n'était pas en mesure d'y procéder, le fait que la FNAC n'ait pas engagé d'efforts supplémentaires en vue d'obtenir des approvisionnements en France aussi longtemps que les consommateurs finals toléraient le niveau de prix pratiqué en Suisse n'indique pas encore que des importations étaient possibles.

#### **E. 9.7.1.5**

Il ressort de ce qui précède que, même si la plupart des détaillants interrogés n'ont pas tenté de s'approvisionner à l'étranger, les réponses concordantes, données aux questionnaires, de même que les déclarations écrites ou orales faites devant l'autorité inférieure par la librairie A.\_\_\_\_\_, Payot, B.A.\_\_\_\_\_, la FNAC ou OLF sont aptes à démontrer que des importations parallèles de livres écrits en français diffusés et/ou distribués en Suisse par la

recourante n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête. Elles rejoignent également les expériences vécues par les trois revendeurs ayant tenté en vain d'opérer des importations parallèles. Le fait que la FNAC ait, après la période de l'enquête, entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et connaisse depuis lors des problèmes avec le retour des marchandises achetées en Suisse et que Payot ait déclaré que les quelques revendeurs suisses se fournissant à l'étranger ont recours à un « faux-nez » laisse également à penser que les importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de l'enquête.

### **E. 9.7.2**

Nonobstant les expériences relatées ci-dessus, la recourante soutient que les remises toujours plus importantes accordées par les diffuseurs-distributeurs suisses suffirait à démontrer que des importations parallèles étaient possibles. Elle n'a toutefois pas produit les tabelles qu'elle a appliquées entre le 1er janvier 2005 et le 31 décembre 2011 (cf. supra consid. 9.5.2), se contentant de produire un document attestant que celles-ci auraient baissée de [...] % au 1er octobre 2011 (cf. acte 699a, annexe 7). En l'espèce, il a été retenu que Payot et la FNAC disposaient, durant la période visée par l'enquête, de possibilités d'arbitrage suffisantes au niveau du prix en raison du différentiel de prix ayant existé au niveau « wholesale » entre la Suisse et la France (cf. supra consid. 9.5.4). Un tel écart de prix laisse fortement à penser qu'au regard de leur potentiel d'arbitrage par les prix, Payot et la FNAC - qui disposaient de remises similaires - auraient, dans leur intérêt, procédé à des importations depuis la France, si elles avaient été en mesure de le faire. Ledit potentiel ne signifie toutefois pas à lui seul que Payot et la FNAC ont renoncé à s'approvisionner en France en raison des bonnes conditions offertes par la recourante. Au contraire, il ressort des déclarations de Payot et la FNAC qu'un approvisionnement en France n'était pas possible. Les meilleures conditions offertes à Payot et la FNAC relèvent plutôt de la volonté de la recourante de retenir celles-ci dans son système de distribution en favorisant leur marge par rapport au niveau de ses tabelles, dès lors que, en raison de leur part de marché, Payot et la FNAC auraient pu générer un volume d'importation supérieur aux diffuseurs-distributeurs suisses. Ce faisant, la concurrence entre la FNAC, Payot et les autres détaillants ne disposant pas nécessairement du même potentiel d'arbitrage par les prix a été affectée. Dans l'ensemble, il n'est guère possible de reconnaître les détaillants pour lesquels un approvisionnement en France ne serait pas économiquement plus avantageux. Si la FNAC et Payot avaient usé de leur potentiel d'arbitrage et s'étaient approvisionnées sur le marché français, il est vraisemblable qu'elles auraient ouvert une brèche dans le système de distribution mis en place et rendu, à terme, l'approvisionnement à l'étranger possible pour tous les détaillants suisses. De plus, comme l'illustre l'exemple de B.A.\_\_\_\_\_ (cf. supra consid. 9.6.3), l'existence de possibilités d'arbitrage d'une librairie ne dépend pas exclusivement de sa taille. A cela s'ajoute le risque que le détaillant qui bénéficie d'une réduction de prix revende ses livres aux autres librairies, ce qui mettrait la structure des prix des diffuseurs-distributeurs suisses manifestement sous pression et sans que ceux-ci ne puissent les en empêcher. Il s'ensuit que, si Payot et la FNAC avaient eu la possibilité, durant la période visée par l'enquête, d'entreprendre des importations depuis la France, le risque de sortie du canal de distribution suisse de ces deux librairies aurait eu un effet disciplinant sur le niveau général des prix sur le marché « wholesale » suisse du livre écrit en français, profitant indistinctement à l'ensemble des détaillants suisses. En effet, dès lors que la recourante n'aurait pas été en mesure de reconnaître les détaillants susceptibles de s'approvisionner en France, elle n'aurait plus pu intervenir de manière ciblée envers chacun

d'entre eux, mais aurait été amenée à devoir accorder des remises plus importantes et égales à l'ensemble de ceux-ci ou baisser le prix de ses tabelles. Sur le vu de ce qui précède, les arguments que tire la recourante du niveau de ses prix ne sont pas déterminants. Selon toute vraisemblance, il y a lieu de retenir que le différentiel de prix entre les marchés « wholesale » français et suisse aurait été réduit si Payot et la FNAC avaient pu s'approvisionner en France. Des remises plus importantes et égales à l'ensemble des détaillants ou une baisse de ses tabelles auraient été entreprises par la recourante dans le but de réduire au maximum les possibilités d'arbitrage par le prix de ceux-ci et pas dans le seul but de compenser l'évolution du taux de change. L'écart de prix ayant existé entre la Suisse et la France, même s'il peut être justifié par des économies d'échelle moins fortes en Suisse qu'en France, représente un potentiel d'arbitrage suffisant que la recourante aurait pu et dû réduire pour retenir les détaillants dans le canal de distribution suisse, si un approvisionnement depuis la France avait été rendu possible. Le différentiel de prix ayant existé entre les marchés « wholesale » suisse et français durant la période de l'enquête vient ainsi conforter l'hypothèse que les importations parallèles de livres écrits en français, diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles durant cette période.

### **E. 9.7.3**

Reste à déterminer la cause de l'impossibilité, pour les détaillants suisses, de s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée. Il résulte des réponses aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 ainsi que des procès-verbaux d'auditions des responsables des librairies A.\_\_\_\_\_, Payot, B.A.\_\_\_\_\_ et la FNAC que ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité quels qu'ils soient qui auraient entravé les importations parallèles durant la période visée par l'enquête. Dès lors que de telles déclarations ne servent pas les intérêts des détaillants suisses, puisqu'elles sont susceptibles de compromettre leurs partenaires contractuels en amont, il y a lieu de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, le fait que des importations parallèles aient été entreprises via un système de librairies écran à l'identité gardée secrète - partant, à l'insu des entités actives au niveau « wholesale » à l'étranger - ou par l'intermédiaire d'un « faux-nez » laisse fortement à penser que les importations parallèles étaient interdites durant la période de l'enquête. Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations des livres écrits en français diffusés par la recourante en Suisse n'ont pas été possibles et ce, selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante. Ainsi, il n'appert pas que l'autorité inférieure ait constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète sur ce point.

### **E. 9.8**

Comme exposé plus haut, l'engagement pris à l'égard d'OLF par la recourante - en sa qualité de distributeur sur le territoire français des ouvrages d'éditeurs externes au groupe - est présumé avoir été mis en oeuvre par la recourante. Or, dès lors qu'il a été établi que les importations des ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse n'avaient, durant la période visée par l'enquête, pas été possibles en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante, il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices en faveur d'une exclusion des ventes passives pour les ouvrages des éditeurs externes au groupe. En outre, les outils de gestion des retours permettent, dans une certaine mesure, de contrôler les flux des partenaires de distribution actifs à l'étranger. S'ils ne constituent pas - en soi - une mesure susceptible d'entraîner directement une exclusion des ventes passives, ils y contribuent, ce qui parle également en faveur de l'existence d'une interdiction - au moins

indirecte - des ventes passives par les partenaires de distribution externes au groupe. Cette conclusion est encore appuyée par le fait que les diffuseurs-distributeurs suisses ont abordé la problématique des importations parallèles au cours de diverses réunions de l'ASDEL, auxquelles la recourante a pris ou avait la possibilité de prendre part. En définitive, sur la base des pièces versées au dossier et de l'ensemble des indices constatés par le tribunal, il y a lieu de retenir que le système de distribution de la recourante fondé sur un régime d'exclusivité a indéniablement eu pour effet d'exclure les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés - à savoir la recourante et les autres sociétés du groupe Flammarion - sur le territoire suisse des ouvrages des éditeurs externes au groupe. En revanche, s'agissant des ouvrages édités par des sociétés du groupe Flammarion, il y a lieu de reconnaître que ledit système repose tout au plus sur l'engagement pris par dites sociétés de ne pas vendre à des détaillants suisses, ce qui - dès lors que le groupe Flammarion agit comme « producteur » des ouvrages concernés - ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la troisième prémisse à la base de la présomption est ainsi réalisée, si bien qu'il y a lieu de retenir que la recourante a été partie, durant l'ensemble de la période de l'enquête, à des accords verticaux en matière de concurrence interdisant les ventes passives par d'autres diffuseurs et/ou distributeurs des ouvrages des éditeurs externes au groupe Flammarion dont la recourante est chargée notamment de la diffusion en Suisse.

## **E. 10**

Renversement de la présomption

### **E. 10.1**

L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace pour des accords - qualifiés de « durs » - passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui sont, de l'avis du législateur, parmi les plus dommageables pour la concurrence (cf. arrêt B-420/2008 précité Implenia consid. 8 en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart ; Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 254 ss no 110). En l'espèce, dès lors que la recourante a été partie à des accords, s'agissant des ouvrages des éditeurs externes au groupe, tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart durant la période de l'enquête, ceux-ci sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace.

### **E. 10.2**

La présomption contenue à l'art. 5 al. 4 LCart est réfragable. La loi sur les cartels ne précise cependant pas à quelles conditions celle-là peut être renversée. Selon la jurisprudence, le renversement de la présomption exige la preuve qu'une concurrence subsiste sur le marché de référence nonobstant l'accord en matière de concurrence (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 561 ; ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 8.3.2 ; arrêt B-420/2008 précité Implenia consid. 7 et 9 ; Comco, DPC 2009/2 143, Sécateurs et cisailles, ch. 39 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 80 no 31 ; Krauskopf/Schaller, op. cit., art. 5 p. 439 no 574). Dite présomption est réputée levée en tous les cas lorsqu'il est établi qu'une concurrence continue d'exister sur le plan intramarque (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 7.2 et 143 II 297 Gaba consid. 4.2). Le point de savoir si le maintien d'une concurrence sur le plan intermarques peut être aussi pris en compte dans le cadre des accords verticaux, question laissée ouverte dans les deux arrêts mentionnés et controversée en doctrine (cf. notamment Krauskopf/Schaller, op. cit., art. 5 p. 440 ss no 585 ss, en particulier p. 440 s. no 587, qui souligne que « [b]ei Beschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs durch Preisbindungen zweiter Hand und Klauseln mit einem absoluten Gebietsschutz besteht praktisch immer genügend

Interbrand-Wettbewerb. Eine Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs würde die Gesetzesvermutung im Ergebnis zu ‚lettre morte‘ vorkommen lassen » ; Adrien Albern, Droit des accords verticaux : de l'enfance à l'adolescence, SJ 2010 II 123, p. 130 s., qui retient que, si la présence d'une certaine concurrence intramarque exige la preuve de l'existence d'une concurrence intermarques, la présence d'une concurrence intermarques, en cas d'absence de concurrence intramarque, ne devrait pas conduire au renversement de la présomption ; ég. Borer, op. cit., art. 5 p. 78 s. no 30 s. ; Beat Zirlick/Simon Bangerter, in : DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 5 p. 524 ss no 345 ss) peut également être laissé ouvert dans le cadre de la présente procédure (cf. infra consid. 15). En l'absence de concurrence effective, il y a lieu encore de tenir compte de la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange au niveau de la demande (cf. arrêt B-420/2008 précité Implenia consid. 9.2.4 ; Krauskopf/Schaller, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 no 241 et 455 ; Zäch, Kartellrecht, op. cit., p. 211 no 434 in fine).

### **E. 10.3**

L'art. 5 al. 4 LCart règle ainsi le fardeau de la preuve, c'est-à-dire les conséquences de l'absence de preuves : s'il ne peut être prouvé qu'une concurrence subsiste malgré la restriction, la présomption l'emporte ; la suppression de la concurrence efficace est admise sans autre démonstration (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 7.1). En procédure administrative, le recours à la présomption ne signifie toutefois pas que la charge de la preuve appartient aux seules parties à l'accord incriminé. Celles-ci ont certes le plus grand intérêt à ce que la présomption soit renversée ; cependant, pour être convaincante, la démonstration doit parfois s'appuyer sur des données, qui leur échappent, relatives aux conditions objectives du marché. Le cas échéant, les autorités de la concurrence devront, en application de la maxime inquisitoire et en collaboration avec les entreprises concernées (cf. supra consid. 9.3.1), examiner si, malgré l'accord, une concurrence subsiste. Ainsi, les autorités de la concurrence ne doivent pas confirmer la présomption ancrée à l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart ; elles peuvent toutefois la renverser (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 560 ss ch. 231.4 ; arrêt B-420/2008 précité Implenia consid. 7 et 9 ; Andrea Christine Doss, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, p. 46 no 75). Ceci étant, il convient d'examiner, si la présomption légale de suppression de la concurrence efficace, à laquelle sont soumis les accords litigieux, peut en l'espèce être renversée.

### **E. 11**

Délimitation du marché de référence

#### **E. 11.1**

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, art. 4 al. 2 p. 257 s. no 88). A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché de référence requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible et convaincante ; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante

(cf. supra consid. 9.3.1 ; ég. ATF 139 I 72 Publigroupe consid. 9.2.3.4).

### **E. 11.2**

La délimitation du marché de référence - 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 B-8399/2010 précité *Baubeschläge 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 Publigroupe consid. 9.1 ; arrêts 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 (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 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 (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 B-2977/2007 précité Publigroupe consid. 5.3 ; *Stäuble/Schraner*, op. cit., art. 4 al. 2 p. 270 no 115 ; *Zirlick/Bangerter*, op. cit., art. 5 p. 447 no 71 ; Evelyne Clerc/Pranvera Këllezli, in : *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2e éd. 2013, art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 107). De même, la considération de développements subséquents à la période d'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. 11.3**

L'autorité inférieure a délimité le produit au livre écrit, c'est-à-dire rédigé ou traduit, en français (cf. ch. 556 de la décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, le livre numérique du marché de référence, notamment en raison de la faible consommation en Suisse de ce support de lecture et de ses spécificités techniques (cf. ch. 472 ss de la 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 (cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Après avoir examiné les autres marchés liés à la branche du livre, en particulier les marchés de services de diffusion et de services de distribution (cf. ch. 551 ss de la décision attaquée), l'autorité inférieure a toutefois considéré que seul le marché de la vente était affecté par l'accord. 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 » (cf. ch. 491 de la 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 (cf. ch. 556 de la 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

(cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Enfin, elle relève que les détaillants forment l'offre « retail » (cf. ch. 514 ss de la 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 (cf. ch. 511 et 536 de la décision attaquée) - et les consommateurs finals, la demande « retail » (cf. ch. 501 de la décision attaquée). La recourante se plaint de ce que la définition du marché opérée par l'autorité inférieure comporte des incohérences et ne se base pas sur la réalité économique (cf. ch. 214 du mémoire de recours). Elle soutient en particulier que les entreprises actives sur Internet - en particulier Amazon - sont des partenaires potentiels de l'échange substituable à l'offre « wholesale » (cf. ch. 222 de la décision attaquée). A cet effet, elle se fonde sur les réponses aux questionnaires de la librairie D.G. \_\_\_\_\_ (cf. acte 406), de la librairie D.AA. \_\_\_\_\_ (cf. acte 138), de la librairie nautique D.I. \_\_\_\_\_ (cf. acte 234), de la librairie D.AB. \_\_\_\_\_ (cf. acte 220) et de la librairie chrétienne D.AC. \_\_\_\_\_ (cf. acte 396). En raison de l'évolution du marché entre 2008 et 2011, les entreprises actives sur Internet auraient un réel impact sur le marché et devraient faire partie de la définition de l'offre « wholesale » (cf. ch. 220 du mémoire de recours). De même, la recourante considère que les entreprises actives sur Internet font partie de l'offre « retail » et qu'en raison de la concurrence exercée par Internet sur le marché du livre au niveau « retail », dites entreprises devraient faire partie du marché pertinent (cf. ch. 223 ss du mémoire de recours). Enfin, elle estime nécessaire de segmenter le marché du livre en plusieurs sous-marchés, dans la mesure où chaque catégorie répond à un besoin spécifique des consommateurs (cf. ch. 230 ss du mémoire de recours). Au surplus, elle renvoie à l'expertise Gugler (cf. acte 699a, annexe 1), sans toutefois préciser en quoi l'analyse effectuée par l'autorité inférieure de dite expertise serait erronée (cf. ch. 215 du mémoire de recours).

### **E. 11.3.1**

Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que les partenaires potentiels de l'échange 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 (cf. ch. 513 de la décision attaquée). Elle considère en effet que celles-ci ne représentent pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants, lesquels perçoivent ces entreprises comme des concurrents (cf. ch. 537 ss de la décision attaquée). La recourante estime qu'il y a lieu de tenir compte, tant au niveau « wholesale » que « retail » des entreprises présentes sur Internet, les achats en ligne constituant une alternative d'approvisionnement pour les détaillants. 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 (cf. ch. 497 s. de la décision attaquée) ; la recourante ne le conteste pas. 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 (cf. ch. 500 de la 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 et des autres acteurs de la branche du livre situés en amont.

#### **E. 11.3.1.1**

L'évaluation des questionnaires envoyés aux détaillants (cf. acte 88 ss) indique que la plupart d'entre eux ont considéré que les entreprises actives sur Internet étaient des concurrents réels (cf. ch. 520 de la décision attaquée). Un tel constat est confirmé par les déclarations d'OLF dans son questionnaire : « le canal Internet est aujourd'hui destiné au consommateur final » (cf. acte 76 p. 2). De même, Payot a relevé que « [...] Internet ne peut 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 » (cf. 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 » (cf. acte 913 lignes 431-439). Il y a ainsi lieu de relativiser les propos de certaines librairies et en particulier 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 » (cf. 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 » (cf. acte 136 p. 2). 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. La recourante ne saurait dès lors en conclure que les entreprises actives sur Internet constitueraient une alternative d'approvisionnement valable. 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.

#### **E. 11.3.1.2**

Quant aux librairies françaises, il ressort de l'évaluation 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. 9.6.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché « retail », par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant. 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 l'expérience de B.A. \_\_\_\_\_ a nécessité le déploiement d'un important système parallèle secret, ayant notamment impliqué l'acquisition, par le passé, de librairies françaises, les transformant, parallèlement à leur activité de librairies, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse (cf. supra consid. 9.6.3).

#### **E. 11.3.1.3**

Il ressort enfin du dossier que le comportement d'achat des détaillants et des consommateurs ne sont pas non plus comparables. Les détaillants interviennent dans l'échange vis-à-vis des diffuseurs-distributeur dans le but de vendre les livres aux consommateurs finals. Ainsi, ils doivent composer leur offre en tenant notamment compte du comportement d'achat des consommateurs finals. 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-distributeur 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 ledit titre 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-distributeur ou des grossistes. Il y a donc lieu de distinguer les niveaux de marché « wholesale » et « retail » ; la recourante n'a d'ailleurs pas remis en cause sur le fond cette distinction. 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 finals seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse.

#### **E. 11.3.1.4**

S'agissant des autres marchés situés en amont, en particulier les marchés des services de diffusion et des services de distribution, la recourante se contente de renvoyer en substance à l'expertise Gugler (cf. ch. 215 du mémoire de recours). Elle n'expose toutefois pas en quoi l'analyse effectuée par l'autorité inférieure serait incomplète ou erronée. Au contraire, la décision attaquée traite intégralement des arguments de l'expertise Gugler, de sorte qu'il n'y a pas lieu sur ce point de s'éloigner des conclusions de l'autorité inférieure. Il s'ensuit que les autres marchés situés en amont ne font pas partie des partenaires potentiels de l'échange. L'éventuelle pression concurrentielle des marchés situés en amont sur celui de la vente au niveau « wholesale » sera néanmoins examinée plus avant.

#### **E. 11.3.1.5**

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. 11.3.2**

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 tenir compte des produits ou services alternatifs existants (cf. Clerc/Këllezi, 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 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 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 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 B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 272 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 70 no 12 ; Mani Reinert/Benjamin Bloch, Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 p. 207 no 150 ; Stäubli/Schraner, op. cit., art. 4 al. 2 p. 249 no 65 ; Clerc/Këllezi, 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. Clerc/Këllezi, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 67 ; Zäch, Verhaltensweisen, op. cit., p. 163).

#### **E. 11.3.2.1**

La notion de livre écrit en français représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision entreprise. Il s'agit, d'une part, des livres écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français ; la recourante ne le conteste pas. 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'effectuer 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 (cf. acte 698), sur laquelle se fondent certains diffuseurs-distributeurs, n'a pas distingué leurs arguments selon les niveaux « wholesale » et « retail ». L'utilisation du livre numérique nécessite l'utilisation 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 existants 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 ; la recourante ne développe d'ailleurs aucun argument spécifique sur ce point. 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 (cf. ch. 473 de la décision attaquée). Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo, effectuée début 2011, les français estiment à 65 % que le livre imprimé restera toujours le principal support, l'étude précisant que le taux d'intérêt pour les livres numériques n'a pratiquement pas bougé entre 2009 et 2011 (cf. ch. 474 de la 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 (cf. ch. 475 de la 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 pertinent au niveau « retail ».

#### **E. 11.3.2.2**

La recourante affirme 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 des catalogues diffusés par la recourante en Suisse, 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 en les commandant à la demande. 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, ces derniers 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 ; la recourante ne le prétend d'ailleurs pas. 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 la recourante, puisque le livre écrit constitue, en tant que tel, le produit vendu. 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.

#### **E. 11.3.3**

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 l'accord. 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.

#### **E. 11.4**

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 Publigroupe consid. 9.2.1 ; ATAF 2011/32 Swisscom Terminierung consid. 9.6.1 ; arrêts 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/Këllezzi, 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 s.). 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 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. La recourante, quant à elle, ne formule aucun grief sur la délimitation du marché géographique effectuée par l'autorité inférieure. 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. 11.5**

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 compose le marché géographique (cf. arrêt B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 307 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 71 no 16 ; Clerc/Këllezzi, 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 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/Këllezzi, 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 » pendant la période de l'enquête.

#### **E. 11.6**

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, en 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 du marché « wholesale » et « retail ». Pour le surplus, la recourante ne remet pas en question ni la dimension géographique retenue par l'autorité inférieure ni l'absence de pertinence de la dimension temporelle. 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, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français dans la zone supranationale francophone, à l'exclusion du commerce électronique de livres imprimés. Il s'ensuit que les griefs formulés par la recourante sur ce point doivent être rejetés.

## **E. 12**

Concurrence sur le plan intramarque Ceci étant, il convient d'examiner si, nonobstant les accords concernés, il subsiste une concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence.

### **E. 12.1**

L'autorité inférieure a relevé que la forte différenciation des titres édités rendrait non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, respectivement le détaillant ou le grossiste au niveau « wholesale » et le consommateur au niveau « retail », ne choisirait pas un livre en fonction d'une marque correspondant au nom de l'éditeur ou du diffuseur-distributeur ; il acquerrait avant tout un titre déterminé. Que la notion de marque se rapporte à la production éditoriale, au catalogue du diffuseur-distributeur ou au livre lui-même, les conclusions de l'analyse de la concurrence demeureraient identiques. La recourante avance qu'il subsiste une concurrence sur le plan intramarque dans la mesure où les accords conclus avec OLF n'auraient jamais été appliqués par la recourante et OLF. En effet, Flammarion FR n'aurait jamais reçu une demande d'importation parallèle depuis la Suisse avant celle de la FNAC en 2011. A la première requête de cette dernière, Flammarion FR lui aurait autorisé l'ouverture d'un compte. De même, il n'existerait aucune possibilité d'arbitrage par les prix ou à tout le moins pas avant 2011. De même, dans la mesure où les détaillants ont choisi de s'approvisionner en Suisse en raison de la meilleure qualité du service des diffuseurs-distributeurs suisses, il n'existerait aucune possibilité d'arbitrage entre la France et la Suisse.

### **E. 12.2**

Il subsiste une concurrence sur le plan intramarque lorsque les partenaires potentiels de l'échange qui offrent des produits ou des services de la même marque continuent de se faire concurrence malgré l'existence de l'accord (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 ; arrêt 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*, op. cit., art. 5 p. 459 no 114 ; *Krauskopf/Schaller*, 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'accord d'attribution de territoires - si suffisamment d'importations parallèles ont effectivement eu lieu pour discipliner le marché (cf. arrêt 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, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss no 660 ss). Une concurrence sur le plan intramarque peut également subsister indépendamment d'éventuelles importations parallèles, s'il subsiste une concurrence en Suisse (cf. Amstutz/Carron/Reinert, 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 sur le marché détenue par le producteur est particulièrement importante ; plus la position du producteur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque est grave (ch. 153 des 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 (ch. 158 des 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 (ch. 159 des lignes directrices).

### **E. 12.3**

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 (cf. ch. 422 de la 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. Ce dernier est généralement le seul à diffuser et distribuer son catalogue aux détaillants dans le territoire qui lui est attribué (cf. ch. 5 ss, not. 9 de la 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 niveau de l'analyse de la concurrence 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. 12.4**

Au surplus, il a été admis ci-dessus que les librairies Payot et FNAC avaient bénéficié de possibilités d'arbitrage par les prix durant la période visée par l'enquête. Quant aux petits et moyens détaillants, il ne peut être exclu qu'ils ont bénéficié d'un potentiel d'arbitrage par les prix notamment s'ils coordonnaient leurs importations (cf. supra consid. 9.5.4).

### **E. 12.5**

De même, il a également été établi que seules quelques importations depuis la France avaient été opérées entre 2005 et 2011 (cf. supra consid. 9.6.1 ss).

### **E. 12.6**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que seules quelques importations depuis la France ont été opérées entre 2005 et 2011 sur le marché de référence. Elles concernent par ailleurs principalement des ouvrages non-diffusés et non-distribués en Suisse, de sorte qu'il ne s'agit pas - à proprement parler - d'importations parallèles au sens de celles comprises dans l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque, un

approvisionnement direct depuis la France étant le principal - si ce n'est le seul - canal de distribution desdits ouvrages. Les quelques importations proprement dites qui ont été réalisées sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, comme le démontre en particulier le différentiel de prix ayant existé, durant la période d'enquête, entre les marchés « wholesale » suisse et français pour lesdits ouvrages (cf. supra consid. 9.5.2). En outre, OLF étant le distributeur exclusif pour le territoire suisse du catalogue diffusé par la recourante, et par là-même, l'unique acteur sur le marché « wholesale » suisse en relation avec lesdits ouvrages, aucune concurrence sur le plan intramarque n'a existé sur le marché de référence durant la période visée par l'enquête. De même, il ressort que des importations n'étaient pas possibles en raison du système de distribution de la recourante et des autres diffuseurs-distributeurs. Il s'ensuit que les accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart auxquels la recourante a été partie n'ont pas permis qu'il subsiste, sur le marché de référence et pour toute la période de l'enquête, une concurrence sur le plan intramarque.

## **E. 13**

**Concurrence sur le plan intermarques** Il convient encore d'analyser la concurrence sur le plan intermarques. 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, 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 d'autres marques sont suffisantes pour qu'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. A défaut, on examinera la concurrence potentielle (cf. Antipas, op. cit., p. 356).

### **E. 13.1**

L'autorité inférieure a relevé que les livres étaient des produits dont la palette de différenciation était considérable ; aucun titre ne peut être véritablement identique (cf. ch. 592 de la décision attaquée). Si elle ne constitue en l'espèce pas, en tant que tel, un indice de concurrence, la forte différenciation des produits influence cependant directement les choix des consommateurs finals et des détaillants, dès lors que la substituabilité de certains produits est limitée. Les détaillants 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, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs suisses, ce qui réduisait partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence intermarques ab ovo (cf. ch. 602 de la décision attaquée). En clair, même si un diffuseur-distributeur se distingue par d'excellents services par rapport à ses concurrents, un détaillant se doit de travailler avec l'ensemble des acteurs du marché et ne peut se limiter à offrir le catalogue d'un seul diffuseur-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 a créé une concurrence entre les diffuseurs-distributeurs, au niveau des prestations financières, mais aussi des services, pour disposer du plus grand rayonnement de titres de leurs catalogues auprès de chaque détaillant (cf. ch. 601 de la décision attaquée). De l'avis de la recourante, la concurrence entre les offres des différents diffuseurs-distributeurs a été sous-estimée. En effet, la décision attaquée additionnerait les parts de marché des entreprises visées par l'enquête. Ce faisant, elle reprendrait une théorie

d'accord horizontal qui ne devrait pas être appliquée par analogie aux accords verticaux, la recourante estimant qu'on ne saurait lui imputer des accords verticaux auxquels elle n'était pas partie (cf. ch. 274 ss du mémoire de recours).

### **E. 13.2**

Sur le marché du livre, la concurrence sur le plan intermarques se joue avant tout sur l'échelon « retail ». Du point de vue du consommateur final, c'est-à-dire du lecteur, les titres d'un genre déterminé (p. ex. les livres de cuisine ou les livres de voyage) peuvent, jusqu'à un certain point être substituables. Ainsi, on doit admettre, à l'instar de ce que certains diffuseurs-distributeurs ont soutenu, que le lecteur peut, dans une certaine mesure, substituer, par exemple, le « Guide Michelin » par le « Gault et Millau » ou le « Guide du Routard » par le « Lonely Planet ». Toutefois, cette substituabilité ne se transpose pas au niveau « wholesale ». Un détaillant ne peut en effet pas choisir d'offrir à ses clients un seul guide de voyage, à l'exclusion d'un autre par exemple. De même, pour les ouvrages de littérature générale, il ne peut pas non plus faire le choix d'intégrer dans son offre uniquement les titres les plus répandus. Il en va de même des bandes dessinées. Pour pouvoir satisfaire à la demande de leurs clients, les détaillants 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 9 décembre 2008, ce qui suit : « si nous ne pouvons fournir ces livres, 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 » (cf. acte 129). C'est la raison pour laquelle, sur le marché « wholesale », les détaillants ne commandent pas des titres individuels, mais un assortiment de titres (p. 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 - si ce n'est de l'ensemble - des diffuseurs-distributeurs 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 détaillants sur l'échelon « wholesale ». Un détaillant ne peut en effet pas menacer un diffuseur-distributeur d'aller acheter les livres de son catalogue auprès d'un autre diffuseur-distributeur suisse si, par exemple, celui-là ne lui fait pas un meilleur prix. 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-distributeurs 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. [...] 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 » (cf. acte 129). Cela étant, il n'est pas contesté que les détaillants doivent faire face à une contrainte spatiale, en ce sens qu'ils ne peuvent pas exposer dans leurs librairies tous les livres de tous les diffuseurs-distributeurs auprès

desquels ils disposent d'un compte (cf. ch. 601 de la décision attaquée). Ils doivent donc faire un choix parmi les titres des catalogues de ceux-ci, 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. Il s'ensuit néanmoins que la forte différenciation des produits plaide en défaveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. Partant, il y a lieu de déterminer s'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques non seulement sur les prix, mais aussi au niveau du rayonnement. 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. 13.3**

L'analyse de la concurrence 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). En principe, les accords verticaux (de prix minimum ou de protection territoriale) ne produiraient d'effets anticoncurrentiels qu'en présence d'un pouvoir de marché des entreprises participantes supérieur à 30 % (ch. 153 et 154 des lignes directrices ; cf. Amstutz/Carron/ Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 584 no 670). 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. Comco, DPC 2010/1 65, Gaba, ch. 282 ; Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 584 s. no 673). De même, la différenciation des produits constitue aussi un indice qu'une concurrence subsiste (cf. Comco, DPC 2010/1 65, Gaba, ch. 284 ss ; Zirlick/Bangerter, op. cit., art. 5 p. 460 s. no 120). A 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 et DPC 2012/3 540, BMW, ch. 269 ss ; Amstutz/Carron/Reinert, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508 ; Zirlick/Bangerter, op. cit., art. 5 p. 460 s. 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, 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 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, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 509). En droit européen, un accord de distribution peut affaiblir la concurrence intermarques, lorsque la plupart ou la totalité des producteurs pratiquent la distribution exclusive (ch. 151 des 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 (ch. 154 des lignes directrices). Les risques éventuels que fait peser la distribution exclusive multiple sur la concurrence sur le plan intermarques sont plus importants 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 » (ch. 160 des lignes directrices).

### **E. 13.3.1**

La recourante a relevé que, faute d'entraîner une addition de marchés horizontale, les accords verticaux avaient un potentiel de nuisance inférieur aux accords horizontaux. Sa part de marché devant être limitée à [...] %, l'exclusivité dont elle bénéficie ne serait pas apte à supprimer la concurrence sur le marché. Dite observation ne lui est toutefois d'aucune aide en l'espèce. L'enquête portant sur les systèmes de distribution de l'ensemble de la branche et non sur un seul diffuseur-distributeur comme cela avait pu être le cas dans de précédentes affaires (cf. Comco, DPC 2010/1 65, Gaba et DPC 2012/3 540, BMW), une addition des parts de marché est avérée et pertinente, en tant que l'autorité inférieure a établi que l'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs conduisait au cloisonnement du marché (cf. ch. 605 de la décision attaquée). Cette façon de faire est conforme, de surcroît, au droit européen, lequel tient compte dans l'appréciation de la concurrence intermarques des parts de marché des différents concurrents, en particulier lorsque leur nombre est faible, que leur part de marché est plus ou moins identique et qu'ils exploitent des systèmes de distribution similaires (ch. 154 des lignes directrices).

### **E. 13.3.2**

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, [...] % en 2010 et [...] % 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-distributeurs suisses. Au surplus, l'autorité inférieure a produit, dans la décision attaquée, un tableau des chiffres d'affaires des différents diffuseurs-distributeurs. Il ressort de ce tableau que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs sanctionnés ont couvert plus de 95 % du marché pendant la période visée par l'enquête (cf. ch. 606 de la décision attaquée). En plus du catalogue diffusé par la recourante en Suisse, OLF est le distributeur exclusif des catalogues d'Interforum ([...]-[...] % de part de marchés entre 2009 et 2011), des Editions des 5 Frontières ([...]-[...] %), de Glénat ([...]-[...] %), et de celui qu'il diffuse lui-même ([...] %). Il ressort ainsi que plus de [...] % des fonds diffusés en Suisse par les diffuseurs-distributeurs sanctionnés ont été distribués de manière exclusive par OLF. Au surplus, les autres diffuseurs-distributeurs sanctionnés 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 (plus de 95 %) du marché au niveau « wholesale » a été, en Suisse, soumis à des systèmes de distribution exclusive multiples similaires (cf. ch. 606 de la décision attaquée), 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. 13.3.3**

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 tablette pour chaque titre. Chaque détaillant négocie avec chaque diffuseur-distributeur le niveau de la remise (cf. ch. 611 de la décision attaquée). Il a toutefois été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse au questionnaire du 12 juillet 2007, bénéficiant de remises de base chez Diffulivre, Servidis, Interforum, OLF, Dargaud et les Editions des 5 Frontières oscillant entre [...]-% et [...] % chez la recourante (cf. acte 21). Ces taux ont été relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête (ch. 614 de la 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-distributeur dans leurs librairies ou pour mettre en évidence ceux-ci au niveau du rayonnage. Au contraire, Payot a fait savoir, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, que ses conditions pour un éditeur étaient en général les mêmes, quels que soient le type de livres et la quantité achetée pour un même titre (cf. acte 129). De même, les tablettes 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 avec 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 : « 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 tablettes 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 tablettes répondrait à nos préoccupations les plus urgentes » (cf. acte 693c, annexe 56). 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 ne subsiste aucune concurrence sur le prix au niveau intermarques sur le marché de référence durant l'entier de la période de l'enquête.

### **E. 13.3.4**

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 elle choisissait les livres qu'elle proposait à sa clientèle, 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 librairies, 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. » (cf. acte 129). La FNAC a, dans ce même questionnaire, encore ajouté faire ses choix en fonction de la concurrence immédiate (cf. acte 254). La FNAC 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 détaillant 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 (cf. actes 129 et 254). 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, l'offre était le principal critère de qualité d'une librairie (cf. acte 129). Selon la FNAC, ce critère est capital en tant qu'il détermine la réputation d'une librairie (cf. acte 254). 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 à environ 50 %. Ne pas disposer d'une référence en rayons peut ainsi représenter une perte financière importante pour un détaillant. La FNAC a encore relevé que les diffuseurs-distributeurs proposaient très régulièrement des opérations commerciales, c'est-à-dire remettre en avant des titres de leurs catalogues en fonction de l'actualité, de la saisonnalité ou de la parution d'une nouveauté importante, entraînant alors la remise en avant du fonds de l'auteur concerné (cf. acte 254). La FNAC 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 aux 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 (cf. acte 129). 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 leurs librairies, selon leurs propres critères. Ils ne font à cet égard pas jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs pour déterminer leur offres. Au même titre qu'il doit avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs, 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. 13.3.5**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il ressort 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 distributeurs-diffuseurs, la concurrence actuelle sur le plan intermarques entre ces derniers a été très largement insuffisante pour qu'il subsiste une concurrence sur le marché de référence.

#### **E. 13.4**

Il convient dès lors d'examiner si, durant la période concernée, il subsistait une concurrence potentielle au niveau intermarques sur le marché de référence. Tel est le cas lorsque le producteur et ses concurrents craignent de nouvelles entrées sur le marché. Ainsi, les conditions d'accès et de sortie du marché sont un critère central dans l'appréciation de la concurrence intermarques potentielle (message LCart 1995, FF 1995 I 472, 515). L'existence 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, 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, elle ne serait réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché (cf. ch. 624 ss de la décision attaquée). Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont fait valoir que de nouveaux acteurs pourraient arriver sur le marché et qu'en particulier, des grossistes étrangers pourraient faire leur entrée sur celui-ci. Dès lors qu'un nouvel acteur conclut un contrat avec un ou plusieurs éditeurs, il pourrait entrer dans le marché sans problème et conclure un contrat - par exemple avec OLF - pour la distribution de son catalogue. En l'espèce, 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 prix pour les diffuseurs-distributeurs en Suisse. Quant au rayonnement, s'il existe certes une concurrence au niveau des éditeurs qui doivent déterminer par quel diffuseur-distributeur ils passent, dite concurrence ne se reflète pas au niveau des détaillants qui doivent à tout le moins être en mesure de commander n'importe quel ouvrage. Il s'ensuit que la probabilité que de nouvelles entreprises entrent sur le marché du côté de l'offre et génèrent une pression disciplinante suffisante a été faible, voire nulle, durant la période visée par l'enquête.

#### **E. 13.5**

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 de l'ensemble 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. 14**

Pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, il ne subsisterait pas de 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 disciplinaire sur les parties à l'accord (cf. arrêt B-420/2008 précité Implenia consid. 9.2.4 ; Krauskopf/Schaller, 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 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 des détaillants puis des consommateurs.

#### **E. 14.1**

Du côté des éditeurs, certains diffuseurs-distributeurs ont prétendu que ceux-là exerçaient sur eux une pression disciplinante suffisante, dans la mesure où certains éditeurs changeaient parfois de diffuseurs-distributeurs pour la Suisse, de sorte qu'il y aurait une concurrence entre ceux-ci pour obtenir les mandats de diffuser-distribuer les ouvrages (cf. ch. 635 de la décision attaquée). 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. Au surplus, il y a lieu de relever qu'aucun diffuseur-distributeur n'a fourni d'indication propre à définir dans quelle mesure cette concurrence dans l'obtention des contrats de diffusion-distribution au niveau suisse aurait pu se répercuter sur la concurrence entre diffuseurs-distributeurs sur le marché « wholesale » de la vente des livres. On peine à saisir en quoi cela pourrait d'ailleurs être le cas. Aussi, l'appréciation de l'autorité inférieure, selon laquelle 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, doit être confirmée.

#### **E. 14.2**

Du côté des détaillants, 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-distributeurs suisses avec d'autres fournisseurs, en raison du cloisonnement du territoire. Elle rappelle en outre les discussions intervenues entre les diffuseurs-distributeurs lors de l'assemblée de mai 2005 au sein de l'ASDEL ; celles-ci auraient permis à chaque diffuseur-distributeur de connaître la stratégie de ses concurrents, ce qui aurait réduit les possibilités de négociation des détaillants. Par ailleurs, elle retient que les temps de réaction distincts des diffuseurs-distributeurs 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-distributeurs disposent de la possibilité d'imposer leurs conditions. En l'occurrence, Interforum - qui représentait à elle seule [...] à [...] % de l'offre « wholesale » entre 2009 et 2011 (cf. ch. 606 de la décision attaquée) - a ainsi déclaré en 2007, s'agissant de la FNAC, laquelle couvrait [...] % de la demande « wholesale » (cf. acte 906 lignes 15-22), en réponse au questionnaire envoyé en 2007 : « 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 ? » (cf. acte 27). Payot - qui représentait [...] % de la demande « wholesale » - s'est également déclarée surprise de ce que les diffuseurs-distributeurs avaient parlé entre eux de sa demande de s'approvisionner directement en France, le fait que ce genre d'information ait circulé ayant réduit d'autant ses possibilités de négociation (cf. acte 913 ligne 153). Diffulivre - qui représentait [...] à [...] % de l'offre « wholesale » entre 2009 et 2011 - (cf. ch. 606 de la 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 eux deux [...] à [...] % de l'offre « wholesale » - ont indiqué avoir fixé leurs prix au-dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finals (cf. acte 672, p. 46). Sur le vu de ce qui précède, il appert que, nonobstant les parts de marché importantes de certains détaillants, ni la FNAC, ni Payot n'ont réussi à exercer une pression disciplinante suffisante sur les diffuseurs-distributeurs durant la période sous enquête. En effet, les détaillants, même de grande taille, n'ont pas pu menacer le système de distribution

des diffuseurs-distributeurs. 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 (cf. acte 344). Partant, il appert que, bien que temporellement aussi liée 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-distributeurs constatée en 2011. Quant à Servidis et Transat, elles admettent fixer leurs prix en dessous d'Amazon. Or, il sied de relever que, alors que celle-ci s'adresse principalement aux consommateurs, lesquels commandent directement auprès d'elle les ouvrages, celles-là 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-distributeurs dès 2011 n'ont pas pour autant supprimé la nécessité pour les détaillants d'avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs-distributeurs 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-distributeurs suisses. Il ne peut pas menacer ceux-là d'aller s'approvisionner ailleurs s'ils ne lui font pas une plus grosse remise, ne baissent pas leurs tabelles 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 la recourante durant la période concernée.

### **E. 14.3**

Il s'agit encore d'examiner si, durant la période d'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. 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 (tabelles, 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-distributeurs 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 finals le niveau des prix jugé optimal par les diffuseurs-distributeurs. Il ressort du dossier que chaque diffuseur-distributeur suisse dispose, sur tous les titres importés de France, de ses propres tabelles 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-distributeur. Si le détaillant

bénéficie d'une forte part de marché, il disposera envers le diffuseur-distributeur 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-distributeur. C'est en cela que la concurrence sur le marché « retail » peut se répercuter sur les prix « wholesale » pratiqués par les diffuseurs-distributeurs suisses. En revanche, un détaillant, quel que soit son poids sur le marché « retail », n'est pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Il ne peut en effet pas menacer un diffuseur-distributeur d'aller s'approvisionner chez un autre fournisseur s'il ne lui fait pas une plus grosse remise ou ne baisse pas ses tables ou encore ne lui offre pas de meilleures prestations de services dès lors que, comme déjà dit, en raison de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les détaillants doivent travailler avec les principaux diffuseurs-distributeurs 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. 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. 14.4**

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 toutefois pas des partenaires potentiels de l'échange - aurait, par effet réflexe, eu un effet disciplinant sur le comportement de la recourante. Selon l'autorité inférieure, le recours au commerce électronique représentait vers la fin de la période d'enquête environ 10 % de la vente de livres aux clients suisses. Il n'est pas non plus contesté que, sur le marché « retail », les détaillants suisses ont, durant la période visée, subi la concurrence des entreprises actives sur Internet et 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 (cf. 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 de leurs ouvrages. Toutefois, 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-distributeurs une remise supérieure ou une baisse des tables 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 : « 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 risque de mettre notre entreprise en péril économique » (cf. acte 21). La pression concurrentielle émanant du marché « retail » ne se répercute dès lors pas, par effet réflexe, sur le marché « wholesale », les détaillants étant tenus d'être en relation avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs sur le marché (cf. supra consid. 14.2). Comme l'a déclaré Payot dans son questionnaire du 9 décembre 2008, 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 détaillants 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 » (cf. acte 129). Il s'ensuit que la pression concurrentielle des consommateurs n'a pas suffi à discipliner le marché « wholesale ».

#### **E. 14.5**

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. 15**

Pas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède (cf. supra consid. 10 à 14), 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, de sorte que la question de la prise en compte de la concurrence au niveau intermarques, en l'absence de concurrence sur le plan intramarque, peut demeurer ouverte. Quant à la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange, elle est pratiquement 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 les accords passés entre la recourante et OLF, prévoyant pour cette dernière l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse des ouvrages des éditeurs externes au groupe Flammarion et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart. Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

#### **E. 16**

Illicéité de l'accord (art. 5 al. 1 LCart)

##### **E. 16.1**

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA). Les parties devant motiver leur recours et collaborer à l'établissement des faits, il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non-invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a ; arrêt du TAF B-1845/2015 du 7 mars 2016 consid. 2). Le Tribunal administratif fédéral n'est pas non plus lié par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. Pierre Moor/Etienne Poltier, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 300 s. no 2.2.6.5). Il peut admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été allégués, ou confirmer la décision attaquée quant à son résultat avec une autre motivation que celle adoptée par l'instance inférieure (substitution de motifs ; cf. ATAF 2007/41 consid. 2). Toutefois, si le tribunal fonde sa décision sur des dispositions avec l'application desquelles les parties n'avaient pas à compter, il doit leur donner l'occasion de s'exprimer au préalable à ce sujet (cf. ATAF 2007/41 consid. 2). Dans sa décision, l'autorité inférieure a fondé son raisonnement sur la prémisse que les accords conclus entre la recourante et OLF portant sur l'exclusivité de la distribution de l'ensemble des ouvrages diffusés par la recourante sur le territoire suisse interdisaient les ventes passives. Ce raisonnement ne peut être entièrement repris puisque, comme on l'a vu, il faut

distinguer selon que les ouvrages diffusés en Suisse sont également édités par le groupe Flammarion ou qu'ils sont édités par des tiers ; l'exclusivité octroyée par la recourante et l'engagement pris par cette dernière de ne pas ouvrir de comptes pour les détaillants suisses ne tombent sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart que s'agissant des ouvrages édités par des tiers (cf. supra consid. 9.8). Il convient toutefois d'examiner si la position de l'autorité inférieure peut être confirmée par substitution de motifs et de déterminer, ainsi, si les accords passés entre la recourante et OLF portant sur l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse des ouvrages édités par la recourante et le groupe Flammarion sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

### **E. 16.2**

Il y a lieu de préciser, à titre liminaire, que de déterminer si l'accord est illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart et s'il entraîne notamment la suppression de la concurrence efficace, sans toutefois tomber sous le coup d'un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart, est une question de droit fédéral que le Tribunal administratif fédéral vérifie d'office. Il ne s'agit pas en outre d'un aspect dont les parties ne pouvaient envisager la pertinence en l'espèce, puisque la décision entreprise en traite sous l'angle du renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart et que la recourante a formulé certains griefs sur ce point.

### **E. 16.3**

Ainsi, le fait qu'un accord ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart n'enlève en effet rien au fait qu'il peut se révéler illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 8 et 143 II 297 Gaba consid. 5.2.4 s.). Sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, d'une part les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, et, d'autre part, les accords qui conduisent à la suppression de la concurrence efficace (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 4.1). Dans le cas de ces derniers, une justification par des motifs d'efficacité économique n'est pas possible (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 552 ; Zäch, Kartellrecht, op. cit., p. 212 no 439 ; Weber/Volz, op. cit., p. 95 no 2.176). Si l'accord ne conduit pas à une suppression de la concurrence efficace, il faut alors examiner s'il affecte la concurrence de manière notable sur le marché de certains biens ou services (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 5 ; Weber/Volz, op. cit., p. 128 s. no 2.308 et 2.313). Dans l'affirmative, il faut ensuite examiner si l'accord est justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). Il s'ensuit que, en dehors des états de fait prévus par le législateur à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, lesquels ne créent qu'une présomption de suppression de la concurrence efficace, dite suppression peut être directement prouvée (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 4.1 ; Zirlick/Bangerter, op. cit., art. 5 p. 451 no 88).

### **E. 16.4**

Ceci étant, il a été constaté ci-dessus qu'il n'existait, sur le marché de référence, aucune concurrence tant sur le plan intramarque (cf. supra consid. 12.6) qu'intermarques (cf. supra consid. 13.5), et ce s'agissant de l'ensemble des ouvrages diffusés par la recourante en Suisse. De même, la pression exercée par les partenaires potentiels de l'échange n'a pas permis de discipliner le comportement de la recourante sur le marché « wholesale » (cf. supra consid. 14.5).

### **E. 16.5**

Il s'ensuit que, dans de telles circonstances, les accords passés entre la recourante et OLF octroyant à celle-ci l'exclusivité de la distribution en Suisse des ouvrages édités par le groupe Flammarion et prévoyant l'engagement pour la recourante et les autres sociétés du groupe de ne pas ouvrir de compte à Paris pour des détaillants suisses ont eu pour effet de supprimer la concurrence efficace sur le marché pertinent durant la période de l'enquête et sont partant illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

## **E. 17**

Affectation notable de la concurrence (art. 5 al. 1 LCart) Subsidiairement, même à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée et qu'il subsiste - par conséquent - une concurrence sur le plan intramarque, les accords portant sur les ouvrages des éditeurs externes au groupe seraient saisis par l'art. 5 al. 1 LCart. Lorsque l'accord ne conduit pas à une suppression de la concurrence efficace, il faut en effet examiner s'il l'affecte de manière notable sur le marché de référence et s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique.

### **E. 17.1**

Il est reconnu que le seuil de notabilité peut être atteint avec des critères quantitatifs et qualitatifs (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 5.2.1). Il n'en résulte pas qu'une importance quantitative et une importance qualitative soient l'une et l'autre nécessaires. Au contraire, dans son arrêt Gaba, 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 notabilité est une clause bagatelle. Une atteinte de faible intensité est déjà suffisante pour être qualifiée de notable (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 5.1.6) ; il 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. ATF 143 II 297 Gaba consid. 5.1.2). Or, l'utilisation d'une méthode quantitative, déduite des modèles économiques, pour déterminer les parts de marché ou le chiffre d'affaires est moins appropriée pour élucider rapidement si le seuil de notabilité est atteint, si bien qu'il est préférable, lorsque cela est possible, de se fonder sur des critères qualitatifs, découlant du texte de la loi (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 5.2.1 ; é.g. ATF 144 II 246 Altimum consid. 10.1). Les termes « affectent de manière notable la concurrence » ne distinguent pas entre deux sortes d'importance ; l'art. 5 al. 1 LCart n'en requiert qu'une seule (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 5.2.2). Elle peut être constatée tant quantitativement que qualitativement (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 10.1). A cet égard, les débats parlementaires des années 2002 et 2003 sur la révision de la loi sur les cartels 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 (cf. Fässler BO 2002 N 1440 ; Meier-Schatz BO 2002 N 1295 ; Schiesser BO 2003 E 329 ; Büttiker BO 2003 E 330). En 1995 déjà, le Conseil fédéral avait 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. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 561 ch. 231.4). De même, il ressort 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 de la concurrence sur le marché de référence malgré l'accord. Aussi, les accords particulièrement dommageables énumérés aux art. 5 al. 3 et 4 LCart sont

nécessairement ceux pouvant mener à une restriction notable à la concurrence (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1 ; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.5), de sorte qu'il n'est pas nécessaire pour ceux-ci de déterminer où se trouve exactement le seuil de notabilité. 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, dans ce cas, 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 du droit (ch. 12 par. 1 let. a *CommVert* ; cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.1 et 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.2).

### **E. 17.2**

Partant, il y a lieu de retenir que, même en supposant que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée s'agissant des accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, ceux-ci affectent notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

### **E. 18**

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. 18.1**

Selon l'art. 5 al. 2 LCart, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de fabrication, 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 les ressources (let. a), et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (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 du 6 février 2007 *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 s.). 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). Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés 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 s.). Fondé sur dite disposition, le ch. 16 par. 3 CommVert indique que les accords qui affectent la concurrence de manière notable, sauf situations non réalisées en l'espèce, doivent être soumis à un examen au cas par cas. 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, la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels, 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 et le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (parasitisme) (ch. 16 par. 4 let. a-d CommVert). 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, op. cit., art. 6 p. 616 no 122). Enfin, il ne revient pas au tribunal ou aux autorités de la concurrence de prouver l'inexistence de motifs justificatifs. Si ceux-ci n'ont pas pu être établis par les autorités ou les parties, une restriction à la concurrence demeure illicite (cf. arrêt 2A.430/2006 précité Sammelrevers consid. 10.3).

### **E. 18.2**

Ceci étant, il convient d'examiner si les accords passés entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont sont justifiés par un motif d'efficacité économique. La recourante fait valoir que son système de distribution serait justifié par des motifs d'efficacité économique, dans la mesure où il est nécessaire pour assurer le droit de retour. L'autorité inférieure conteste que le système de distribution de la recourante ait eu des effets pro-concurrentiels. Si elle ne nie ni l'importance du droit de retour, ni l'aptitude du régime d'exclusivité à contrôler les flux allers et retours des ouvrages, elle considère que celui-ci n'est pas nécessaire pour garantir le droit de retour. Elle relève que plusieurs diffuseurs-distributeurs ont exposé d'autres modalités permettant un contrôle du flux retour afin d'éviter des renvois croisés, notamment une solution basée sur le taux de retour ou le marquage des livres. En outre, elle fait valoir qu'un régime d'exclusivité ne profite pas économiquement à tous dès lors que les détaillants, privés de concurrence dans leur approvisionnement, reportent sur les consommateurs finals leur prix d'achat, le cloisonnement du marché suisse étant à l'origine du niveau de prix élevé sur le territoire suisse.

### **E. 18.3**

En l'espèce, l'exclusivité octroyée par la recourante à OLF a pour effet de cloisonner le territoire suisse, la concurrence intramarque et intermarques étant pratiquement inexistante sur le marché pertinent. Il s'ensuit que les accords sur lesquels dite exclusivité repose sont particulièrement néfastes pour la concurrence. Aussi et en application du principe de la proportionnalité, la mise en place d'une telle protection territoriale doit répondre à un besoin

particulier. Dans ce contexte, le fonctionnement du droit de retour ne justifie nullement une telle restriction à la concurrence. En effet, il existe d'autres mécanismes - basés par exemple sur le taux de retour ou sur un système de marquage - permettant d'assurer ce fonctionnement. Ainsi, une exclusivité ayant pour effet de cloisonner le territoire suisse n'apparaît ni être nécessaire ni avoir un effet pro-concurrentiel.

#### **E. 18.4**

Dans ses écritures, la recourante a sollicité qu'une instruction complète soit menée sur la question de la justification économique si le tribunal devait retenir qu'elle fût partie à un accord affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart ; elle a, en particulier, requis qu'un délai lui soit imparti pour faire valoir, le cas échéant, des moyens de preuve supplémentaires.

##### **E. 18.4.1**

Il y a lieu de rappeler que, selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en droit public (cf. supra consid. 9.3.1), l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés ; elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. Elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits ; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître. En l'absence de collaboration de la partie concernée, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi ne tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 13.4.2 et 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du TF 1C\_1/2015 du 10 août 2015 consid. 2.1). Conformément aux principes précités, les autorités doivent, sur la base des faits établis, examiner l'existence d'éléments propres à justifier la restriction à la concurrence constatée. Elles ne sont pas pour autant tenues de prouver l'inexistence de tels motifs (cf. arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau consid. 10.3.5.3). En effet, dès lors qu'une restriction à la concurrence n'est justifiée qu'en présence de motifs d'efficacité économique réels, le simple fait de ne pas pouvoir exclure leur existence ou leur éventualité ne suffit pas à admettre la licéité d'un accord au sens de l'art. 5 LCart. La recourante subi, dans ces circonstances, les conséquences de l'absence de preuve et supporte objectivement le fardeau de celle-ci (cf. arrêt 2A.430/2006 précité Sammelrevers consid. 10.3).

##### **E. 18.4.2**

En l'espèce, la question de la justification de l'accord a fait l'objet d'une instruction complète sur la base des éléments au dossier. Il revenait à la recourante, dès lors qu'elle contestait dans sa réplique l'analyse de l'autorité inférieure sur ce point de produire, à l'appui de son argumentaire, les moyens de preuve qu'elle jugeait utiles. Par ailleurs, le tribunal a procédé à plusieurs échanges d'écriture ultérieurs et à une audience d'instruction ; la recourante, assistée d'un mandataire professionnel, a ainsi bénéficié, lors de l'instruction de la cause, de tout le temps nécessaire pour étayer son propos. Le tribunal est ainsi en droit de clore l'instruction sans inviter la recourante à compléter son argumentaire juridique et ses moyens de preuve dès lors que le dossier de la cause lui permet de se forger l'opinion que les présents accords ne sont nullement justifiés par des motifs d'efficacité économique. Il n'y a ainsi pas lieu de donner suite à la requête de la recourante.

## **E. 18.5**

Il s'ensuit qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, le système de distribution mis en place par la recourante, ayant impliqué l'interdiction des ventes passives des ouvrages des éditeurs externes au groupe, ne serait pas justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Mal fondés, les griefs doivent être rejetés.

## **E. 19**

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

### **E. 19.1**

Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. En application de dite disposition, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

#### **E. 19.1.1**

Les sanctions directes prévues par l'art. 49a al. 1 LCart revêtant un caractère quasi-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. Le Tribunal fédéral a 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 (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9). 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 », il y avait lieu d'entendre les accords énumérés dans les deux alinéas. L'art. 49a al. 1 LCart se réfère ainsi 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. Le Tribunal fédéral a relevé qu'une sanction directe ne peut toutefois être prononcée que si ceux-ci sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, c'est-à-dire s'ils suppriment la concurrence ou s'ils l'affectent de manière notable sans motif justificatif. En d'autres termes, l'art. 49a al. 1 LCart renvoie à l'ensemble des accords horizontaux qui fixent directement ou indirectement des prix, qui restreignent les quantités à produire, à acheter ou à fournir, qui opèrent une répartition géographique des marchés ou des partenaires commerciaux ainsi qu'aux accords verticaux qui imposent un prix de vente minimum ou fixe et qui attribuent des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9). A l'inverse, les accords qui suppriment la concurrence efficace - ou qui l'affectent notablement sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique - sans toutefois être visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 3 ou 4 sont exclus du champ d'application de l'art. 49a al. 1 LCart.

#### **E. 19.1.2**

En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les accords passés entre la recourante et OLF prévoyant pour cette dernière l'exclusivité des ouvrages édités par des éditeurs externes au groupe et diffusés par la recourante en Suisse ainsi que l'engagement pris par la recourante de ne pas avoir de comptes ouverts à Paris pour des détaillants suisses ont impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés actifs hors du territoire réservé à OLF, étant rappelé que la recourante et les autres sociétés du groupe Flammarion ont agi en tant que « fournisseur agréé » desdits ouvrages, entre autres, sur le territoire français. Par conséquent, ils sont visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart et peuvent être sanctionnés, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence serait renversée (cf. supra consid. 17). En revanche, les accords passés entre la recourante et OLF prévoyant pour cette dernière l'exclusivité des ouvrages édités par le groupe Flammarion n'ont pas impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, dès lors que la recourante et les autres sociétés du groupe Flammarion ont agi en tant que « producteur » desdits ouvrages, quand bien même ils ont conduit à la suppression de la concurrence efficace. Par conséquent, ils ne peuvent être sanctionnés.

## **E. 19.2**

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 selon 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. Ainsi, les éléments objectifs de l'infraction sont réalisés. Il reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.1 ; arrêt 2C\_484/2010 précité Publigroupe consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

### **E. 19.2.1**

La recourante conteste qu'une infraction à la loi sur les cartels puisse lui être imputée. Elle soutient que la décision attaquée lui attribue les comportements prétendument illicites d'autres diffuseurs-distributeurs, sans distinction entre eux, dans la mesure où elle retient que « tous les systèmes de distribution [...] ont expressément contenu des clauses contractuelles établissant un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives », ce qui ne serait pas propre à prouver que les diffuseurs-distributeurs impliqués avaient conscience de l'illicéité de leurs pratiques. Elle reproche encore à l'autorité inférieure de n'avoir démontré par aucun élément probant que la recourante aurait consciemment mis en oeuvre un système de distribution interdisant les ventes passives. La recourante avance encore qu'une éventuelle restriction des importations parallèles ne serait pas de son fait, dès lors qu'elle n'aurait jamais refusé un approvisionnement direct depuis la France. Enfin, elle n'aurait eu aucune raison de penser que son comportement pouvait être contraire à l'art. 5 al. 4 LCart avant l'extension de l'enquête de la Comco à des comportements relevant de cette disposition.

### **E. 19.2.2**

Il y a donc lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante. L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt 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. Elles 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 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 revidiertem 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 Comco (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2). En outre, la jurisprudence et la doctrine sont d'avis qu'un transfert de responsabilité est admissible entre une filiale et une société mère, d'autant plus lorsque 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 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 : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, rem. art. 49a-53 p. 1496 s. no 34 ss).

### **E. 19.2.3**

La révision de l'art. 5 LCart et l'introduction de l'art. 49a LCart sont entrées 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 la recourante a été partie à des accords prévoyant notamment l'exclusivité de la distribution des ouvrages d'éditeurs externes au groupe Flammarion et diffusés par la recourante sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. A cet effet, la recourante devait être consciente de ce que son comportement était problématique ; elle ne peut pas raisonnablement soutenir qu'elle n'avait aucun motif de penser que son comportement pouvait être contraire à l'art. 5 al. 4 LCart avant l'extension de l'enquête de la Comco à des comportements relevant de cette disposition. De même, lesdits contrats 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. 9.6.1 ss). La recourante ne peut dès lors prétendre qu'il n'existe aucun élément probant à même de démontrer que la sanction lui était imputable. Enfin, dès lors que la violation par négligence d'un devoir de diligence suffit, l'argumentaire de la recourante selon lequel elle n'avait pas conscience de l'illicéité de son comportement ne saurait prospérer. 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. 19.2.4**

Il s'ensuit que, contrairement à ce que prétend la recourante, celle-ci devait savoir que les accords auxquels elle a été partie durant la période de l'enquête visaient et entraînaient une exclusion des ventes 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, la recourante ne peut valablement soutenir avoir agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est dès lors imputable.

#### **E. 19.2.5**

A noter que, dès lors que la recourante et le groupe Flammarion formaient, avec le groupe Madrigall, deux entreprises indépendantes au sens de l'art. 2 al. 1 LCart durant l'entier de la période de l'enquête, l'éventuel prononcé d'une sanction à l'égard de l'une des sociétés du groupe Madrigall ne ferait pas obstacle au prononcé d'une sanction à l'encontre de la recourante ; cette dernière ne le prétend d'ailleurs pas.

#### **E. 19.3**

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

##### **E. 19.3.1**

Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir mal apprécié la gravité des infractions reprochées, la décision attaquée ne tenant aucun compte des particularités de chaque diffuseur-distributeur. Elle soutient que les accords incriminés n'ont pas été en mesure d'entraver la concurrence durant toute la période de l'enquête, mais uniquement lorsque des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé. Dès lors que les détaillants principaux ont affirmé qu'ils n'avaient pas d'intérêt à s'approvisionner à l'étranger avant que le franc suisse n'entame son mouvement de hausse, soit environ en 2011, aucun des comportements incriminés ne serait passible de sanction avant l'année 2011. Elle affirme également qu'il n'a pas été tenu compte du fait qu'elle n'avait jamais refusé de demande d'importation parallèle et qu'elle est le seul diffuseur-distributeur à les avoir accepté volontairement en 2012. Enfin, elle souligne qu'il a été tenu compte de la capacité contributive de l'entier du groupe Flammarion et non de sa seule capacité contributive.

##### **E. 19.3.2**

L'autorité inférieure précise avoir retenu un pourcentage conforme à l'art. 49a LCart et à l'art. 3 OS LCart pour ce type de violation et que des possibilités d'arbitrage ont existé durant l'entier de la période retenue. L'autorité inférieure rappelle qu'une réduction ne peut être accordée que si l'imposition d'une sanction mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise et qu'il y a lieu, à ce titre, de tenir compte de la capacité des actionnaires à la recapitaliser. Ainsi, au-delà d'une éventuelle faillite de l'entreprise, il y aurait lieu de tenir compte d'un éventuel sauvetage de ses actifs. Eu égard à la situation financière du groupe Flammarion - racheté en 2012 par le groupe Madrigall -, il n'y aurait pas lieu de réduire la sanction.

##### **E. 19.3.3**

Le montant d'une sanction est fixé conformément à l'art. 49a LCart et à l'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5), arrêtée par le Conseil fédéral en application de l'art. 60 LCart. 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 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 : les notes explicatives OS LCart], disponibles en ligne [cf. < <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html>, consulté le 30 octobre 2019 >] ; ATF 144 II 194 BMW consid. 6.2). En vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise sanctionnée sur les marchés pertinents en Suisse - puisqu'il peut représenter jusqu'à 10 % de ce dernier - ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée ; la sanction se rattache par là-même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2 ; arrêt B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 622). S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C\_484/2010 précité Publigroupe consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent - concerné par la restriction à la concurrence et déterminant pour le calcul de la sanction concrète - est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour le calcul de la sanction maximale, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. les notes explicatives OS LCart). En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisé par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts 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 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 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 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 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 le calcul du montant de base de la sanction se définit par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE (cf. les notes explicatives OS LCart). Il s'agit du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique (cf. supra consid. 11). Ainsi, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché dans le cadre du calcul de la sanction (cf. arrêt 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 prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. Peter Reinert, in: Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 49a no 10 p. 359). 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 (cf. arrêts 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 - eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. message LCart 2001, FF 2002 1911, 1925 s. ch. 2.1.4) - qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 726 ss). A ce propos, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires. Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts B-581/2012 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, le cas échéant, majoré selon la durée de la pratique anticoncurrentielle. Si celle-ci a une durée d'un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si elle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2). Enfin, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et sa réduction en présence de circonstances atténuantes. Ainsi, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est majoré, notamment lorsqu'une entreprise a contrevenu de manière répétée à la LCart (art. 5 al. 1 let. a OS LCart), qu'elle a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé selon une détermination objective (art. 5 al. 1 let. b OS LCart) ou qu'elle a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (art. 5 al. 1 let. c OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré si l'entreprise a joué un rôle d'instigatrice ou d'actrice principale de l'infraction (art. 5 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord (art. 5 al. 2 let. b OS LCart). Le montant est toutefois réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite

après la première intervention du secrétariat de la Commission de la concurrence, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant de la sanction calculé selon les art. 3 et 4 est encore réduit si l'entreprise a joué un rôle exclusivement passif (art. 6 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle n'a pas mis en oeuvre les mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord (art. 6 al. 2 let. b OS LCart). Le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. (art. 2 al. 2 OS LCart). En principe, une sanction ne peut être infligée que si la compétitivité des entreprises est préservée. L'aspect punitif de la sanction ne saurait par conséquent conduire à mettre en péril l'existence de l'entreprise et ne doit pas conduire à sa faillite, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2 ; arrêt 2C\_484/2010 précité Publigroupe consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le préjudice financier doit être suffisamment important pour que la participation à une infraction ne se révèle pas avantageuse (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2).

#### **E. 19.3.4**

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

##### **E. 19.3.4.1**

Elle a, dans un premier temps, établi en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant maximal de la sanction à [...] francs, correspondant à 10 % de la somme des chiffres d'affaires réalisés par la recourante en 2009, 2010 et 2011, à savoir [...] francs. La recourante ne formulant aucun grief quant à ce montant, il y a lieu de confirmer le montant maximal de la sanction retenu par l'autorité inférieure.

##### **E. 19.3.4.2**

Dans un deuxième temps, l'autorité inférieure a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a tout d'abord soustrait des chiffres d'affaires précités les revenus réalisés en dehors du marché pertinent. Elle a retenu que le chiffre d'affaires réalisé, sur le marché pertinent, lors des exercices 2009 à 2011 était de [...], soit un montant de base maximal de [...] francs. En tant que le montant de base de la sanction se fonde sur le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent, il n'y a pas lieu d'opérer une distinction entre le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs externes au groupe Flammarion et celui réalisé avec les éditeurs appartenant au groupe. Dès lors que ceux-ci font tous partie du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique, il n'y a en effet pas lieu d'écarter les premiers et de délimiter à nouveau le marché au stade du calcul de la sanction. Au surplus, la recourante ne formule aucun grief à l'égard de ce montant. Partant, il y a lieu de confirmer le montant de base maximal retenu par l'autorité inférieure.

##### **E. 19.3.4.3**

L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type des infractions, de même que le profit présumé réalisé par la recourante. Elle a indiqué que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles doit être particulièrement protégée et est essentielle pour la concurrence. Ainsi, elle retient que des comportements illicites cloisonnant le marché constituent des infractions graves à la loi sur les cartels, a fortiori lorsque plus de 95 % du marché pertinent est concerné. Compte tenu de cela, elle admet que le profit présumé réalisé par la recourante en raison de ce comportement est difficile à estimer ou mesurer, la

protection territoriale ainsi conférée n'étant pas forcément corrélée avec les profits de la recourante. Elle considère partant qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle doit être retenu. En l'occurrence, elle estime que celui-ci doit être, selon sa pratique, fixé à 4 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent. Partant, le montant de base ainsi calculé est de [...] francs (4 % de [...] francs). Il convient de rappeler, à titre liminaire, qu'il ne peut pas être reproché aux éditeurs - en tant que producteur - de s'interdire de vendre à des détaillants actifs sur le territoire suisse. Les griefs soulevés par la recourante, selon lesquels celle-ci n'aurait jamais refusé de demande d'importations parallèles, que sa situation serait différente de celle des autres diffuseurs-distributeurs et que des possibilités d'arbitrage n'auraient pas existé durant toute la période de l'enquête ont déjà été traités dans le cadre de l'examen de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. Il a en effet été établi que, sur l'ensemble du catalogue diffusé par la recourante en Suisse durant la période de l'enquête, seuls les accords portant sur l'exclusivité de la distribution des ouvrages des éditeurs externes au groupe Flammarion entraient dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart et pouvaient partant être sanctionnés. Aussi, il n'y a pas lieu d'examiner à nouveau les griefs de la recourante dans le cadre de la fixation de la sanction. Ainsi, il ressort qu'une part non négligeable du fond diffusé par la recourante en Suisse a été produite par des éditeurs du groupe. Il s'ensuit que la quantité d'ouvrages concernée par des accords d'attribution de territoires illicites et sanctionnables a dès lors été relativement plus faible durant la période de l'enquête que ce que l'autorité inférieure a retenue. Partant, les conséquences particulièrement néfastes de ces accords, s'ils justifient qu'une sanction soit prononcée, ne sont toutefois pas aussi graves que ce que l'autorité inférieure prétend. Dans ces circonstances, le pourcentage de 4 % retenu par l'autorité inférieure est excessif. Il convient de réduire celui-ci à 3 % et de fixer le montant de base, compte tenu de la gravité de la sanction, du type d'infraction et des profits réalisés par la recourante à [...] francs (3 % de [...] francs). Compte tenu de la durée de l'infraction, l'autorité inférieure a majoré le montant de base de 50 %. L'argument de la recourante selon lequel il y aurait lieu de tenir compte de ce que des possibilités d'arbitrage suffisantes n'ont pas existé durant l'entier de la période de l'enquête a déjà été examiné dans le cadre de la fixation du montant de base, de sorte qu'il n'y a pas lieu à ce stade d'en tenir compte une nouvelle fois. De même, la durée du comportement incriminé ne dépend pas de l'extension de l'enquête à l'art. 5 LCart, mais résulte bien de la participation par la recourante à des accords illicites durant la période précitée. Partant, le comportement de la recourante ayant duré continuellement entre 2005 et 2011, il y a lieu de retenir qu'une majoration jusqu'à 70 % aurait été possible compte tenu de l'art. 4 OS LCart. Partant, la majoration de 50 % retenue par l'autorité inférieure est conforme au droit et tient compte des circonstances. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la majoration retenue par l'autorité inférieure. Partant, le montant majoré - compte tenu du montant de base retenu par le tribunal ci-dessus - est de [...] francs.

#### **E. 19.3.4.4**

Dans un dernier temps, l'autorité inférieure a tenu compte des circonstances aggravantes et atténuantes. La recourante rappelle n'avoir jamais refusé de demande d'importation parallèle et avoir été la seule entreprise à être entrée volontairement en discussion avec les détaillants en 2012 pour un approvisionnement direct depuis la France. Au préalable, il y a lieu de relever que l'art. 6 OS LCart ne contient pas une liste exhaustive des circonstances atténuantes (cf. notes explicatives OS LCart ad art. 5 et 6 ; Robert Roth/Christian Bovet, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, 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. En l'occurrence, la recourante a avancé qu'elle était entrée volontairement en 2012 en discussion avec les détaillants pour un approvisionnement direct depuis la France. Elle reprochait à l'autorité inférieure de ne pas en avoir tenu compte dans le calcul de la sanction. Il sied de relever que les éléments de fait avancés par la recourante sont postérieurs à la période de l'enquête, lorsque la procédure devant l'autorité inférieure en était à un stade très avancé. Il a au contraire été établi que des importations parallèles n'avaient pas été possibles durant l'entier de la période de l'enquête, y compris s'agissant des ouvrages diffusés par la recourante en Suisse. Il s'ensuit qu'aucune des circonstances atténuantes avancées par la recourante dans le cadre de son recours ne justifie une réduction de la sanction. Sur le vu de ce qui précède, rien ne permet de remettre en cause l'analyse des circonstances atténuantes effectuée par l'autorité inférieure. Il ne se justifie dès lors pas de réduire le montant de la sanction à ce titre.

#### **E. 19.3.4.5**

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a tenu compte enfin de la capacité contributive de la recourante. En raison de son appartenance au groupe Flammarion, dont le chiffre d'affaires s'élevait en 2011 à [...] millions d'euros (cf. ch. 755 de la décision attaquée), du montant de la sanction relativement audit chiffre d'affaires et des profits nets cumulés sur la période de l'enquête de la recourante, l'autorité inférieure a exclu une réduction du montant de la sanction. La recourante fait grief à l'autorité inférieure d'avoir tenu compte de la capacité contributive du groupe Flammarion, ignorant ainsi son risque de faillite en raison du montant de la sanction prononcée. Dans sa pratique, l'autorité inférieure considère la capacité contributive des entreprises au niveau de la proportionnalité de la sanction (cf. Comco, DPC 2016/II p. 384, Altimum, ch. 341 ss). En droit européen, dans des circonstances exceptionnelles, la Commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende n'est accordée sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne peut être accordée que sur le fondement de preuves objectives que l'imposition d'une amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur (ch. 35 des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, JO C 210/02 du 1er septembre 2006). Dans sa pratique, la Commission a précisé que la capacité des actionnaires de recapitaliser l'entreprise peut être prise en considération. Ainsi, au-delà d'une éventuelle faillite de l'entreprise, il y a encore lieu de considérer l'éventuel sauvetage des actifs de l'entreprise. Si un tel sauvetage peut intervenir, une réduction de la sanction au titre de la capacité contributive de l'entreprise n'entre pas en ligne de compte (cf. décision de la Commission du 30 juin 2010, COMP/38.344, Prestressing Steel, ch. 1136 ss ; ég. arrêt du Tribunal du 5 octobre 2011 T-39/06 Transcatlab contre Commission, Rec. 2011 II-06831 point 224). Partant, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure la capacité des actionnaires de recapitaliser la recourante permettrait de sauver ses actifs. En l'occurrence, la recourante est détenue à [...] % par Flammarion FR, laquelle fait partie du groupe Flammarion. En 2011, le chiffre d'affaires du groupe s'élevait à [...] millions d'euros, le prononcé d'une sanction de [...] francs correspondant à 0.42 % de ce chiffre. De plus, le profit net cumulé sur la période de l'enquête réalisé par la recourante s'élève à [...] francs (cf. ch. 755 ss de la décision attaquée). Ces critères, retenus par l'autorité inférieure et contre lesquels la recourante ne formule aucun grief quant à leur pertinence, suffisent à eux seuls à retenir l'existence d'une importance capacité de recapitalisation de la recourante. Il s'ensuit qu'une réduction de la

sanction doit être exclue au sens de la pratique européenne, laquelle peut être reprise en droit suisse. A titre superfétatoire, il y a lieu de relever que l'autorité inférieure a tenu compte de la capacité contributive de trois diffuseurs-distributeurs pour réduire la sanction (Servidis, Transat et Albert le Grand). Pour ce faire, elle a retenu le montant de leurs fonds propres à la fin de l'exercice 2011 et a établi la sanction à un plafond inférieur de 100'000 francs à leurs fonds propres fin 2011. La recourante ne formule aucun grief quant au plafond inférieur de 100'000 francs de fonds propres retenu par l'autorité inférieure. Partant, il n'y a pas lieu de s'éloigner de cette méthode de calcul. En l'espèce, la recourante a produit ses comptes pour l'exercice 2011, desquels il ressort qu'elle disposait de fonds propres d'un montant de [...] francs à la fin 2011 (cf. acte 699a annexe 16). Il s'ensuit que, selon la méthode de calcul employée par l'autorité inférieure, une sanction de [...] francs serait proportionnée même s'il fallait tenir compte uniquement de la capacité contributive de la recourante et non de celle du groupe Flammarion. En l'occurrence, dès lors que le montant de la sanction s'élève seulement à [...] francs, il n'y aurait dans tous les cas pas lieu de le réduire même en tenant compte uniquement de la capacité contributive de la recourante.

#### **E. 19.3.5**

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

#### **E. 20**

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 faite 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 supprimer ladite restriction (art. 30 al. 1 LCart ; cf. Kenji Izumi/Simone Krimmer, in : DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 30 p. 1283 no 24 s. ; Patrik Ducrey/Benoît Carron, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 30 LCart p. 1241 no 19). L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans les 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 faite 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. 21**

## Emoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure

### **E. 21.1**

S'agissant des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé son droit d'être entendu. Elle estime que l'autorité inférieure devait motiver comment elle parvenait à un montant total des frais s'établissant à 988'195 francs, la décision attaquée ne mentionnant pas le nombre d'heures total consacré à l'affaire ni leur répartition en fonction du taux horaire applicable. Elle se plaint au surplus que l'autorité inférieure devait retrancher du montant des émoluments les frais occasionnés par les investigations et démarches procédurales menées en relation avec un éventuel abus de position dominante et son éventuelle participation à un accord vertical sur les prix et à un accord horizontal d'attribution de territoire.

### **E. 21.2**

Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comporte l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la contester utilement et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 138 V 32 consid. 2.2 et 134 I 83 consid. 4.1).

### **E. 21.3**

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 existants au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

### **E. 21.4**

En l'occurrence, l'autorité inférieure a indiqué dans la décision attaquée que les émoluments 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 dites investigations étaient clairement identifiées temporellement. Elle a ainsi pris en considération la totalité des frais relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart. Le secrétariat d'abord, puis l'autorité inférieure ensuite ont procédé à des mesures d'investigation afin de déterminer si les diffuseurs-distributeurs suisses de livres écrits en français avaient passé des accords au sens de l'art. 5 LCart. Ils ont à cet effet en particulier envoyé des questionnaires aux détaillants actifs en Suisse romande, lesquels entretiennent des relations commerciales avec quasiment tous les diffuseurs-distributeurs suisses de livres francophones ; ils ont procédé à l'audition de certains de ceux-ci ainsi qu'à l'examen des procès-verbaux tenus lors des réunions de l'ASDEL. Dites mesures d'investigation ont concerné indistinctement 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 d'un éventuel accord vertical sur les prix. En effet, les investigations et démarches procédurales liées à l'existence d'un tel accord ne sont pas distinctes de celles relatives aux accords d'attribution de territoire ; en particulier, le questionnaire du 9 décembre 2008 ainsi que les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs portaient également sur la question d'un éventuel accord vertical sur

les prix. Il s'ensuit que le temps consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure en lien avec l'art. 5 LCart doit être pris en compte de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par les diffuseurs-distributeurs condamnés.

### **E. 21.5**

Il ressort de la décision attaquée que les frais relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart se montent, pour les treize diffuseurs-distributeurs concernés par celle-ci, à 988'200 francs. Si l'on tient compte d'un tarif horaire moyen, en application de l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, de 200 francs, l'on obtient un total d'heures de 4'941, soit 380 heures par partie. Bien que conséquent, le temps consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure à l'examen des infractions visées par l'art. 5 LCart n'apparaît pas excessif, compte tenu de la durée de la procédure y relative (près de deux ans et demi), de la nature et de la difficulté de l'affaire ainsi que des mesures d'investigation entreprises. Il s'ensuit qu'avec un tarif horaire moyen se situant dans le bas de l'échelle contenue à l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart et donc avec des heures de travail largement comptées, l'on obtient un total qui n'apparaît en aucun cas excessif en relation avec l'examen des accords visés à l'art. 5 LCart. Au demeurant, il convient encore de préciser que la réformation partielle de la décision attaquée ne justifie ni l'abandon, ni une diminution des frais imputés à la recourante. En effet, si l'autorité inférieure a mal qualifié les accords conclus entre la recourante et OLF portant sur l'exclusivité de la distribution des ouvrages des éditeurs du groupe Flammarion, il n'en demeure pas moins que le comportement illicite de la recourante est à l'origine de l'enquête et de la décision attaquée. Les frais liés au travail de l'autorité inférieure ne dépendent, en définitive, pas de la fixation de la sanction, mais bien de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la loi sur les cartels. Au surplus, les frais d'un montant de 988'200 francs ont été répartis entre les diffuseurs-distributeurs, à l'exception des frais incombant aux trois diffuseurs-distributeurs pour lesquels les charges ont été entièrement abandonnées, les dix diffuseurs-distributeurs condamnés devant payer solidairement un émolument total de 760'150 francs (cf. ch. 775 de la décision attaquée).

### **E. 21.6**

Sur le vu de ce qui précède, rien ne permet de remettre en cause le montant des frais de procédure devant l'autorité inférieure. Partant, quand bien même l'autorité n'a pas indiqué le détail du calcul de l'émolument, il ne ressort en l'espèce pas que l'autorité inférieure aurait violé le droit d'être entendu de la recourante ; celle-ci ayant pu formuler des griefs à l'encontre du calcul de l'émolument et le tribunal ayant pu exercer son contrôle, une violation du droit d'être entendu serait de toute manière réparée. Mal fondé, le grief doit être rejeté.

### **E. 22**

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 les accords passés entre la recourante et OLF, prévoyant notamment l'exclusivité de la distribution des ouvrages diffusés par la recourante en Suisse et l'engagement pour celle-là de ne pas avoir de comptes ouverts à Paris pour des clients suisses, ont supprimé la concurrence sur le marché de référence, ou à tout le moins, l'ont affecté notablement, sans être justifiés 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, s'élevant à un montant de 760'150 francs.

## **E. 23**

Frais et dépens

### **E. 23.1**

S'agissant des frais de procédure devant le Tribunal administratif fédéral, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, ils sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (art. 63 al. 2 PA). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause. Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir la totalité des frais de procédure. En effet, la sanction prononcée à l'encontre de la recourante ayant été réduite, il fait partiellement droit aux conclusions de la recourante. Aussi, il se justifie, compte tenu de l'importance que représente la sanction pour la recourante, de mettre à sa charge des frais de procédure réduits à 11'250 francs. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de 15'000 francs perçue le 21 août 2013. Le solde de 3'750 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

### **E. 23.2**

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 (art. 64 al. 1 PA en relation avec art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (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). Aucun dépens ni frais de procédure ne sont alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (art. 64 PA ; cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2). En l'espèce, la recourante qui obtient partiellement gain de cause et qui est représentée par un avocat, dûment mandaté par procuration, a droit à des dépens réduits.

#### **E. 23.2.1**

En date du 15 janvier 2016, le mandataire de la recourante a produit une note de frais s'élevant à 107'546.34 francs pour la procédure devant l'autorité inférieure et à 107'270.06 francs pour la procédure de recours (TVA non incluse). Conformément à la jurisprudence fédérale (cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2), seuls sont pris en compte les dépens et les frais liés à la présente procédure. La note de frais a été établie sur la base d'un tarif horaire de 300 francs pour les avocats et de 200 francs pour les avocats-stagiaires. Le temps consacré à la rédaction des différentes écritures par les avocats comprend 150.7 heures pour la rédaction d'un recours de 66 pages, 103.9 heures pour la rédaction d'une réplique de 36 pages et 12.95 heures pour la rédaction de déterminations sur la duplique de 2 pages. En outre, 77.7 heures

ont été dédiées à la préparation de l'audience d'instruction et à la rédaction de notes de plaidoiries de 18 diapositives. Les avocats-stagiaires ont été occupés 16.55 heures pour la rédaction des différentes écritures. Enfin, les débours s'élèvent à 385.06 francs.

### **E. 23.2.2**

Le tribunal s'intéresse d'abord au temps de travail des avocats. A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral s'est référé, de manière indicative, aux résultats d'une étude de 2005 commandée par la Fédération suisse des avocats (FSA) à l'Université de Saint-Gall (Urs Frey/Heiko Bergmann, Bericht : Studie Praxiskosten des schweizerischen Anwaltsverbandes, Saint-Gall 2005) (cf. ATF 132 I 201 consid. 8.7 ; arrêt du TF 6B\_659/2017 du 6 mars 2018 consid. 2.7.3). Cette étude estimait notamment les frais généraux des avocats en tenant compte des heures de travail facturables, les heures non facturées étant cofinancées par les heures facturées. Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de s'écarter de ce principe de calcul, permettant d'évaluer les charges effectives fondées sur des moyennes d'heures facturées annuellement, et non un coût théorique tenant compte du temps global passé à l'étude. Selon l'étude effectuée par Frey/Bergmann pour l'année 2012 (cf. Urs Frey/Heiko Bergmann, Etude sur les frais professionnels de la Fédération suisse des avocats [année de référence 2012], Saint-Gall 2014, dont les résultats ont été résumés dans la Revue de l'avocat 8/2014 p. 325 ss), il a été tenu compte de 1'386 heures facturables pour un avocat à temps complet sur un an (cf. Frey/Bergmann, op. cit. 2014, p. 14). En tenant compte de 231 jours de travail par année à Genève, cela correspond à 6 heures journalières facturées. Il apparaît d'emblée que les 150.7 heures nécessaires à la rédaction du recours sont excessives. Compte tenu d'une moyenne de 6 heures journalières facturées, elles correspondent à 25 jours de travail. Certes, le dossier de l'autorité inférieure est volumineux. Toutefois, le mandataire de la recourante représentait déjà celle-ci devant l'autorité inférieure. Vu la similitude avec les arguments développés devant l'autorité inférieure, le temps consacré à la rédaction du recours doit être réduit à 100 heures. Quant aux écritures ultérieures, elles comprennent de nombreuses répétitions des griefs invoqués dans le mémoire de recours. En particulier, le mandataire de la recourante fait état de 12.95 heures consacrées aux déterminations sur la duplique. Or, dites déterminations se contentent d'écarter, sur 2 pages, les griefs soulevés par l'autorité inférieure, renvoyant pour le surplus aux écritures précédentes. On peine à saisir en quoi de telles déterminations justifient qu'un mandataire professionnel y consacre 12.95 heures, soit plus de deux jours de travail. Aussi, le temps nécessaire consacré au dépôt de la réplique doit être réduit à 50 heures, celui consacré au dépôt des déterminations à 3 heures. Quant au temps nécessaire à la préparation de l'audience et le dépôt de notes de plaidoiries, il ne s'agit ni plus ni moins que d'une reprise et d'une synthèse de certains griefs soulevés par la recourante au cours de la procédure. Elles ne justifient pas que l'on y consacre 77.7 heures, soit près de 13 jours de travail. Le temps nécessaire doit être réduit à 50 heures. Vu la complexité de la cause, un taux horaire correspondant à 300 francs est toutefois justifié. Pour le reste, il peut être tenu compte du décompte de prestations tel qu'établi. Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir un montant total des frais de 64'595.06 - correspondant à 203 heures à 300 francs, 16.55 heures à 200 francs et 385.06 francs de débours. La recourante obtenant partiellement gain de cause, il se justifie de réduire ce montant à 16'200 francs. Il convient enfin, faute de nouveau décompte remis par la recourante à la suite des débats publics du 29 octobre 2019, d'augmenter, ex aequo et bono, ce montant et d'octroyer à la recourante une indemnité à titre de dépens réduits de 19'000 francs, ces dépens ne comprenant aucun supplément TVA au sens de l'art. 9 al. 1 let. c FITAF, et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure.

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