

BVGer B-4011/2013 vom 30. Oktober 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-10-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4011_2013

FR: TAF B-4011/2013 du 30 octobre 2019

IT: TAF B-4011/2013 del 30 ottobre 2019

Regeste

Accords illicites

Erwägungen

E. 5

Notion d'accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart) D'un point de vue matériel, la présente procédure de recours consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a admis que la recourante avait, entre les années 2005 et 2011, été partie avec des éditeurs français à des accords illicites au sens des art. 5 al. 4 LCart - en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart - et 49a al. 1 LCart. 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.

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 : CR-Concurrence, op. cit., 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 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, p. 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 226 no 21 ; Thomas Nydegger/Werner Nadig, in : BSK-KG, op. cit., 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 du TAF B-5685/2012 précité Altimum consid. 4.1).

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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 244 ss no 72 ss ; Nydegger/Nadig, in : BSK-KG, 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 du TAF 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 à 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 à la concurrence peuvent être présents, futurs ou passés (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 du 23 septembre 2014 Baubeschlüsse Siegenia consid. 5.3.2.5 ss et réf. cit. ; Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 247 ss no 83 ss et réf. cit. ; Nydegger/Nadig, in : BSK-KG, 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 européens, 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. 13.4 ; arrêt du TF 2C_180/2014 du 28 juin 2016, en partie publié in ATF 143 II 297 et traduit partiellement au JdT 2018 I p. 3 Gaba consid. 6.2.3 ; arrêt du TAF B-5685/2012 précité Altimum consid. 4.2.1 in fine ; cf. également sur la prise en compte du droit européen : arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 167 ss). L'art. 4 al. 1 LCart présente à cet égard des points de convergence et de divergence avec l'art. 101 par. 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (TFUE, publié in : JO du 26 octobre 2012 C 326/49 ; ex-art. 81 par. 1 du Traité de Rome instituant la Communauté européenne, signé en 1957 [TCE]), 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 Etats 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 n°7 et réf. cit). 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 (cf. point 1 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après : lignes directrices]).

E. 6

Relations avec les partenaires de distribution Ceci étant, il s'agit en premier lieu de déterminer si, durant la période sous investigation, la recourante a été partie à des accords, revêtant la forme de conventions ou de pratiques concertées, qui ont visé ou eu pour effet une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. En l'espèce, l'autorité inférieure a retenu que la recourante avait été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue saisie par l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires de distribution. La recourante fait valoir que les contrats passés avec ses éditeurs n'ont jamais « visé » une restriction à la concurrence. Ce que la recourante a visé, c'est d'exercer au mieux son activité de diffuseur dans l'intérêt de ses clients, les libraires. De même, de par son chiffre d'affaires très limité et infiniment plus faible que celui des autres diffuseurs actifs sur le marché suisse, la recourante était incapable d'entraîner une restriction à la concurrence, celle-là tombant sous la qualification de « microentreprise » au sens de la communication y relative de la Comco. De plus, ses contrats sont conclus pour une durée d'un à deux ans au maximum, soit d'une durée contractuelle bien inférieure à celle des entreprises qui tendent à affecter la concurrence. Les contrats de la recourante n'ont pas été élaborés de concert avec les autres parties visées par la décision querellée. Il n'y a pas, de la part de la recourante, « d'action collective consciente et voulue » avec les autres diffuseurs, ce que l'autorité inférieure n'a par ailleurs pas établi. Celle-ci a au contraire reconnu que le procès-verbal de l'ASDEL du 25 mai 2005 ne permettait pas de constater l'existence d'un accord entre les diffuseurs présents. De même, l'autorité inférieure ne saurait lui imputer d'avoir agi de manière concertée avec les autres diffuseurs, les éléments constitutifs de « l'action concertée » n'étant pas prouvés. Enfin, elle relève que le système du droit de retour concédé aux libraires est appliqué dans toute la « francophonie », si bien qu'il s'agit d'un élément exogène et non pas d'une pratique ad hoc des diffuseurs visés par l'enquête.

E. 6.1

Aussi, il convient d'examiner les contrats qui ont lié la recourante à ses partenaires commerciaux en amont durant la période de référence. En l'espèce, la recourante a produit

33 contrats de diffusion et/ou de distribution passés entre elle et ses éditeurs. A l'exception du contrat conclu avec E.A. _____, tous les contrats produits par la recourante contiennent une clause concédant à celle-là l'exclusivité sur le territoire suisse de la diffusion et/ou distribution des ouvrages desdits éditeurs. 23 contrats contiennent une clause concédant une exclusivité de diffusion et de distribution, dont la teneur se recoupe en sept formulations : « [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion et la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires, grandes surfaces et autres revendeurs suisses. » « [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion et la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires et revendeurs suisses. » « [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion et la distribution exclusive des ouvrages de leur fonds auprès des libraires et revendeurs suisses. » « Diffusion Albert le Grand S.A. bénéficie de la diffusion et de la distribution des produits [...] à titre exclusif sur le territoire suisse (...). » « L'EDITEUR concède au DIFFUSEUR la diffusion et la distribution exclusive en Suisse des ouvrages de son fonds. » « [EDITEUR] confie à Albert le Grand, la diffusion exclusive de leurs ouvrages en Suisse, auprès de la clientèle « libraires ». » « [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires et revendeurs suisses. » Les 9 autres contrats sont des contrats de distribution pure, dont la clause d'exclusivité connaît quatre types de formulations : « L'éditeur confie au distributeur la distribution exclusive de ses ouvrages en Suisse auprès des libraires, kiosques, et grandes surfaces. » « [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la distribution exclusive de leurs livres en Suisse, auprès des libraires et autres revendeurs. » « [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la distribution exclusive de leurs ouvrages de langue française en Suisse, auprès des libraires ou autres revendeurs. » « [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires et revendeurs suisses. » Ainsi, l'ensemble des contrats passés entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont confie à celle-ci la diffusion et/ou la distribution - exclusive(s) ou non - des ouvrages de ceux-ci sur le territoire suisse, affectant de ce fait les canaux d'écoulement et d'approvisionnement sur le marché du livre écrit en français. Les contrats conclus avec E.G. _____ et E.H. _____ dans lesquels l'éditeur confie la diffusion-distribution exclusives de ses ouvrages en Suisse à la recourante, tout en se réservant le droit de vendre directement sur ce territoire, n'en sont pas moins des contrats d'exclusivité contrairement à ce que soutient la recourante (cf. infra consid. 8.2.4). Formulées de manières différentes et avec divers degrés d'exclusivité, dites clauses ont toutes pour objet une restriction à la concurrence sur le marché de l'approvisionnement des produits contractuels en Suisse. En outre, dites clauses, utilisées en tous les cas jusqu'en septembre 2010, ont été contenues dans des conventions au sens de l'art. 1 ss CO, passées entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont, soit entre des entreprises selon l'art. 2 al. 1bis LCart actives sur différents échelons du marché. Il s'ensuit que la recourante a été partie, durant la période soumise à l'enquête, à des accords verticaux visant une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart avec l'ensemble de ses éditeurs dont elle a produit les contrats. Un tel constat ne dit toutefois encore rien sur le caractère illicite ou non de l'accord, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart. Les arguments de la recourante contestant l'existence d'accords horizontaux avec les diffuseurs suisses condamnés à l'issue de la décision déferée sont sans relation avec l'objet du litige et, partant, dépourvus de pertinence pour la présente procédure. Il en va de même de ses arguments relatifs au défaut de pratique concertée, laquelle n'a pas été retenue par l'autorité inférieure, la coordination intervenant par un

contrat. Enfin, l'exercice du droit de retour ne constitue pas un facteur exogène restreignant la concurrence (cf. sur ce point infra consid. 17.3.2), dont l'analyse n'est au demeurant pertinente qu'en cas de pratique concertée (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 230 no 32).

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 d'attribution de territoires de distribution absolue [ATD] ou accord de protection territoriale absolue ; cf. 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, p. 1386), a été introduit au stade des débats parlementaires relatifs à la révision de la LCart 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 Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels [FF 2002 1911 ; ci-après : message LCart 2001] p. 1920 ss ; Schneider BO 2002 N 1435 ; Strahm BO 2002 N 1438 ; Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, 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 finaux - ainsi que de favoriser la concurrence sur le plan intramarque (cf. consid. IV et ch. 10 par. 1 let. b CommVert). Cette disposition vise ainsi 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, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in : Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 2004, [Kartellgesetzrevision 2003] p. 41). 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 sur le plan 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 autorisé à celui-ci de vendre et de livrer dans l'autre territoire attribué et il ne peut pas le lui être interdit par le producteur (cf. 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, partant, 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 ; cf. également 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, Kartellrechtliche Zulässigkeit eines Verbots von Direktbelieferungen durch den Lieferanten*, sic! 10/2011, p. 574 ss). Il s'ensuit qu'il est interdit au producteur de restreindre la concurrence sur le plan 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/b 1er tiret du règlement (CE) no 2790/1999 de la commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336/21 du 29.12.1999 - remplacé le 1er juin 2010 par le règlement (UE) no 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 TFUE, JO L 102/1 du 23 avril 2010 (ci-après : le règlement d'exemption par catégorie ou REC) - dont la teneur est la 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 sous le contrôle des parties, ont notamment pour objet : la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf notamment : la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes de la part des 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 au sens de l'art. 101 par. 3 TFUE est accordée (cf. Vincent Martenet/Andreas Heinemann, *Droit de la concurrence*, 2012, p. 47 ss). En adoptant le nouvel art. 5 al. 4 LCart, le législateur n'a pas souhaité introduire un régime plus sévère que celui aménagé par le droit communautaire (cf. Deiss BO 2003 E 328 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 nouvelle disposition à la lumière du REC 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, *Kartellgesetzrevision 2003*, op. cit., p. 42 ; Silvio Venturi/Christoph Vonlanthen, in : *Les accords de distribution*, 2005, p. 136 no 46). Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen des cartels doivent également être considérés comme licites en Suisse (cf. arrêt du TAF 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, dite 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, in :

CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 526 et 564 ss no 379 et 586 ss ; Marc Amstutz/Mani Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, Jusletter du 27 septembre 2004 [Vertikale Preis- und Gebietsabreden], no 28 ss). Par contrat de distribution, il y a lieu d'entendre 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 (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 (cf. ch. 4 CommVert ; ch. 6 de la note explicative ; ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.1). Deuxièmement, une attribution - directe ou indirecte (cf. ch. 6 de la note explicative ; 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 (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.2). La présomption 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 ; Amstutz/Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, op. cit., no 70 ; cf. également ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.2). Ceux-ci peuvent être locaux, régionaux, suprarégionaux ou encore nationaux (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, 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 du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 7.3.3). Troisièmement, l'accord doit entraîner une exclusion des ventes dans les territoires attribués (cf. ch. 10 par. 1 let. b CommVert et ch. 6 de la note explicative ; ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.4 ss). L'art. 5 al. 4 LCart appréhende uniquement et spécifiquement l'exclusion des ventes passives et non tout accord quelconque de cloisonnement du marché (Marktabschottung ; cf. Couchepin BO 2002 N 1434 ss). L'interdiction des ventes actives ne tombe ainsi pas dans le champ d'application de la présomption (cf. ch. 10 par. 1 let. b CommVert a contrario ; Schiesser BO 2003 E 329 ss ; ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.4 ; arrêt du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 7.3.1 ; Patrick L. Krauskopf/Olivier Schaller, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 437 ss no 554 ss ; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2e éd. 2005, [Kartellrecht] p. 226 ss no 469 ss ; Amstutz/Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, op. cit., no 70). Par ventes passives, on entend notamment le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finaux ou distributeurs) établis sur le territoire alloué exclusivement par le fournisseur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients (cf. point 51 lignes directrices ; ch. 3 CommVert ; ATF 143 II 297 Gaba consid. 6.3.5 ; Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 607). L'art. 5 al. 4 LCart s'applique 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 (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 569 no 612 ss ; Rolf H. Weber/Stephanie Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, p. 116 no 2.259 ; Lucas David/Reto Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5e éd., 2012, no 669 ; point 50 lignes directrices). L'art. 5 al. 4 LCart s'applique également à l'exclusion indirecte des ventes passives dans les territoires réservés (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 570 no 615 ; Zäch, Kartellrecht, op. cit., p. 226 no 469 ; Krauskopf/Schaller, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 437 no 554 ss ; Christian Kaufmann, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 2004, p. 142 ; cf. également ch. 10 par. 1 let. b et 10 par. 2 CommVert ; point 50 lignes directrices), 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 des 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 que la 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 (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 570 ss no 616 ss ; Krauskopf/Schaller, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 437 ss no 554 et 569 ss ; point 50 lignes directrices). 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 572 no 624 ; point 50 lignes directrices).

E. 7.4

En l'espèce, il ressort des articles premier des accords litigieux que les éditeurs ont confié à la recourante la diffusion et/ou la distribution exclusive(s), sur le territoire suisse, de leurs ouvrages (cf. supra let. A.b.a et A.b.b) - ce que la recourante ne conteste pas. Les premier et deuxième critères à l'application de la présomption - relatifs au contrat de distribution et à l'attribution de territoire de distribution - sont dès lors réalisés. Ceci étant, il reste à examiner si le régime d'exclusivité conféré entraîne l'interdiction en Suisse des ventes passives des ouvrages desdits éditeurs. A cet égard, il y a lieu de préciser la notion d'« exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés » contenue à l'art. 5 al. 4 LCart et de distinguer selon que l'exclusion des ventes est imposée aux éditeurs (cf. infra consid. 8) ou à des partenaires de distribution (cf. infra consid. 9).

E. 8

Exclusion des ventes par les éditeurs La recourante fait valoir que l'art. 5 al. 4 LCart n'est pas applicable à ses contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s) passés avec des éditeurs étrangers, dès lors que, selon le ch. 9 de la note explicative, l'interdiction des ventes passives convenue entre un fournisseur étranger et l'importateur général suisse ne constituerait pas un accord de protection territoriale absolue.

E. 8.1

Dans 15 desdits contrats de diffusion-distribution en vigueur durant la période de l'enquête - régis par le droit suisse - la clause établissant l'exclusivité de la recourante sur le territoire suisse était suivie d'un article 2 contenant l'obligation, à charge de l'éditeur, en particulier de « faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur [...] » (cf. supra let. A.b.a). Selon la recourante, cette clause signifie que l'éditeur français s'engage à ne pas ouvrir de compte à un libraire suisse. Or, un tel engagement serait licite en droit suisse de la concurrence. En effet, un éditeur ayant accordé une exclusivité pour la Suisse à Albert le Grand peut licitement refuser d'ouvrir un compte à des clients de celle-ci. De plus, dans l'hypothèse d'une vente par l'éditeur, il s'agirait d'une vente active (car découlant de l'office nouveautés) et non passive. L'autorité inférieure rétorque que l'engagement de ne pas

procéder à des ventes passives dans les territoires attribués, lorsqu'il est pris par un éditeur exerçant également une activité de distribution des produits contractuels sur d'autres territoires - comme c'est le cas de l'éditeur E.G. _____ -, tombe sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace. Il ne ressortirait en effet pas d'une interprétation conforme au droit que l'art. 5 al. 4 LCart serait inapplicable à des systèmes de distribution sitôt que des entreprises assumeraient également une activité de production, la condition centrale de dite disposition étant l'exclusion des ventes passives.

E. 8.2

Il convient donc dans un premier temps de déterminer si l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées aux distributeurs et non celles à la charge des producteurs, étant précisé que, dans la configuration propre aux contrats de distribution en cause, l'éditeur fait office de « producteur » des livres distribués en Suisse par la recourante.

E. 8.2.1

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. 8.2.2

Ainsi, il ressort des versions allemande et italienne de l'art. 5 al. 4 LCart que, par « fournisseurs », 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. Une telle 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, a contrario, des travaux préparatoires : un producteur (Hersteller/Lieferant) a le droit de s'interdire, dans un contrat de distribution, de livrer directement les acheteurs finaux (Endabnehmer) ou d'autres distributeurs (Händler) dans le territoire alloué (cf. Schiesser BO 2003 E 329 ; voir également Büttiker BO 2003 E 330 ss). Elle découle 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 vise uniquement les restrictions de la liberté d'action du distributeur (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 558, 559 et 577 no 557, 560 et 644 ; voir également Amstutz/Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, op. cit., no 28 et 73 ; Reto

Jacobs, *Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht*, RSJ 107/2011 p. 210). Egalement, en droit européen, l'art. 4/b REC 330/2010 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 (cf. point 50 lignes directrices).

E. 8.2.3

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. 8.2.4

En définitive, le contrat de distribution exclusive se caractérise par l'engagement du producteur, respectivement de l'entité concédant l'exclusivité, 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. L'entité concédante peut ainsi se réserver le droit, dans le contrat de distribution exclusive, de vendre directement une partie de sa production aux clients finaux dans le territoire attribué, aux côtés du distributeur, tout en s'engageant à ne livrer aucun autre distributeur que le distributeur exclusif (cf. Hoch Classen, *op. cit.*, p. 21). L'exclusivité peut au contraire être définie rigoureusement et obliger le producteur à ne vendre qu'au concessionnaire dans le territoire concerné, ainsi que de s'abstenir de toute intervention directe dans la zone réservée à celui-là, y compris renoncer à opérer des ventes passives. Le producteur devra alors transférer au concessionnaire toute demande de clients se trouvant sur ce territoire (cf. Christoph Müller, *Les contrats de distribution / I.-II.*, in : *Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis*, Contrats, Sécurité des produits, Actions collectives, 2013, p. 77 ; Urs Egli, *Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis (1. Teil)*, in : *recht 2014* p. 1 ss, spéc. p. 10 ; Hoch Classen, *op. cit.*, p. 21). La volonté de ne pas sanctionner l'entité concédante s'imposant le respect de l'exclusivité qu'elle accorde s'inscrit dans le contexte d'une clause d'exclusivité simple (cf. Xoudis, *op. cit.*, p. 35). Une telle restriction du 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, reproduit in : *DPC 2010/4*, p. 793 ss, Jovani, consid. 3.3.3.2 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 tant et aussi longtemps que l'acheteur est libre de s'approvisionner auprès du fournisseur de son choix.

E. 8.2.5

Le Tribunal de commerce du canton de Zurich a ainsi admis que l'engagement par lequel le producteur renonçait à opérer des ventes passives directement aux clients finaux dans le territoire attribué au distributeur exclusif n'était pas saisi par l'art. 5 al. 4 LCart (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité Jovani consid. 3.3.3.2 ; cf. également ch. 9 de la note explicative). Contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure, le fait que le producteur soit également actif dans la distribution sur d'autres territoires est inopérant. Celui-ci peut en effet légitimement renoncer à toute vente directe sur le territoire réservé et ce, même s'il exerce une activité de distribution sur d'autres territoires (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité Jovani consid. 3.3.3.2 ; Giger, *op. cit.*, p. 574 ; Hoch Classen, *op. cit.*, p. 21). 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 LCart 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, in : BSK-KG, 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 557 ss no 554 ; Krauskopf/Schaller, in : BSK-KG, 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.

E. 8.2.6

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

E. 8.3

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. 8.4

En l'occurrence, les éditeurs se sont engagés auprès de la recourante, en particulier à « faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur [...] », de sorte qu'ils ont renoncé à opérer des ventes directes aux détaillants sis sur le territoire suisse. Or, il suit de ce qui précède que l'interdiction faite au producteur, respectivement à l'entité concédante, de procéder à des ventes, tant actives que passives, auprès des consommateurs finaux dans les territoires attribués ne consacre pas une violation de l'art. 5 al. 4 LCart. Ceci étant, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant l'argument de la recourante selon lequel les ventes opérées par l'éditeur seraient des ventes actives.

E. 9

Exclusion des ventes passives par les partenaires de distribution Une exclusion des ventes passives par les partenaires de distribution desdits éditeurs, actifs hors de Suisse, pourrait en revanche constituer une infraction à la loi sur les cartels.

E. 9.1

Selon l'autorité inférieure, les contrats de diffusion et/ou de distribution produits par la recourante (cf. supra let. A.b.a et A.b.b) prévoient tous (à une exception près), nonobstant des formulations différentes, un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité interdisant les ventes passives, ceux-ci ne connaissant en effet pas de différenciation dans

leur mise en oeuvre. La recourante opère quant à elle une distinction selon la teneur des clauses litigieuses, soit entre les clauses d'exclusivité « simple », lesquelles représenteraient plus de [...] % de son chiffre d'affaires réalisé dans la diffusion et seraient tout à fait légales, et les clauses d'exclusivité « renforcée », non moins légales.

E. 9.2

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 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 (cf. art. 18 al. 1 CO ; ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1, 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, 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, 128 III 419 consid. 2.2).

E. 9.2.1

Parmi les 23 contrats de diffusion-distribution exclusives versés à la cause, 15 contiennent la clause suivante : Art. 2 « L'éditeur s'engage, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur et en particulier auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire suisse. »

E. 9.2.1.1

Ainsi, il s'agirait à ce stade de rechercher en premier lieu ce que la recourante et ses 15 éditeurs ont réellement voulu en stipulant que ceux-ci s'engageaient à faire respecter l'exclusivité octroyée à celle-là, auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire suisse. Or, une interprétation subjective de dite clause n'est en l'occurrence pas possible. Le dossier ne contient en effet aucun élément permettant de connaître l'intention de chacun des 15 éditeurs s'agissant de la clause litigieuse. En outre, on ne connaît pas non plus celle de la recourante dès lors que le sens qu'elle donne à cette clause dans ses écritures diffère de celui qu'elle lui a prêté lors de son audition devant le tribunal de céans. En effet, alors qu'elle prétendait dans son recours que celle-là était une clause « renforcée » qui visait les ventes actives et qui « pourrait » concerner la Fnac suisse et Payot, elle a affirmé lors de son audition que la seconde partie de la clause 2 traitait le cas particulier de la Fnac suisse et commandait à l'éditeur de ne pas ouvrir de comptes pour les Fnac suisses. Ceci étant, en tant que la réelle et commune intention des parties ne peut en l'espèce être retracée, il se justifie de procéder à une interprétation objective de dite clause, ce d'autant plus qu'il s'agit d'une clause-type, reprise à l'identique dans les 15 contrats. Il

s'agit ainsi de déterminer le sens que les parties pouvaient et devaient, raisonnablement et de bonne foi, attribuer à celle-là.

E. 9.2.1.2

Dans son recours, la recourante a exposé que la seconde partie de dite clause, qu'elle qualifie de « renforcée », viserait les ventes actives et serait donc tout à fait légale. Contrairement aux clauses contractuelles utilisées par d'autres diffuseurs condamnés à l'issue de la décision attaquée, les ventes passives n'y seraient pas mentionnées. Aussi, en tant qu'elles ne sont pas interdites, il ne peut y avoir d'exclusion des ventes passives au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Dès lors que dite clause pourrait viser les cas de la Fnac suisse et de Payot (« chaînes de libraires »), la recourante ajoute que la Fnac suisse ne peut pas être empêchée par cette clause de s'approvisionner auprès de la centrale d'achats de la Fnac en France, ce qu'elle a d'ailleurs commencé à faire. Quant à Payot, elle pouvait également, malgré ses dires, obtenir des livraisons directes : son directeur a déclaré s'être adressé à plusieurs diffuseurs. Enfin, même si l'on parvenait à y lire l'interdiction de ventes passives, cette clause n'aurait pas d'effets dès lors qu'elle n'a jamais été appliquée par la recourante et a d'ailleurs été supprimée avant même le prononcé de la décision attaquée. L'autorité inférieure n'a du reste pu donner aucun exemple de client de la recourante qui aurait été victime de cette clause. Entendue oralement par le tribunal de céans au cours d'une audience d'instruction sollicitée par elle, la recourante s'est encore prononcée sur dite clause. Elle a exposé que celle-ci traitait le cas particulier de la Fnac et qu'elle avait été introduite dans ses contrats à la suite de l'entrée de celle-ci sur le marché suisse. En vertu de cette clause, l'éditeur s'engageait ainsi, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter l'exclusivité concédée à la recourante en particulier auprès de la Fnac, laquelle possède aussi des magasins en France. Selon la recourante, cette précision est importante dans la mesure où la Fnac a déjà des comptes ouverts pour chacun de ses magasins chez les principaux éditeurs. La recourante aurait ainsi voulu demander à l'éditeur « d'empêcher la Fnac suisse de lui adresser une demande de rajouter quatre magasins pour la Suisse, sous prétexte qu'il y en a d'autres pour la France ». Elle aurait « uniquement demandé à l'éditeur de ne pas ouvrir de comptes permettant à la Fnac d'avoir un office, un suivi commercial comme avec ses autres libraires français ». Elle ne lui aurait dès lors pas demandé de surveiller ce que faisait la centrale d'achats ou de surveiller les autres grossistes. Elle précise encore qu'en écrivant « dans la mesure de ses moyens », elle a voulu éviter à l'éditeur « une négociation qui serait trop à son désavantage si la Fnac insistait » ; elle voulait éviter tout « clash » entre l'éditeur et la Fnac dans une négociation la concernant. La recourante, qui dit diffuser des éditeurs de taille moyenne à petite, ajoute encore que dite clause était toutefois inutile dès lors que tous les éditeurs en France n'ont pas de compte ouvert pour chacun des magasins Fnac ; certains éditeurs sont effet trop petits pour justifier l'ouverture d'un compte par magasin et n'auraient dès lors qu'un seul compte Fnac - ce que la recourante ignorait et n'aurait appris que plus tard. Partant, les librairies Fnac voulant commercialiser les livres d'un petit éditeur (auprès duquel elles n'ont pas de compte ouvert) peuvent commander ceux-ci à l'éditeur via ce compte vers la centrale d'achats française (sans que l'éditeur ne le sache forcément), laquelle envoie les livres en Suisse. Rien n'empêche dès lors la Fnac, si elle le souhaite, de commander des livres depuis sa centrale d'achats française à l'éditeur, laquelle les envoie en Suisse. Cette clause n'avait ainsi « pas de sens car il n'y aurait de toute façon pas eu de demandes de la part des Fnac pour ouvrir des comptes depuis la Suisse, puisque, déjà en France, elles ne le faisaient pas ». A suivre l'interprétation fournie par la recourante lors de son audition, dite clause signifierait donc que l'éditeur s'engage, dans la mesure de ses

moyens, à faire respecter l'exclusivité octroyée à la recourante auprès des clients de celle-ci, à savoir les librairies suisses et, en particulier, auprès des Fnac suisses. Formulé autrement, l'éditeur s'engagerait à faire respecter ladite exclusivité auprès des librairies suisses et, en particulier, auprès de celles disposant également de magasins à l'étranger, comme c'est le cas des Fnac suisses.

E. 9.2.1.3

Or, une telle interprétation ne peut raisonnablement et de bonne foi être suivie et ce, tant par la lettre que par le but poursuivi par dite clause. Du point de vue littéral d'abord, si la seconde partie de la clause visait effectivement les librairies suisses disposant de points de vente à l'étranger, celle-ci s'adresserait dès lors à des chaînes de magasins uniquement. Dans ce cas, pourquoi alors spécifier qu'il peut s'agir de « librairies ou chaînes de librairies » ? Pourquoi mettre l'accent, par l'emploi de l'adverbe « en particulier », sur les librairies suisses si elles ne se distinguent finalement pas de celles mentionnées dans la première partie de la clause ? De même, à supposer que les « points de vente en dehors du territoire suisse » ne se rapportent qu'aux chaînes de librairies, pourquoi répéter alors que dite clause vise - et, de surcroît, en particulier - les librairies suisses ? Du point de vue téléologique ensuite, on peine à saisir le but visé par la précision apportée dans la seconde partie de la clause : l'exclusivité octroyée doit être respectée par les clients du diffuseur et, en particulier, par les Fnac suisses. La Fnac suisse étant une chaîne de librairies implantée en Suisse et livrée par la recourante, elle est incontestablement déjà comprise dans la première partie de la clause - les « clients du diffuseur ». A suivre la recourante, la seconde partie de la clause ne serait dès lors qu'une redite de la première. En outre, on peine à saisir pour quels motifs la recourante tenait à ce que les Fnac suisses en particulier n'ouvrent pas de comptes auprès de l'éditeur, celle-ci s'étant contentée d'« expliquer » qu'elle voulait empêcher la Fnac suisse d'adresser à l'éditeur une demande de rajouter quatre magasins pour la Suisse, sous prétexte qu'il y en a d'autres pour la France ; qu'elle ne voulait pas que celle-ci puisse avoir un office, un suivi commercial comme avec ses autres libraires français. Ceci étant, le tribunal retient qu'on ne peut, raisonnablement et de bonne foi, comprendre la clause litigieuse autrement que dans le sens où l'éditeur s'engage (dans la mesure de ses moyens) à faire respecter l'exclusivité accordée à la recourante auprès des libraires suisses et, en particulier, auprès des libraires ou chaînes de librairies situés à l'étranger. Aucune autre interprétation ne peut objectivement être déduite de dite clause. La seconde partie de la clause contenue à l'art. 2 constitue dès lors une clause de protection territoriale, comme l'avait par ailleurs auparavant admis la recourante dans son recours et ses écritures ultérieures. Reste encore à déterminer si, comme elle le prétend, celle-là ne viserait que les ventes actives, les ventes passives n'y étant pas mentionnées. L'éditeur s'est engagé auprès de la recourante « à faire respecter » cette exclusivité dans la mesure de ses moyens. Or, il va de soi que l'exclusivité octroyée à la recourante sur le territoire suisse ne peut être garantie que si les ventes actives et les ventes passives sont exclues. Même si, comme le relève la recourante, une telle précision ne ressort pas expressément de la lettre de la clause, il est sous-entendu que l'éditeur s'emploiera, par tous les moyens, à faire respecter cette exclusivité et ne se limitera pas à interdire les seules ventes actives. Le but visé par la clause ne peut en effet être pleinement atteint que si aucune importation parallèle - qu'elle soit encouragée ou spontanée - n'est entreprise. Contrairement à ce que soutient la recourante, on ne peut dès lors objectivement déduire de dite clause que celle-ci vise les seules ventes actives. A noter encore les contradictions de la recourante qui a affirmé que plus de [...] % des contrats passés avec ses éditeurs ne faisaient aucune référence aux ventes

passives (cf. infra consid. 9.5.3.1), ce qui laisse à penser que les contrats contenant une clause « renforcée » eux s'y réfèrent. Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que la seconde partie de la clause contenue à l'art. 2 des contrats de diffusion-distribution exclusives passés entre la recourante et 15 de ses éditeurs constitue une clause de protection territoriale absolue.

E. 9.2.2

5 des 9 contrats de distribution pure, versés à la cause, contiennent en outre les clauses suivantes : Art. 1 « L'éditeur confie au distributeur la distribution exclusive de ses ouvrages en Suisse auprès des libraires, kiosques, et grandes surfaces. » Art. 6 « L'éditeur délivrera rapidement les commandes du distributeur selon le mode de transport déterminé et fera respecter la présente convention par tous les grossistes et autres dépositaires. »

E. 9.2.2.1

Egalement invitée, lors de son audition devant le tribunal de céans, à se prononcer sur l'art. 6 contenu dans cinq de ses contrats de distribution pure, la recourante a tout d'abord indiqué que ce n'est pas elle qui les avait rédigés ; elle les avait reçus. Elle expose ensuite que les éditeurs concernés par ces contrats ne relèvent pas de l'économie du livre traditionnel, qu'ils publient pour des auteurs qui veulent être publiés à compte d'auteur. L'auteur s'engage alors à acheter son stock ; le contrat entre l'éditeur et l'auteur prévoit en règle générale que l'auteur est le propriétaire des livres ; il peut naturellement également les vendre. La recourante n'entreprend aucun travail de diffusion ; dans la plupart des cas, c'est l'auteur lui-même qui passe d'une librairie à l'autre pour présenter son livre. Si le libraire refuse toutefois d'acheter directement à l'auteur, il commande le livre auprès de la recourante. Ces contrats de distribution pure ne concernent que des auteurs suisses. La recourante ajoute que les éditeurs en question ont un distributeur attitré pour la France : Y._____, lequel livre toute commande émanant d'un libraire suisse. La recourante n'aurait dès lors pas l'exclusivité de la distribution des ouvrages desdits éditeurs en Suisse, dès lors que tant les auteurs que Y._____ livrent sur ce territoire. Elle ajoute pour finir que Y._____ n'est pas un grossiste dissimulé ; il s'agit du distributeur officiel de l'éditeur.

E. 9.2.2.2

Ainsi, à suivre la recourante, le fait que le distributeur officiel français Y._____ puisse soi-disant livrer en Suisse les ouvrages des cinq éditeurs en cause lui ayant confié la distribution exclusive de leurs catalogues pour la Suisse apporterait la preuve qu'elle ne disposerait pas de l'exclusivité sur ce territoire. Ce faisant, les engagements pris par les éditeurs consistant à faire respecter la convention par tous les grossistes et autres dépositaires constitueraient, selon la recourante, des accords de protection territoriale absolue même si, contrairement aux 15 contrats de diffusion-distribution exclusives précités, elle ne leur reconnaît pas expressément un caractère « renforcé ». Rien au dossier ne permet en revanche de déterminer ce que chacun des cinq éditeurs signataires a réellement voulu par la conclusion de dite clause. Ceci étant, en tant que la réelle et commune intention des parties ne peut en l'espèce être retracée, il se justifie de procéder à une interprétation objective de la clause litigieuse, ce d'autant plus qu'il s'agit d'une clause-type, reprise à l'identique dans les cinq contrats. A l'instar de ce qui précède, il s'agit dès lors de déterminer le sens que les parties pouvaient et devaient, raisonnablement et de bonne foi, attribuer à la seconde partie de l'art. 6 contenu dans cinq contrats de distribution pure. Si l'engagement litigieux figure certes dans une phrase dont la première partie traite de

la question du transport des ouvrages de l'éditeur vers le distributeur, il lui est relié par la conjonction de coordination "et". Ainsi, au regard des termes utilisés, dit engagement possède une portée plus large que celle restreinte au seul transport des livres. En effet, l'emploi des termes « la présente convention » s'oppose à une application dudit engagement confinée à ladite clause et lui confère une portée propre en lien avec l'ensemble des autres clauses, en particulier avec celle d'exclusivité simple contenue à l'article premier des contrats en cause. Il y a dès lors lieu d'admettre que la clause litigieuse vise toute entité active dans la vente des ouvrages contractuels au niveau wholesale. Par la signature de cette clause, les éditeurs concernés se sont ainsi engagés à faire respecter l'exclusivité concédée à la recourante sur le territoire suisse par leurs autres partenaires de distribution. En l'occurrence, la vente des ouvrages des cinq éditeurs parties aux contrats de distribution pure avec la recourante est assurée sur le territoire français par le distributeur Y. _____. A cet égard, il y a lieu de relever que l'assertion selon laquelle Y. _____ livrerait n'importe quel libraire en Suisse n'est confortée que par un seul élément de preuve, postérieur à la période de référence (cf. supra consid. 9.11). Enfin, pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessus en lien avec l'art. 2 des 15 contrats de diffusion-distribution exclusives (cf. supra consid. 9.2.1.3), la clause litigieuse contenue à l'art. 6, en relation avec l'article premier, vise tant les ventes actives que les ventes passives. Il suit de ce qui précède qu'il peut être raisonnablement admis qu'en lien avec les clauses d'exclusivité simple que contiennent les cinq contrats de distribution pure, la seconde partie de la clause contenue à l'art. 6 constitue une clause de protection territoriale absolue.

E. 9.3

De plus, en tant que les 20 éditeurs, parties aux contrats précités contenant une clause de protection territoriale absolue (cf. supra consid. 9.2.1 et 9.2.2), ont pris un tel engagement auprès de la recourante, il convient d'admettre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, que les éditeurs ont effectivement mis en oeuvre celui-là. Une telle promesse fait en effet naître une présomption de fait que dites entités concédantes ont passé des contrats ou pris des mesures afin d'empêcher leurs partenaires de distribution actifs sur d'autres territoires de livrer les produits contractuels en Suisse. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". Elle peut être affaiblie par des éléments apportés par la partie recourante (cf. ATF 130 III 699 consid. 4.1 in fine et réf. cit. ; 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. 9.3.1

A cet égard, la recourante a fait valoir dans ses écritures que, parmi les 15 contrats de diffusion-distribution contenant une clause d'exclusivité « renforcée » (cf. supra consid. 9.2.1), ceux passés avec les éditeurs E.C._____, E.B._____, E.D._____, E.E._____ et E.F._____ prévoient que l'auteur peut acheter à l'éditeur les ouvrages qu'il a écrits avec des remises importantes. Les auteurs s'en serviraient ainsi souvent pour vendre leurs livres directement ; ils approcheraient les détaillants en leur proposant d'écouler quelques exemplaires de leurs ouvrages. Aussi, nonobstant la clause « renforcée », la recourante n'aurait pas la maîtrise du marché de l'approvisionnement en Suisse, dite clause n'étant en effet pas efficace pour un certain nombre d'éditeurs vendant directement aux auteurs établis en Suisse. Bien qu'il s'agisse d'un marché confidentiel, les ventes directes par l'auteur représentent une concurrence réelle sachant que la recourante écoule la

majorité des livres [...]. Cette pratique est d'autant plus courante lorsqu'elle est le fait d'un auteur de Suisse romande.

E. 9.3.2

Tout d'abord, il y a lieu de constater que les contrats conclus avec les éditeurs précités - qui sont par ailleurs des contrats de distribution pure et ne font donc pas partie des 15 contrats de diffusion-distribution exclusives auxquels se réfère la recourante - ne contiennent nullement la disposition évoquée selon laquelle l'auteur pourrait acheter à l'éditeur les ouvrages qu'il a écrits avec des remises importantes. Ensuite, il ressort des écritures de la recourante, de même que de son audition devant le tribunal de céans ainsi que des 5 contrats de distribution pure en question que ceux-ci concernent principalement la distribution d'ouvrages d'auteurs suisses (romands). Or, la vente directe de livres par des auteurs établis en Suisse aux détaillants sis sur ce même territoire n'est pas apte à démontrer que le marché suisse n'était pas cloisonné. En effet, ceux-là n'étant pas actifs à l'étranger, ils n'entrent pas dans la définition de « autres fournisseurs agréés » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. supra consid. 8.2.3).

E. 9.3.3

Il s'ensuit que la vente directe de livres par des auteurs suisses aux détaillants suisses ne serait, dans tous les cas, pas apte à affaiblir la présomption de fait selon laquelle les éditeurs parties aux contrats de distribution pure précités prévoyant une clause de protection territoriale absolue ont exclu les ventes passives sur le territoire national par d'autres fournisseurs agréés.

E. 9.4

Il ressort de ce qui précède qu'indépendamment de la qualification que leur a donnée la recourante ou encore de leur teneur, les contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s) passés entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont constituent - au moins pour 20 d'entre eux - des indices selon lesquels ceux-là ont interdit les ventes passives par leurs partenaires de distribution actifs hors de Suisse. Quant aux autres contrats d'exclusivité (simple), ils ne pourraient conduire au cloisonnement du marché que si d'autres éléments venaient le prouver.

E. 9.5

Aussi, il y a lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer ou, à l'inverse, d'infirmer que les éditeurs précités ont, durant la période considérée, exclu - de manière directe ou indirecte - les ventes passives sur le territoire suisse par leurs partenaires de distribution actifs à l'étranger.

E. 9.5.1

A titre préalable, il y a lieu de rappeler quelques principes procéduraux. La procédure administrative fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire (ou inquisitoriale), 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 (cf. art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA ; ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1 ; arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 186 et réf. cit. ; Clémence Grisel, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, thèse Fribourg 2008, p. 49 ss n° 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 du renvoi 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 (cf. art. 40 PCF, 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 71 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*, ancrés 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 Publigroupe consid. 2.2.2). En tant que 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 dans 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 (certitude ; volle Überzeugung). 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*). 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 du TAF B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.4 et réf. cit. et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 156 ss et réf. cit. ; Patrick L. Krauskopf/Katrin Emmenegger/Fabio Babey, in : *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2e éd. 2016, art. 12 p. 290 ss no 217, Michael Tschudin, *op. cit.*, p. 1333 ss, spéc. p. 1345). 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, 133 III 81 consid. 4.2.2 et réf. cit. ; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2 et réf. cit. ; arrêts du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 159 et réf. cit. ; Fabienne Hohl, Procédure civile, tome I, 2e éd. 2016, p. 315 ss no 1905 ss). La Haute Cour 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 ; arrêt du TF 2C_511/2013 du 27 août 2013 consid. 2.4 ; Hohl, op. cit., p. 327 ss no 1971 ss). En l'occurrence, à l'instar de la procédure administrative ordinaire, la certitude est en principe également requise en droit des cartels suisse (cf. arrêts du TAF B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 4.3.2, B-581/2012 Nikon consid. 5.5.2 et réf. cit.). Les autorités de la concurrence doivent ainsi être convaincues de l'existence des éléments constitutifs de la définition de l'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Les exigences liées à la preuve ne doivent toutefois pas être exagérées lorsque, comme en l'espèce, les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 Publigruppe consid. 8.3.2). En effet, les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont en pratique très rares (cf. Philipp Estermann, Die unverbindliche Preiseempfehlung, 2016, p. 216). L'appréciation doit donc se faire sur la base d'indices dans de tels cas (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 6.4.4). 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). Dans le cas d'espèce, la charge et le fardeau de la preuve de l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 LCart incombent aux autorités de la concurrence (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 232 ss no 36). Il s'ensuit que l'existence d'une exclusion des ventes passives sur le territoire suisse imposée, durant la période de référence, par les partenaires commerciaux en amont de la recourante à leurs autres fournisseurs agréés doit être établie avec certitude, l'appréciation pouvant toutefois se faire sur la base d'indices.

E. 9.5.2

Ainsi, l'autorité inférieure a relevé dans sa décision que de nombreux diffuseurs avaient indiqué au cours de l'enquête que le régime d'exclusivité était indispensable pour garantir la faculté accordée aux détaillants suisses de retourner leurs invendus (droit de retour). L'autorité inférieure y voit une contradiction avec l'affirmation des diffuseurs, 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 le régime d'exclusivité exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque de comportements opportunistes, puisque le diffuseur peut partir de la certitude que les livres qui lui parviennent en retour ont d'abord été livrés par ses propres soins.

E. 9.5.2.1

La recourante fait savoir qu'elle n'a jamais prétendu qu'une interdiction des ventes passives était nécessaire pour garantir le droit de retour. Elle expose n'accorder un droit de retour aux

libraires que pour les livres diffusés selon le système de « l'office nouveautés », c'est-à-dire pour des commandes passées avant la parution des nouveautés. Ce faisant, soit le représentant du diffuseur rend visite au libraire pour lui présenter les nouveautés à paraître et prend note de ses commandes (office personnalisé), soit l'éditeur propose une « grille d'office » énumérant toutes les catégories de livres susceptibles de paraître et le libraire indique pour chaque élément de la grille qui l'intéresse la quantité qu'il souhaite recevoir à parution. Le droit de retour accordé sur ce type de commandes permet ainsi de supprimer les conséquences de l'erreur d'appréciation du libraire sur la quantité d'ouvrages qu'il a commandés (sans les connaître). Ce système, qui apporte un avantage certain au libraire et qui permet au diffuseur de vendre des livres que le libraire n'aurait peut-être pas commandés autrement, fait l'objet d'un contrat tacite entre le diffuseur et le libraire : pour une référence commandée en office, et pour la durée du droit de retour (en général dix à douze mois suivant la parution de la nouveauté), le libraire s'abstient de commander cette référence ailleurs. Cette garantie d'approvisionnement exclusif du libraire vis-à-vis du diffuseur serait tout à fait licite du point de vue de la concurrence. Ceci étant, il ne serait pas nécessaire d'introduire des clauses d'interdiction de ventes passives pour que le droit de retour puisse s'exercer sans dommage pour le diffuseur. Il est vrai qu'en général un détaillant, client de la recourante, ne cherchera pas à s'adresser à un autre diffuseur ou distributeur à l'étranger s'il bénéficie du droit de retour et s'il est satisfait de sa relation avec elle, ce qui n'est pas illicite. Le droit de retour ne sera en revanche plus accordé par le diffuseur (avec l'accord de l'éditeur) si le détaillant lui retourne des livres achetés ailleurs ; la relation contractuelle peut subsister mais le privilège du retour ne sera plus donné. Le détaillant qui ne souhaite pas bénéficier du privilège du retour peut en revanche acheter, à sa guise, ses livres ailleurs. Pour tous les livres diffusés autrement que sous le régime de l'office - soit, pour les exercices 2011 et 2012, environ [...] % du chiffre d'affaires du secteur diffusion de la recourante - le droit de retour est exclu ; « aucun besoin de se protéger dans ces cas-là ». La recourante précise encore que le droit de retour s'appuie sur un accord passé avec les libraires et non avec les éditeurs ; il s'applique indépendamment du type d'accord d'exclusivité (« simple » ou « renforcée ») passé entre le diffuseur et l'éditeur. Le refus des ventes passives n'est pas requis pour garantir le droit de retour ; le contrat d'exclusivité limitant les ventes actives suffit. La recourante ajoute encore qu'une vente découlant de l'office nouveautés serait une vente active. Ce serait évident dans le cas de l'office personnalisé puisque le représentant visite régulièrement le libraire. Il en irait de même s'agissant de la grille d'office dès lors qu'elle implique une négociation entre le représentant et le libraire (pour l'établir ou pour la modifier) et est assortie d'un droit de retour ; elle ne peut donc pas être considérée comme une vente passive. De plus, elle agit comme une « publicité ciblée » puisqu'elle permet au libraire de prendre connaissance des nouveautés sans risque, ce qui confirme la nature de vente active. L'autorité inférieure considère que le fait que des accords tacites d'approvisionnement exclusif avec les détaillants existent confirme que le système de distribution de la recourante a reposé sur une exclusion des ventes passives, laquelle aurait été garantie par le régime d'exclusivité qu'elle a mis en place avec ses partenaires commerciaux non seulement en amont mais également en aval, soit avec les détaillants. En d'autres termes, selon la recourante, un détaillant qui s'adresserait à une source alternative d'approvisionnement à l'étranger pour obtenir des livres diffusés-distribués en Suisse violerait l'accord tacite qu'il a passé avec elle. L'autorité inférieure relève en outre que non seulement la recourante n'a pas prétendu que la faculté pour les libraires de retourner les livres invendus avait été mise en oeuvre de manière

différente selon que la clause prévoyait une exclusivité « renforcée » ou « simple » mais encore, elle a expressément admis elle-même que le droit de retour s'appliquait indépendamment du « type » d'accord d'exclusivité. Enfin, l'autorité inférieure soutient que l'argument de la recourante prétendant qu'une exclusion des ventes uniquement actives serait apte à permettre la gestion du droit de retour ne correspond pas aux faits. La recourante ne serait en effet nullement protégée d'un détaillant qui procéderait à des importations parallèles, par exemple par l'intermédiaire d'un libraire en France et qui retournerait les livres auprès de la recourante. C'est seulement si un détaillant ne peut pas s'approvisionner par un autre canal que la recourante a l'assurance que seuls les livres qu'elle a distribués lui seront, le cas échéant, retournés.

E. 9.5.2.2

Selon la recourante, le bon fonctionnement du droit de retour serait en l'espèce garanti par le fait qu'un détaillant qui a sollicité un droit de retour sur des invendus commandés selon le système de l'office ne chercherait pas à obtenir les titres ainsi commandés à l'étranger et qu'il sait que s'il le faisait, il ne bénéficierait plus de droit de retour. Entendue par le tribunal de céans lors d'une audience d'instruction, la recourante - à la question de savoir si elle avait un moyen de se rendre compte si, par hypothèse, un libraire suisse lui retournait des livres achetés auprès d'un grossiste français - a répondu : « A vrai dire, non. Mais s'il retourne plus de livres que ce que nous avons envoyés, nous nous en rendons compte ». Ce faisant, il y a lieu d'admettre que la recourante n'a mis en place aucun dispositif lui permettant de s'assurer que les livres (diffusés selon le système de l'office nouveautés) qui lui sont retournés ont bel et bien été achetés auprès d'elle. L'engagement tacite des libraires tendant à ne pas s'approvisionner ailleurs pour lesdites références ne lui permet en effet nullement de se prémunir contre tout risque de comportements opportunistes en relation avec les invendus. La menace pesant sur eux de ne plus pouvoir bénéficier du droit de retour s'ils étaient amenés à acheter les livres en question auprès d'une source d'approvisionnement alternative n'a pas d'effets contraignants dès lors que la recourante ne dispose d'aucun moyen de contrôle pour le cas où la quantité retournée n'excéderait pas celle vendue. Ceci étant, il ne peut être exclu qu'en l'espèce, le droit de retour accordé par la recourante était garanti par le cloisonnement du marché suisse, alors qu'il ne peut être admis que la suppression de la concurrence constitue le seul moyen permettant de mettre en place un droit de retour fonctionnel (cf. sur ce point infra consid. 17.3.2). L'absence de mesures efficaces mises en place par la recourante pour s'assurer de ne pas rembourser des livres qu'elle n'a pas vendus constitue dès lors un indice en faveur de l'existence, durant la période considérée, d'un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité interdisant les ventes passives. En revanche, contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure, l'on ne saurait voir dans ledit engagement tacite des libraires, lequel concerne la seule recourante et ses détaillants, la matérialisation de la promesse de l'éditeur de faire respecter l'exclusivité accordée à la recourante par ses autres fournisseurs agréés. La recourante a indiqué dans ses écritures que les 15 contrats de diffusion-distribution exclusives, auxquels elle a reconnu un caractère « renforcé », représentaient environ [...] % de son chiffre d'affaires total dans la diffusion (cf. é.g. infra consid. 12.1). Or, toujours selon la recourante, les ventes assorties d'un droit de retour auraient représenté, durant la période visée par l'enquête, en moyenne [...] % de son chiffre d'affaires global. Elle a encore mentionné au cours de l'audience d'instruction que les livres faisant l'objet de contrats de distribution pure - dont il a été admis, au moins pour cinq d'entre eux, qu'ils comportaient également une clause de protection territoriale absolue - n'étaient pas diffusés selon le système de l'office nouveautés

(cf. supra consid. 9.2.2.1). Il s'ensuit que les ventes assorties d'un droit de retour ont également concerné les ouvrages faisant l'objet de contrats d'exclusivité simple. Partant, le droit de retour, tel que pratiqué par la recourante, constitue un indice selon lequel l'ensemble de son système de distribution - indépendamment de la teneur de ses contrats - a cloisonné le marché. La mise en oeuvre du système de distribution de la recourante n'a en effet nullement été différente selon que celle-ci se trouvait dans une relation contractuelle d'exclusivité « simple » ou « renforcée », les systèmes de distribution ne contenant pas de clause « renforcée » ne prévoyant pas d'autre mécanisme pour gérer le droit de retour. L'argument de la recourante selon lequel une vente découlant de l'office nouveautés serait une vente active est dénué de toute pertinence. Seules les ventes entreprises par les « autres fournisseurs agréés » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart - et non celles opérées par le diffuseur-distributeur exclusif lui-même - sont pertinentes s'agissant d'établir l'existence ou non d'une protection territoriale absolue. De même, à l'instar de l'autorité inférieure, l'on ne voit pas en quoi la seule interdiction des ventes actives (imposée aux entités actives au niveau wholesale à l'étranger) protégerait la recourante de comportements opportunistes. En effet, un détaillant pourrait tout à fait retourner auprès et à l'insu de la recourante des exemplaires supplémentaires de nouveautés qu'il aurait spontanément commandés à l'étranger après que celle-ci les lui ait présentées et envoyées.

E. 9.5.3

L'autorité inférieure fournit encore un autre élément quant à la portée du régime d'exclusivité de la recourante, à savoir un passage d'un procès-verbal daté du 25 mai 2005 d'une réunion de l'assemblée professionnelle du domaine diffuseurs au sein de l'ASDEL du 11 mai 2005, à laquelle a assisté notamment la recourante. Son contenu est le suivant (acte 547f p. 4 du dossier de la Comco [ci-après : acte]) : "M. P. _____ [Servidis] a récemment rencontré M. K. _____ [Payot]. Ce dernier 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. À la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document."

E. 9.5.3.1

Se fondant sur les auditions menées auprès des diffuseurs 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 K. _____ à P. _____ ne vise que les situations de rupture de stock, les diffuseurs perçoivent une telle démarche comme un danger pour leur système de distribution respectif, raison pour laquelle dite demande, adressée bilatéralement à P. _____, a été abordée au cours de l'assemblée des diffuseurs et a donné lieu à un tour de table. En d'autres termes, pour les diffuseurs-distributeurs, ouvrir la distribution en cas de rupture de stock revient à tolérer une exception qui pourrait avoir des conséquences non limitées à ces situations ; c'est dans ce sens que "personne n'est d'accord". Selon l'autorité inférieure, les diffuseurs se sont dès lors entretenus sur le danger des importations parallèles pour leur survie, ce qui a renforcé la capacité des 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 détaillants 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. Rappelant que l'autorité

inférieure n'a pas retenu l'existence d'un accord horizontal entre les diffuseurs, la recourante fait savoir qu'elle ne s'est pas exprimée au cours de ladite réunion. En outre, elle conteste que ce soi-disant échange d'informations ait renforcé sa capacité à exclure les ventes passives dès lors que plus de [...] % des contrats passés avec ses éditeurs « ne font aucune référence aux ventes passives ».

E. 9.5.3.2

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 présents lors de ladite assemblée ont pour la plupart indiqué, tout comme K. _____ (acte 913 ligne 142), que le « document » auquel il est fait référence dans le procès-verbal n'a jamais existé, ce qui permet d'emblée 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. Néanmoins, Q. _____ (Diffulivre), qui n'a pas assisté à ladite assemblée, a déclaré avoir pris contact avec R. _____ (Diffulivre), présent lors de celle-ci, afin d'obtenir des éclaircissements sur la teneur du passage litigieux du procès-verbal. Q. _____ a ainsi indiqué que « 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 » (acte 902 lignes 362 ss). Q. _____ a relevé à cet égard que « il n'y avait pas à tomber d'accord parce qu'ils ne pouvaient pas prendre la décision sur, autoriser ou refuser, les importations parallèles » (acte 902 lignes 366-367). Entendu par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012 (acte 914), P. _____ a admis qu'à la lecture de la proposition du secrétariat, il ne se souvenait plus du tout de cette affaire ; il a toutefois supposé que, si on le citait, c'est qu'il devait avoir tenu ces propos (lignes 435 ss). Ce nonobstant, il a indiqué avoir déclaré lors de dite assemblée que K. _____ souhaitait pouvoir se servir en France pour les ouvrages en rupture de stock. Or, il considère que, si K. _____ se servait en France pour une partie de la production, il pouvait très bien se servir en France pour l'intégralité de la production (lignes 451 ss), si bien que, dans ce cas, sa société n'existerait plus (lignes 454 ss). Il a ajouté que les diffuseurs n'avaient pas le pouvoir d'empêcher les « gens » de se servir en France (lignes 414 ss). Interrogé le même jour sur ce point par l'autorité inférieure, K. _____ (acte 913) a exposé que dite requête - également adressée à Diffulivre, Gallimard et Interforum - consistait à trouver avec les diffuseurs un « système parallèle » pour les titres en rupture de stock, « de manière à ramener le délai à quelque chose d'acceptable et raisonnable » (lignes 148 ss). Le délai de livraison, en général supérieur à deux semaines, était lié aux ruptures de charge entre le moment où le libraire commandait le livre et le moment où il le recevait. Les ruptures de charge étaient dues au fait qu'en général, le diffuseur suisse ne passait pas tous les jours une commande chez le distributeur français et qu'il n'allait pas non plus relever la marchandise tous les jours chez celui-ci (lignes 166 ss). La demande de K. _____ tendait ainsi à obtenir un accord de principe quant à la mise en place d'un circuit visant à éviter ces ruptures de charge. Il déplore qu'aucun diffuseur n'ait pris en compte ses besoins (ligne 152).

E. 9.5.3.3

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 ayant eux-mêmes indiqué avoir de vagues souvenirs de cette affaire. Par ailleurs, l'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, P._____ 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 10 à 15 jours (acte 914 lignes 446 ss). De plus, il y a lieu de noter qu'au cours de son audition, P._____ 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 (acte 914 ligne 451 ss). De même, Q._____ a rapporté que le tour de table avait porté sur les importations parallèles (acte 902 lignes 362 ss). Or, attendu que la tenue de tels propos ne sert les intérêts ni de Servidis ni de Diffulivre dans la procédure, il convient de reconnaître une certaine force probante à ces déclarations. En outre, comme l'a relevé l'autorité inférieure, un passage du procès-verbal de la réunion l'ASDEL du 12 mars 2007 indique que les diffuseurs ont abordé la question des importations parallèles : « Les diffuseurs ont appris que la Fnac Suisse 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 plate-forme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches et prendront au besoin des dispositions appropriées » (acte 547f p. 12). En définitive, 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 lors de l'assemblée du 25 mai 2005, ce qui constitue également un indice en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives imposée par les partenaires contractuels en amont de la recourante.

E. 9.5.4

Il ressort de ce qui précède que l'exercice du droit de retour ainsi que les discussions intervenues en 2005, auxquelles a assisté la recourante, entre les diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL constituent des indices supplémentaires en faveur 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 en cause ont, dans les faits, conduit à l'interdiction des ventes passives des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

E. 9.6

Prise en compte des effets des accords

E. 9.6.1

L'autorité inférieure soutient que les systèmes de distribution, fondés sur des régimes d'exclusivité, des diffuseurs suisses ont dans les faits incontestablement visé les 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 suisse et Payot, ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui sont la cause de leur échec à importer parallèlement des livres de l'ensemble des diffuseurs durant la période visée par l'enquête. Seul le détaillant B.A._____ est parvenu à procéder à des importations parallèles par la mise en place du système "B.B._____" reposant sur des partenariats - secrets pour les diffuseurs en France comme en Suisse - avec des

détaillants en France. Pour B.A._____, la mise en place d'un tel procédé a également 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, si elles ne sont pas équivalentes, contiendraient, dans tous les cas, toutes une majoration par rapport au taux de change. Aussi, l'autorité inférieure considère que des possibilités d'arbitrage significatives ont existé durant toute la période de l'enquête, tant au niveau du paramètre prix que d'autres paramètres, tels que le service et la qualité.

E. 9.6.2

La recourante a pour sa part rétorqué que l'autorité inférieure révélait le fond de sa pensée en reconnaissant qu'il était possible de procéder à des importations parallèles mais pas dans un volume conséquent, l'autorité inférieure voulant donc « imposer un marché totalement ouvert dans lequel le libraire suisse devrait pouvoir s'adresser à n'importe qui en francophonie, là où le prix d'approvisionnement serait le plus favorable ».

E. 9.6.3

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 interdise les ventes passives (cf. arrêt du TAF B-506/2010 précité Gaba consid. 8.1.2 ; Peter Reinert, in : Stämplis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 5 p. 70 no 33 ; Krauskopf/Schaller, in : BSK-KG, 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 143 II 297 Gaba consid. 5.4.2, 144 II 194 BMW consid. 4.3.2 ; arrêt du TAF B-420/2008 précité Implenja 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 l'application de l'art. 5 al. 4 LCart mais seulement dans le cadre du renversement de la présomption (cf. arrêt du TAF 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 (cf. 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. Un autre choix serait inacceptable du point de vue systématique car il ferait dépendre l'application de l'art. 5 al. 4 LCart d'un comportement étranger à celui des entreprises participantes (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 609 et réf. cit. ; Amstutz/Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, op. cit., no 71 ; cf. également Deiss BO 2003 E 331 et Schiesser BO 2003 E 329 ss). Comme exposé plus haut (cf. supra consid. 9.5.1), la procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves. Partant, les effets constatés durant la période sous investigation sur le marché pertinent, en particulier le défaut d'importations parallèles significatives des ouvrages diffusés et/ou distribués en Suisse 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 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 488 ss no 223). De plus, 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, 6.5.4 ss, 7 ss). Le Tribunal administratif fédéral, dans son arrêt *Implenia*, 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 du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7). Enfin, l'art. 4/b 1er tiret REC 2790/1999, dont est inspiré l'art. 5 al. 4 LCart - raison pour laquelle il est en l'espèce admis de se référer au droit européen (cf. supra consid. 7.2) -, 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 (cf. point 47 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 al. 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 et réf. cit.). 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-8399/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.3 et B-8430/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Koch* consid. 7.1.3) - 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 à

la base de l'art. 5 al. 4 LCart. La prise en considération 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, en particulier au regard de la concurrence sur le plan intermarques. Il convient dès lors d'examiner plus avant ces effets.

E. 9.7

Possibilités d'arbitrage La première étape de l'analyse des effets des accords consiste à déterminer si des possibilités d'arbitrage ont existé durant la période considérée. Dans un deuxième temps, il s'agira d'établir si des importations parallèles ont été entreprises ou, à défaut, si elles auraient pu l'être. Ce n'est que dans un dernier temps - s'il est avéré que des importations parallèles n'étaient pas possibles - qu'il s'agira d'examiner la raison pour laquelle celles-ci ne pouvaient être opérées. Dans le cadre de l'enquête, le secrétariat a en particulier envoyé deux questionnaires à des libraires actifs en Suisse romande, le premier le 9 décembre 2008 (actes 88 ss) et le second le 2 mars 2011 (acte 343), portant notamment sur les canaux d'approvisionnement parallèles des livres écrits en français. Il a également adressé un questionnaire, en date du 31 octobre 2008 (acte 63), aux 13 diffuseurs suisses, portant également sur les possibilités d'approvisionnement dont disposaient les libraires suisses durant la période de référence. La plupart d'entre eux ont prétendu que B.A. _____ en particulier, ainsi que A. _____, la Fnac suisse et Payot avaient été en mesure d'opérer des importations parallèles depuis la France durant dite période. L'autorité inférieure a procédé à l'audition de ces quatre détaillants à la fin 2012. 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 », puisque ces livres ne connaissent justement pas de diffusion-distribution « officielle » ; dites importations ne concernent pas des titres distribués selon un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité pour la Suisse. 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 du TAF B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 6.3.19 et B-5685/2012 du 17 décembre 2015 Altimum consid. 4.8.4). 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 distributeur-diffuseur disposant du titre dans son catalogue ? », le cas échéant, à combien de reprises et s'ils y étaient parvenus. Parmi les libraires 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 la recourante sont pris en compte dans l'examen ci-après. Ainsi, sur les 30 libraires considérés, 20 ont répondu : « Non, jamais ». 67% des revendeurs visés n'ont ainsi pas tenté d'importations parallèles durant la période soumise à l'enquête, que ce soit auprès d'un éditeur, d'un diffuseur-distributeur ou d'un autre partenaire commercial. Il y a lieu de relever qu'à la question - contenue dans le questionnaire du 9 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 32 revendeurs ayant répondu à cette question et se fournissant en livres francophones en particulier auprès de la recourante, 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 d'autres ont indiqué qu'il existait d'autres sources d'approvisionnement à l'étranger, tout en exposant

les inconvénients de se fournir hors de Suisse. Il ressort de ces réponses que dits inconvénients se font particulièrement sentir chez les libraires indépendants. 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 suisse - des petits et moyens détaillants.

E. 9.7.1

Tout d'abord, il y a lieu de reconnaître que, durant la période visée, les prix pratiqués sur le marché wholesale français étaient inférieurs à ceux appliqués par les diffuseurs suisses. Comme l'a exposé l'autorité inférieure dans la décision attaquée (ch. 571), de même que Payot lors de son audition du 26 novembre 2012 (acte 913 lignes 662-672), la détermination des prix au niveau wholesale dans la branche du livre repose sur un système de tabelles de conversion établies, par chaque diffuseur suisse, à partir du prix d'origine en euros. Si elles ne sont pas identiques, ces tabelles contiennent toutes une majoration par rapport au taux de change. Celle-ci a pour corollaire une remise négociée par chaque détaillant avec chaque diffuseur, laquelle est plus élevée en Suisse qu'en France - chaque diffuseur agit sur ce plan d'une manière totalement indépendante ; il n'y a pas de lien entre les uns et les autres sur la fixation de leurs prix (ch. 571 décision attaquée). Malgré les remises, les prix de référence suisses restent néanmoins supérieurs aux prix d'achat français, ce qu'a également relevé Payot au cours de son audition (cf. infra consid. 9.8.2). Le libraire a en effet notamment déclaré avoir craint [...] lorsque la Fnac est arrivée sur le marché suisse si celle-ci utilisait son circuit logistique français pour approvisionner en livres ses quantités suisses. Ce différentiel de prix au niveau wholesale entre la Suisse et la France est également établi par les tentatives d'importations parallèles opérées par B.A. _____ durant la période visée (cf. infra consid. 9.8.3). Ces tentatives d'importations parallèles démontrent par la même occasion que, durant la période de l'enquête, le potentiel d'arbitrage au niveau du prix l'a emporté sur celui des services. Ensuite, on peut raisonnablement partir de l'idée que les volumes d'achats que Payot et la Fnac suisse auraient hypothétiquement pu générer en recourant aux importations parallèles (volume d'importation hypothétique) auraient été proportionnels aux volumes des ventes réalisées par ces deux librairies en Suisse. Ainsi, Payot, qui détient [...] % des parts du marché retail suisse du livre écrit en français (acte 913 ligne 95), aurait pu réaliser environ [...] des importations de livres francophones en provenance de France. Avec ses [...] % de parts de marché (acte 906 lignes 15-22), la Fnac suisse aurait pu réaliser [...] des dites importations parallèles. 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 de livres écrits en français actif en Suisse ([...] % 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 (acte 913 ligne 923). Quant à la Fnac suisse, avec un volume d'importation hypothétique d'environ [...], le numéro 2 de la branche 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 suisse correspond environ au volume d'importation de Servidis ([...] % de parts de marché entre 2009 et 2011 ; ch. 606 décision attaquée) - troisième plus gros importateur de la branche actif en Suisse après Interforum ([...] % de parts de marché entre 2009 et 2011 ; ch. 606 décision attaquée). En tant que la Fnac suisse 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 suisse des coûts d'importation supérieurs à ceux avancés par Payot. Il s'ensuit qu'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'importation n'auraient pas excédé ledit différentiel de prix.

E. 9.7.2

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 p. 5). Il sied en l'espèce de déterminer au plus près le niveau des prix wholesale français et suisses sur le catalogue diffusé et/ou distribué en Suisse par la recourante en vue d'établir d'abord si Payot et la Fnac suisse auraient eu concrètement un intérêt à procéder à des importations parallèles. La recourante n'ayant produit que la tablelle appliquée depuis le 30 mai 2007 (cf. acte 54), il n'est pas possible de déterminer avec précision dans quelle mesure elle a adapté ses tabelles durant la période de l'enquête. A l'appui de son recours, elle a toutefois indiqué que, pour un ouvrage dont le prix public français était de 29 euros, le prix public suisse s'élevait à [...] francs au début 2010, à [...] francs le 26 avril 2010, à [...] francs le 3 janvier 2011 et à [...] francs le 1er septembre 2011. Dès lors que les éléments de preuve à même de démontrer que des possibilités d'arbitrage n'ont pas existé durant la période de l'enquête - et notamment les tabelles de conversion appliquées - ne se trouvent que dans la sphère d'influence de la recourante, il lui appartenait de produire, conformément à son obligation de collaborer (cf. supra consid. 9.5.1), les tabelles sur lesquelles elle se fonde. Il s'ensuit qu'il y a lieu de partir du principe que la tablelle du 30 mai 2007 a été appliquée au moins jusqu'au 31 décembre 2009, dès lors que la recourante a fourni de nouveaux exemples de prix valables dès le début 2010. S'agissant de ceux-ci, et en l'absence de tabelles détaillées fournies par la recourante, il y a lieu de retenir que le taux de conversion valable pour un ouvrage dont le prix public était de 29 euros a été le même quel que soit le prix de l'ouvrage. De même, le tribunal retient que le taux de conversion de l'exemple du début 2010 a été appliqué entre janvier 2010 et avril 2010, que celui de l'exemple du 26 avril 2010 a été appliqué de mai à décembre 2010, que celui de l'exemple du 3 janvier 2011 a été appliqué de janvier à août 2011 et que celui de l'exemple du 1er septembre 2011 a été appliqué au moins jusqu'en décembre 2011. A titre liminaire, il y a lieu de préciser que la tablelle fournie prévoit deux barèmes (F1 et F2), sans qu'il soit indiqué quel barème est appliqué pour quel type d'ouvrages. Dès lors toutefois que le barème F1 prévoit un taux de conversion inférieur au barème F2, il y a lieu de se référer uniquement au premier, un taux de conversion inférieur bénéficiant à la recourante. Cela précisé, au regard de la tablelle fournie, des exemples donnés et du cours du taux de change entre l'euro et le franc suisse durant la période de référence (cf. statistiques du cours des devises de la Banque Nationale Suisse [ci-après : BNS], cf. < [< https://data.snb.ch/de/topics/ziredev#!/cube/devkum?fromDate=2004-03&toDate=2011-12&dimSel=D0\(M0,M1\),D1\(EUR1\) >](https://data.snb.ch/de/topics/ziredev#!/cube/devkum?fromDate=2004-03&toDate=2011-12&dimSel=D0(M0,M1),D1(EUR1)), consulté le 30 octobre 2019), il peut être retenu que la recourante a appliqué, entre juin 2007 et décembre 2009, un prix public au niveau retail en Suisse de [...] % en moyenne plus cher qu'en France s'agissant des livres dont la fourchette du prix public français s'élève jusqu'à 35 euros, soit le prix maximum prévu par la tablelle du 30 mai 2007 (acte 54). Entre janvier 2010 et avril 2010, le prix public au niveau retail en Suisse était de [...] % en moyenne plus cher que son

équivalent en France (exemple du début 2010 [pièce 7 recourante]), entre mai 2010 et décembre 2010, de [...] % en moyenne plus cher (exemple du 26 avril 2010 [pièce 7 recourante]), entre janvier 2011 et août 2011, de [...] % en moyenne plus cher (exemple du 3 janvier 2011 [pièce 7 recourante]) et, entre septembre 2011 et décembre 2011, de [...] % en moyenne plus cher (exemple du 1er septembre 2011 [pièce 7 recourante]). Ces augmentations moyennes des prix en Suisse par rapport à la France durant la période où la tablette a été appliquée se déterminent de la manière suivante : il y a d'abord lieu d'établir un facteur de conversion moyen pour la tablette du 30 mai 2007 pour la catégorie de livres précités (tablette du 30 mai 2007 [acte 54] : [...]). De même, il y a lieu d'établir le facteur de conversion pour chacune des périodes subséquentes, en fonction des exemples donnés par la recourante (exemple du début 2010 : [...] ; exemple du 26 avril 2010 : [...] ; exemple du 3 janvier 2011 : [...] ; exemple du 1er septembre 2011 : [...] [pièce 7 recourante]). Ensuite, il est tenu compte des taux de change mensuels moyens entre l'euro et le franc suisse pour la période correspondante, conformément aux statistiques du cours des devises de la BNS. Les différences entre les facteurs de conversion moyens et les divers taux de change entre l'euro et le franc suisse, divisées par lesdits taux mensuels, représentent les augmentations mensuelles moyennes des prix en Suisse par rapport à la France pour les livres jusqu'à 35 euros. De l'ensemble des augmentations mensuelles durant la période de validité de la tablette du 30 mai 2007 et des exemples fournis résultent les augmentations moyennes de [...] % entre juin 2007 et décembre 2009, de [...] % entre janvier 2010 et avril 2010, de [...] % entre mai 2010 et décembre 2010, de [...] % entre janvier 2011 et août 2011 et de [...] % entre septembre 2011 et décembre 2011. Aussi, le niveau des prix sur le marché wholesale français aurait été, entre juin 2007 et décembre 2009, [plus de 10] % inférieur à celui pratiqué en Suisse par la recourante. Il aurait été [plus de 10] % inférieur entre janvier 2010 et avril 2010, [plus de 10] % inférieur entre mai 2010 et décembre 2010, [plus de 10] % inférieur entre janvier 2011 et août 2011 et [plus de 10] % inférieur entre septembre 2011 et décembre 2011, compte tenu : - d'un taux de remise accordé à un libraire français du niveau de Payot sur le prix de vente en France de 40% - selon les indications de Payot dans le cadre de la demande d'informations du 12 juillet 2007 (acte 21, p. 5) ; - d'un taux de remise de base accordé au libraire suisse Payot sur le prix de vente tabellisé en Suisse de maximum [...] % - selon les chiffres communiqués par Payot dans le cadre de la demande d'informations précitée (acte 21, p. 5) ; - ainsi que du retrait de la TVA française à 5.5% du prix payé après déduction de la remise accordée en France et de l'ajout de la TVA suisse à 2.5% (à savoir le taux déterminant de TVA le plus élevé durant la période de référence, celui-ci étant passé de 2.4% jusqu'à fin 2010 à 2.5% dès début 2011) sur le prix d'achat français hors TVA. Ce montant se calcule comme suit : après déduction de la remise de 40% et de la TVA française, ainsi que de l'ajout de la TVA suisse, Payot aurait payé, au regard du marché wholesale français, 58.3% du prix public français ($(100\% - 40\%) / 1.055 \times 1.025$). Sur le marché wholesale suisse, ladite librairie n'a certes payé que [...] % du prix public recommandé en Suisse par la recourante, après déduction de la remise (plus élevée) de [...] % ($100\% - [\dots]\%$). Cela dit, le prix public suisse au niveau retail étant en moyenne respectivement de [...] % entre juin 2007 et décembre 2009, de [...] % entre janvier 2010 et avril 2010, de [...] % entre mai 2010 et décembre 2010, de [...] % entre janvier 2011 et août 2011 et de [...] % entre septembre 2011 et décembre 2011, plus élevé que celui en France pour la fourchette de livres considérée, le prix wholesale à acquitter par les détaillants suisses à la recourante totalise néanmoins : - entre juin 2007 et décembre 2009, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français ; - entre janvier 2010 et avril 2010, [...] % - soit

[...] % de [...] % - du prix public français ; - entre mai 2010 et décembre 2010, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français ; - entre janvier 2011 et août 2011, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français ; - et entre septembre 2011 et décembre 2011, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français. Dans l'ensemble, le prix requis par la recourante au niveau wholesale est : - entre juin 2007 et décembre 2009, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché wholesale en France ([...] % - 58.3% / 58.3%) ; - entre janvier 2010 et avril 2010, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché wholesale en France ([...] % - 58.3% / 58.3%) ; - entre mai 2010 et décembre 2010, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché wholesale en France ([...] % - 58.3% / 58.3%) ; - entre janvier 2011 et août 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché wholesale en France ([...] % - 58.3% / 58.3%) ; - et entre septembre 2011 et décembre 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché wholesale en France ([...] % - 58.3% / 58.3%). A noter qu'il est tenu compte du taux de TVA suisse le plus élevé pour l'ensemble de la période de l'enquête, dès lors qu'en prenant en considération celui-ci, l'on parvient à un différentiel de prix entre la Suisse et la France au niveau wholesale inférieur à celui obtenu en prenant les taux moins élevés, ce qui est au bénéfice de la recourante. De même, les chiffres ayant été arrondis lors des différentes étapes de calcul, il peut subsister une différence de l'ordre de 0.1% dans le résultat final. Celle-ci n'a toutefois pas d'influence sur les conséquences juridiques qu'il y a lieu de tirer de l'existence d'un différentiel de prix de [plus de 10] % entre les prix wholesale français et suisse. Le différentiel de prix de [plus de 10] % ayant existé entre les marchés wholesale français et suisse entre juin 2007 et décembre 2011 confirme ainsi que des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé pour Payot et la Fnac suisse durant cette période pour les ouvrages distribués par la recourante en Suisse. Quant à la période entre janvier 2005 et mai 2007, la recourante n'a pas produit de tableaux ni fourni d'exemples de prix. Dès lors que ces informations ne se trouvent que dans sa sphère d'influence, il lui appartenait aussi de les produire, conformément à son obligation de collaborer, de sorte qu'il peut être retenu que des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé durant l'entier de la période de l'enquête.

E. 9.7.3

Reste à examiner ce qu'il en était durant dite période pour les petits et moyens détaillants. Il ressort des réponses données au questionnaire de décembre 2008 par les détaillants s'étant fournis notamment auprès de la recourante qu'un approvisionnement à l'étranger présentait des inconvénients, tels que : 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, 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 rapidité des livraisons. La librairie A._____ a indiqué que, même si certains diffuseurs avaient des tabelles trop élevées, ceux-ci rendaient aux libraires un service inestimable, leur permettant ainsi d'être performants. Entendue par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012 (acte 909), S._____, en sa qualité de Présidente des libraires indépendants au sein de l'ASDEL et gérante de la librairie A._____, a expliqué que A._____ s'approvisionnait 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 [...] » (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 ». Le délai de livraison serait en outre plus long, si bien que la librairie serait moins « performante ». « [...] 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 » (lignes 347-350). Quant à savoir si elle prévoyait de s'approvisionner à l'étranger en cas de détérioration des conditions proposées en Suisse, S._____ répond ne pas y être fermée, insistant 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. Or, leur concurrence est fondée sur le service à la clientèle, lequel leur est garanti par les diffuseurs-distributeurs suisses. Il résulte de ce qui précède que, durant la période sous investigation et contrairement à ce que prétend l'autorité inférieure, les possibilités d'arbitrage ont été faibles pour les petites librairies. Il ressort en effet des réponses au questionnaire de 2008 que, lorsqu'un livre est disponible en Suisse, celles-là préfèrent passer commande auprès des diffuseurs-distributeurs suisses. En cas d'approvisionnement à l'étranger, les petites librairies doivent en particulier, ceci en raison de leur (faible) volume d'achat, faire face à des coûts fixes unitaires importants (frais de transport, frais de dédouanement, coûts d'exploitation d'un centre de distribution). Partant, il y a lieu d'admettre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, que la raison pour laquelle la majorité des détaillants indépendants considérés n'ont pas tenté d'importations parallèles durant la période de référence réside très vraisemblablement dans les inconvénients que représente un tel approvisionnement, ainsi que dans la qualité du service qu'ils reconnaissent au réseau de diffusion-distribution suisse. A noter toutefois que, même pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché retail en Suisse, l'exemple du libraire suisse B.A._____ - lequel a, par l'intermédiaire de différentes structures sises en France, poursuivi une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution prévus pour la Suisse (cf. infra consid. 9.8.3) - souligne l'existence de possibilités d'arbitrage par le prix lorsque le différentiel entre le taux de change effectif et les taux de conversion des tabelles était important. En effet, entendu par l'autorité inférieure en date du 26 novembre 2012 (acte 911), le responsable de l'enseigne B.A._____ a notamment déclaré que « 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 [...] » et indiqué s'approvisionner comme il le faisait dès lors que « c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions [...] normales ». Enfin, il convient encore de relever que les librairies de taille moyenne peuvent néanmoins bénéficier d'un potentiel d'arbitrage par le prix si elles coordonnent leurs importations - dans les limites de la loi - auprès de l'un des trois plus grands diffuseurs suisses, à savoir Diffulivre, Interforum ou Servidis. Ensemble, elles peuvent en effet atteindre un volume d'achat leur permettant de réaliser des économies

d'échelle élevées et d'assumer les coûts d'exploitation d'un centre de distribution en France.

E. 9.7.4

Il suit de ce qui précède que des possibilités d'arbitrage par le prix ont existé durant la période de référence pour les librairies Payot et la Fnac suisse ainsi que pour les revendeurs de taille moyenne, à condition que ceux-ci coordonnent leurs achats, dans les limites de 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 avaient existé durant la période visée par l'enquête s'agissant des ouvrages distribués par la recourante en Suisse.

E. 9.8

Existence d'importations parallèles Cela étant, il convient d'examiner si des importations parallèles ont été entreprises durant la période considérée (cf. infra consid. 9.8.1-9.8.5), respectivement si elles auraient pu l'être (cf. infra consid. 9.9.1-9.9.7). 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 libraires ayant indiqué s'approvisionner auprès de Albert le Grand. 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 quant à savoir si les importations parallèles étaient ou non possibles à cette 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 (importations directes), d'un diffuseur-distributeur étranger ou d'un autre partenaire commercial ; l'ensemble de ces expériences peuvent en effet constituer un indice selon lequel le système de distribution de la recourante a interdit les ventes passives.

E. 9.8.1

Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011 (acte 343), avoir tenté de se fournir à l'étranger, deux ont répondu avoir essayé, une seule fois, de s'approvisionner auprès d'un « distributeur/diffuseur étranger » et n'avoir rencontré aucune difficulté à obtenir le livre. Il s'agit des librairies D.A. _____ (une seule fois ; acte 353) et la Fnac suisse (une seule fois ; acte 411). A cet égard, il convient de relever que, dans le précédant 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 (acte 99). Il convient encore de préciser qu'en réponse à un questionnaire du 10 décembre 2007 envoyé à quelques détaillants, la Fnac suisse avait expliqué qu'un approvisionnement en France pouvait intervenir de manière très ponctuelle, notamment lorsque certaines références étaient en rupture prolongée chez les diffuseurs suisses et qu'il y avait une forte demande sur ces références (acte 53). Deux 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 » (acte 473) et de la librairie D.E. _____ (acte 421). Payot a indiqué s'approvisionner notamment à l'étranger auprès d'un « autre partenaire commercial », à savoir les librairies C. _____ (cf. infra consid. 9.8.1), 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 grand intérêt à le faire à grande échelle car si elle réduisait ses achats chez le diffuseur local, ses conditions commerciales, liées à ses achats annuels, seraient revues à la baisse un jour ou l'autre (acte 397). Il en va de même de la librairie D.G. _____ qui a indiqué avoir souvent acheté via le site Internet amazon.fr (acte 406). A noter que celle-ci a toutefois mentionné, 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 (acte 136). S'agissant des détaillants ayant répondu avoir pris contact avec un « éditeur », seule la librairie D.H. _____ a indiqué avoir tenté (une seule fois ; acte 427) de s'approvisionner directement auprès des éditeurs à l'étranger et n'avoir rencontré aucune difficulté - sans toutefois exposer les circonstances liées à cet approvisionnement. La librairie D.E. _____ a quant à elle 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 » (acte 421). Elle relève toutefois, dans le questionnaire de 2008, être en mesure d'obtenir le livre lorsque celui-ci n'est pas diffusé-distribué en Suisse (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 des librairies D.M. _____ (cf. actes 130 et 358), D.C. _____ (acte 473) et D.L. _____ (acte 412). 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. Ils ne sont toutefois pas assimilables à des importations réussies. En effet, les revendeurs font face à des difficultés ou des refus lorsque l'ouvrage en question est diffusé-distribué en Suisse. Partant, à l'instar de ce que relèvent Payot et la Fnac suisse notamment, 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. 9.8.2

Citée par plusieurs diffuseurs comme un exemple d'importations parallèles réussies, Payot - représentée par K. _____ et T. _____ (président de Payot) - a été entendue le 26 novembre 2012 par l'autorité inférieure (acte 913). Ceux-ci ont indiqué que, sur toute la période visée par l'enquête, Payot 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 et ce, 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 distribution en Suisse (lignes 400-409). A noter que ces dernières importations 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-distribués en Suisse, K. _____ a indiqué que Payot avait passé en 2005 un partenariat avec les librairies C. _____ à Lyon, ce qui représentait une alternative moins coûteuse qu'un achat direct (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, c'est-à-dire des mesures de rétorsion au niveau des conditions commerciales (lignes 812-830). En outre, Payot

souhaite travailler en concertation avec ses fournisseurs et de manière transparente (lignes 805-807). De même, K. _____ a précisé que leurs « 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 [leur] problème de prix d'achat (...) » (lignes 422-425). Hormis le compte ouvert auprès de Hachette Livre en France en 2000 ([...]), et qui n'a jamais été utilisé, Payot n'a pas de compte ouvert auprès d'un diffuseur ou directement auprès d'un éditeur à l'étranger (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 de Servidis (acte 913 lignes 943-947). Il y a encore lieu de préciser qu'il ressort du dossier que les importations par l'intermédiaire d'un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », consiste à contourner la diffusion-distribution en Suisse par des achats via des détaillants situés en France sans que ceux-ci ne révèlent le nom de celui qui leur demande d'effectuer de tels achats. Un revendeur suisse trouve ainsi un accord avec un libraire français ou se crée une boîte postale en France afin de s'approvisionner à des conditions françaises. Ces pratiques, qui restent marginales, se font à l'insu des fournisseurs, qu'ils soient diffuseurs-distributeur ou éditeurs. Selon Payot, cela ne peut fonctionner que pour des libraires de taille modeste. Dès que le volume est important, la démarche est beaucoup trop visible, remarquée trop rapidement et mise en échec (acte 913 lignes 809 ss). La recourante fait valoir que Payot - pas plus qu'un autre de ses clients d'ailleurs - ne l'a mise en cause et lui a reproché d'avoir empêché des ventes passives. L'autorité inférieure ne l'a pas démontré s'agissant de la recourante. Elle relève en particulier que, lors de son audition, le directeur de Payot a déclaré qu'il avait tenté en vain d'ouvrir un compte auprès d'éditeurs en France. Or, en procédant ainsi, Payot ne tentait pas de bénéficier de « ventes passives » mais bien d'inciter l'éditeur à établir un système de distribution parallèle (ventes actives). C'est la raison pour laquelle, l'éditeur français, lié par un contrat de distribution exclusive, ne pouvait donner suite à cette demande. En réponse à la question, contenue dans le questionnaire du 9 décembre 2008, de savoir s'il existait d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, Payot avait déclaré, entre autres raisons, ne pas vouloir s'approvisionner à l'étranger pour des motifs écologiques et éthiques. Celle-ci a en effet indiqué qu'elle finançait, avec la Fnac suisse ([...]% de parts de marché à elles deux), l'équilibre économique de la distribution locale - dont bénéficient tous les petits et moyens libraires indépendants - en confiant aux diffuseurs-distributeur suisses l'ensemble de ses approvisionnements. Aussi, elle considère que sa position de leader ([...]% de parts de marché) lui impose de ne pas mettre en péril, pour son seul profit, le système actuel (acte 129). Il ressort de ce qui précède que, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. supra consid. 9.7.1), Payot n'a, sauf rares exceptions en cas de ruptures de stock (cf. supra consid. 9.8.1), pas tenté de s'approvisionner à l'étranger durant la période de l'enquête pour des motifs éthiques et également en raison du fait que les prix d'achat suisses étaient à cette époque « raisonnables ». Payot avait ainsi déclaré dans ses questionnaires des 7 août 2007 (acte 21) et 9 décembre 2008 (acte 129) : « Nous nous approvisionnons exclusivement auprès des diffuseurs exclusifs présents en Suisse pour l'ensemble de la production francophone diffusée et distribuée sur le territoire ». 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 avait 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 » (acte 510). Aussi, il y a lieu d'admettre que Payot n'a pas tenté d'importations parallèles durant la période de l'enquête pour le motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé nécessaire de déployer d'importants efforts pour se servir à un meilleur prix en France, en particulier tant que ses conditions commerciales étaient acceptables. Même si, comme le relève la recourante, elle n'est pas nommément mise en cause par Payot, il va de soi qu'en tant que diffuseur et/ou distributeur exclusif(s) pour la Suisse d'ouvrages d'éditeurs étrangers, elle est également visée par les reproches du libraire. Le fait que des importations parallèles aient été entreprises via les librairies C._____, c'est-à-dire sur le « marché gris », ne permet nullement de démontrer que le territoire suisse n'était pas cloisonné. Enfin, même si, comme le prétend la recourante, l'ouverture d'un compte s'apparenterait à une vente active, les déclarations de Payot démontrent néanmoins qu'un approvisionnement depuis la France n'était pas possible.

E. 9.8.3

L'autorité inférieure a également entendu U._____ le 26 novembre 2012 en qualité de témoin (acte 886 ou 911). Celui-ci est actif en tant que détaillant en Suisse sous l'enseigne B.A._____, laquelle comprend un point de vente à [...] et [...] à [...] (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 respectifs prévus pour la Suisse. Dans une première phase, U._____ a mis en place un système prévoyant une entité librairie en France (B.B._____), à proximité de la frontière suisse, laquelle approvisionnait deux entités librairies en Suisse (B.C._____ et B.A._____) (lignes 86-91). Dès 1988, l'entité B.B._____ n'a plus disposé de remises conformes à la réglementation française. Selon U._____, la raison expliquant cette « discrimination » repose uniquement sur le fait que les diffuseurs partaient de l'idée, correcte au demeurant, que B.B._____ fournissait des points de vente en Suisse. Dès 1994, des problèmes plus importants ont surgi (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 U._____ a dû déposer le bilan (lignes 113-117). Un redressement judiciaire, accompagné d'un plan de continuation d'une durée de dix ans ont été établis et respectés. Durant la période du plan de continuation, U._____ a adapté sa structure : « 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 » (lignes 168-170). Il 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 en France (plus [...] grossistes en appui) auprès desquelles, par l'intermédiaire des services de sa société B.B._____, B.A._____ organise ses livraisons vers la Suisse (lignes 177-186). Concrètement, ce sont ces librairies qui entretiennent des relations avec la distribution en place en France. U._____ tient à garder l'identité de ses librairies secrète pour se protéger dit-il des rétorsions de prix dont B.B._____ aurait été victime lorsqu'il était en relation directe avec

la distribution en France (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 » (ligne 186). « 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 » (lignes 608-610). Selon la recourante, U._____ aurait agi de manière cachée, derrière sa structure française, car si l'éditeur français avait été informé de la situation, il aurait dû, en raison de ses obligations contractuelles envers son diffuseur suisse, refuser de livrer B.B._____ (recte. B.A._____). Or, l'engagement d'exclusivité souscrit par l'éditeur français est tout à fait légal selon le droit suisse de la concurrence. Il est aussi probable - mais cela n'a pas été vérifié durant l'enquête - que B.B._____ (recte. B.A._____) recevait ses livres en office nouveautés de la part de ses éditeurs. Il s'agirait donc bien de ventes actives. Cet éditeur aurait donc été en droit de refuser une relation de ventes actives avec un client suisse de la recourante. Ce même éditeur est aussi en droit de refuser la livraison si la commande est passée par une antenne française de ce même client suisse, antenne créée dans le but de contourner l'exclusivité que l'éditeur a accordée à Albert le Grand ; l'éditeur s'est en effet engagé auprès de la recourante à ne pas pratiquer de ventes actives dans le territoire attribué. L'autorité inférieure relève tout d'abord que l'expérience de B.A._____, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs comme l'exemple-type prouvant que des importations parallèles 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 a été de fonctionner grâce à des approvisionnements par l'intermédiaire de plusieurs librairies écran liées secrètement à une société d'importation (B.B._____ ; cf. ch. 251 décision attaquée). Ensuite, elle indique que les éléments avancés par la recourante confirmeraient que le régime d'exclusivité tel qu'il a été vécu par celle-ci avait une portée anticoncurrentielle. En effet, selon la recourante, au-delà de constituer une violation de l'accord tacite conclu entre elle et un détaillant, le fait qu'un libraire s'adresse à une source alternative d'approvisionnement à l'étranger commanderait également l'intervention du partenaire de distribution étranger concerné, soit en principe l'éditeur, si celui-ci ne veut pas violer les obligations contractuelles auxquelles il est tenu. B.A._____ aurait ainsi dû procéder de manière cachée car, dans le cas où un éditeur aurait été « informé » qu'un détaillant contournait l'exclusivité prévue, il aurait dû intervenir auprès de ses diffuseurs-distributeurs en France en raison de ses « obligations contractuelles ». Il ressort de l'expérience vécue par B.A._____ que des importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête. Ce ne sont en effet pas les conditions commerciales optimales ayant cours sur le marché qui ont poussé B.A._____ à monter une opération d'importation impliquant des intermédiaires en France à l'identité tenue secrète. Selon les indications de U._____, la société B.B._____ se serait à l'époque vu 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 en outre les propos tenus par Payot s'agissant de la pratique du « faux-nez » (cf. supra consid. 9.8.2). 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 nul 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 écran utilisées par B.B. _____ pour l'acquisition des ouvrages en France. Au surplus, la recourante justifie la situation rencontrée par B.A. _____ par le fait qu'un éditeur, en raison de son engagement contractuel envers elle, devrait refuser de livrer une entité active au niveau wholesale hors de Suisse si celle-ci est susceptible de procéder à des exportations vers la Suisse. Ceci serait tout à fait légal selon le droit suisse de la concurrence, ce d'autant plus qu'il est probable qu'il s'agisse de ventes actives. Les propos de la recourante rejoignent en partie l'interprétation objective de la seconde partie de la clause 2 opérée plus haut. Or, il a été retenu qu'un tel engagement constituait un accord de protection territoriale absolue (cf. supra consid. 9.2.1.3), ce qui laisse également à présumer que les importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de référence.

E. 9.8.4

Il s'ensuit que les quelques importations parallèles entreprises 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 écran. 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 en Suisse par la recourante.

E. 9.9

Possibilités d'importations parallèles Reste à examiner si, à défaut d'avoir été entreprises, des importations parallèles auraient néanmoins pu être opérées durant la période visée par l'enquête.

E. 9.9.1

Plusieurs revendeurs, ayant répondu, au 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. A. _____ a ainsi indiqué : « Une librairie indépendante peut très bien commander ses livres directement en France, personne ne peut l'en empêcher » (acte 257) ; la Librairie D.Z. _____ a relevé : « Bien sûr, il existe d'autres biais pour se procurer les livres de langue française mais nous ne passons pas par ces moyens » (acte 274). De même, la librairie D.AA. _____ a précisé : « nous avons répondu que nous n'avions jamais essayé. Nous ajoutons que : c'est un choix que nous faisons ; nous pourrions faire autrement sans difficultés » (acte 451 p. 12). Dès lors que ces détaillants 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. A. _____ a en outre indiqué lors de son audition devant l'autorité inférieure (acte 909) : « 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 [...] ». Amenée à préciser les raisons pour lesquelles, selon elle, elle ne rencontrerait pas de difficultés à ouvrir des comptes en France, A. _____ a répondu : « 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 M. K. _____, 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 M. V. _____ [Gallimard] et avec d'autres que s'ils ouvrent les comptes, on pourrait le faire aussi » (lignes 120-122 et 338-347). Il s'ensuit que, contrairement à ce que A. _____ a affirmé dans son questionnaire, l'on ne saurait retenir, sur le vu de ce témoignage, que des importations parallèles étaient effectivement possibles.

E. 9.9.2

Il convient encore de rappeler que les librairies D.C. _____ et D.E. _____ ont tenté en vain d'obtenir des livres auprès d'un diffuseur-distributeur étranger (cf. supra consid. 9.8.1).

E. 9.9.3

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 et ne peuvent dès lors rapporter leurs expériences à ce sujet, 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 alternatives d'approvisionnement en livres écrits en français que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, plusieurs détaillants ont répondu que les principaux éditeurs français avaient passé des contrats d'exclusivité avec les diffuseurs-distributeurs suisses, ce qui interdisait à ceux-là ainsi qu'aux distributeurs français de fournir les revendeurs suisses. En cas de demande directe auprès de l'éditeur français ou auprès de ses organes de distribution, les détaillants suisses étaient ainsi renvoyés à passer commande auprès du diffuseur-distributeur de l'éditeur français en Suisse. Pour citer quelques exemples, la librairie D.L. _____ a ainsi 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 et nous sommes renvoyés au représentant local » (acte 212). 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 (Gallimard Seuil, Hachette, etc.), nous sommes obligés de passer par leur diffuseur en Suisse » (acte 136). Relevant que le système suisse était celui de la diffusion-distribution exclusives, Payot a, quant à elle, indiqué que les principaux diffuseurs présents en Suisse, dont Interforum, 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 français 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 » (acte 129). La librairie D.Q. _____ a de même relevé : « Aujourd'hui, étant donné le contexte (représentation en Suisse par le biais de leur filiale des principaux éditeurs français et des contrats d'exclusivité), il apparaît irréaliste de pouvoir commander directement en France auprès de leurs organes de distribution » (acte 155). La librairie D.R. _____ a encore ajouté : « 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 » (acte 264). La librairie D.S. _____ a pour sa part indiqué : « Non, car je suis tenu d'acheter les livres français, belges ou québécois auprès des diffuseurs suisses » (acte 132). La librairie

D.T._____ a encore indiqué : « 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 » (acte 258). La librairie D.U._____ a prétendu que : « la seule véritable alternative [serait] de passer un accord avec un "grossiste", lui-même libraire en France » (acte 146). 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. 22 revendeurs 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 revendeurs 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-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 revendeur de se fournir à l'étranger ou encore d'une question de commodité. A titre d'exemples, la librairie D.E._____ a indiqué : « Nous pouvons 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 » (acte 149) ; le revendeur 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 » (acte 139) ; de même, la librairie D.Y._____ a répondu : « si l'éditeur a un contrat avec un distributeur suisse, il n'a, théoriquement, pas le droit de nous servir » (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 » (acte 21).

E. 9.9.4

De même, dans le cadre du questionnaire du 31 octobre 2008 envoyé aux 13 diffuseurs suisses, W._____, administrateur de OLF - dont plus 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, : « 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 » (acte 76). Entendu par l'autorité inférieure le 10 décembre 2012, W._____, assisté de son avocat, a 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 a ajouté : « C'est manifeste et je peux démontrer que j'ai dit faux puisqu'effectivement si vous prenez toutes les marchandises qui allaient sur D.AO._____ d'Interforum et toutes les marchandises qui allaient sur les économats, donc [...] tous les livres scolaires [...] qui allaient dans les cantons romands, tout cela on les a jamais vu passer à l'aller on ne les voyait qu'au retour quand il fallait faire des

retours. « Donc le mot impossible est certainement trop fort mais c'est peut-être compliqué qu'on aurait dû écrire ». 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 comme 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 de ce que j'ai dit, ça c'est vrai » (lignes 258-266). Invité par son avocat à préciser ce qu'il entendait par « livraison directe », W._____ a indiqué : « 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 » (lignes 443-445). Se fondant sur les propos tenus par W._____ dans le questionnaire de 2008, 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 disposant d'une antenne commerciale en Suisse. Dès lors que la recourante s'avère précisément être une telle antenne - à l'instar de OLF -, l'autorité inférieure considère qu'un détaillant suisse n'avait pas d'autre choix que de s'adresser à la recourante pour obtenir les livres du catalogue diffusé et/ou distribué par celle-ci en Suisse. L'affirmation générale du directeur de OLF jouirait par ailleurs d'une force probante importante vu sa longue expérience dans le domaine du livre et ses connaissances approfondies du fonctionnement du marché en question. 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 être importés directement depuis la France. Elle revêt en outre une certaine force probante dès lors qu'elle ne sert nullement les intérêts de OLF, diffuseur-distributeur suisse de livres écrits en français, également condamnée à l'issue de la décision déférée. Par ailleurs, il y a lieu de relever que, si seul un approvisionnement sur le « marché gris » est possible, toute autre alternative d'approvisionnement sur le marché français - telle que celui auprès des diffuseurs-distributeurs, grossistes ou coursiers actifs hors de Suisse ou encore auprès des entreprises étrangères présentes sur Internet - est exclue et pas uniquement celui auprès de l'éditeur.

E. 9.9.5

Enfin, la Fnac suisse, représentée par X._____ (directeur des opérations de la Fnac suisse), a, lors de son audition devant l'autorité inférieure le 26 novembre 2012 (acte 906), 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 et ceci, pour deux raisons essentielles : « 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 » (lignes 59-66). A la question de savoir si la Fnac suisse aurait pu s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée, X._____ répond par la négative, exposant qu'il était quasiment impossible

pour un détaillant de s'approvisionner en France, dès lors que les libraires, les diffuseurs ou encore les éditeurs français refusaient de lui ouvrir un compte, le renvoyant vers les diffuseurs suisses. X._____ 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 » (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 libraires 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... - C'était refusé ? - Très difficile, oui » (lignes 96-103). En revanche, X._____ a indiqué qu'il n'y avait aucun problème pour importer des livres écrits en français de France en Italie ou en Belgique par exemple (lignes 343-346). Celui-ci a ensuite exposé que la Fnac suisse avait changé son mode d'approvisionnement en livres, sur décision de son président début 2012, au regard des difficultés 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 suisse 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 suisse 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. X._____ 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 » (lignes 152-154). Le basculement en 2012 vers un approvisionnement en France ne fonctionne pas sans problème selon la Fnac suisse. 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 (lignes 164-206). Il ressort de ce qui précède que la Fnac suisse, à l'instar de Payot, n'a, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. supra consid. 9.7.1), pas tenté de se servir en France durant la période considérée - hormis une fois avec succès (cf. supra consid. 9.8.1) - ceci, principalement en raison du rapport « acceptable » prix d'achat/taux de change. Néanmoins, il ressort clairement du procès-verbal d'audition de la Fnac suisse ainsi que de ses réponses au questionnaire du 9 décembre 2008 (cf. supra consid. 9.9.3) 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 suisses avaient participé à un accord vertical illicite attribuant des territoires dans la distribution - que la Fnac suisse a pu procéder à des importations parallèles depuis la France. En outre, le fait qu'elle connaisse, 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 (cf. ég. sur ce point supra consid. 9.5.2 ss). Enfin, le fait que des importations en Italie ou en Belgique de livres écrits en français soient possibles tend à démontrer que le marché suisse, quant à lui, était cloisonné. Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la Fnac suisse, à l'instar de Payot, n'a pas tenté d'importations parallèles durant la période de l'enquête pour le motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé

nécessaire d'entreprendre des démarches pour un approvisionnement à meilleur prix « au forcing » en France tant et aussi longtemps que le niveau de prix pratiqués en Suisse était toléré par le consommateur final.

E. 9.9.6

Il s'ensuit que, même si la plupart des détaillants interrogés n'ont pas tenté de s'approvisionner hors de Suisse - et ne se sont dès lors pas heurtés à un refus - les réponses, concordantes, données au questionnaire de 2008 quant aux possibilités d'approvisionnement parallèle à l'étranger, de même que les déclarations écrites et/ou orales faites devant l'autorité inférieure par A._____, Payot, B.A._____ et la Fnac suisse sont aptes à démontrer que des importations de livres écrits en français diffusés-distribués en Suisse n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête, hormis celles opérées via le site Internet amazon.fr et les librairies C._____ à Lyon pour Payot. Or, comme il le sera démontré ci-après, les entreprises actives sur Internet, de même que les librairies françaises, ne sont pas considérées comme des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre sur le marché de référence (cf. infra consid. 11.3.1.1, 11.3.1.2). De même, le fait que la Fnac suisse ait, après la période de l'enquête, entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et connaisse, depuis lors, des problèmes avec le retour de marchandises achetées en Suisse et qu'enfin, 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 à l'époque. Une telle conclusion est enfin appuyée par la réponse donnée par OLF au questionnaire du 31 octobre 2008 (cf. supra consid. 9.9.4) et rejoint également les expériences vécues par les deux revendeurs ayant tenté en vain d'opérer des importations parallèles (cf. supra consid. 9.8.1).

E. 9.9.7

Les effets que la possibilité d'entreprendre des importations parallèles aurait eus sur les prix wholesale suisses constituent également un indice s'agissant de savoir si celles-ci étaient ou non possibles durant la période soumise à l'enquête. En l'espèce, il a été retenu que Payot et la Fnac suisse disposaient, durant la période visée, de possibilités d'arbitrage suffisantes au niveau du prix en raison d'un différentiel de prix de [plus de 10]% au niveau wholesale entre la Suisse et la France sur le catalogue diffusé et/ou distribué en Suisse par la recourante (cf. supra consid. 9.7.1). Or, un tel écart de prix laisse fortement à penser qu'au regard de leur potentiel d'arbitrage, Payot et la Fnac suisse - qui bénéficiaient de remises similaires - auraient, dans leur intérêt, entrepris des importations depuis la France si elles avaient été en mesure d'y procéder. Le fait qu'elles aient renoncé à s'approvisionner à l'étranger, en acceptant les conditions offertes par la recourante - tant que cela était viable pour leur activité - (cf. supra consid. 9.8.2, 9.9.5), n'indique pas encore que les importations parallèles étaient pour autant possibles durant la période de l'enquête. Au contraire, il ressort des déclarations de Payot et de la Fnac Suisse qu'un approvisionnement en France n'était pas possible. Les conditions plus avantageuses octroyées à celles-ci relèvent plutôt de la volonté de la recourante de les dissuader d'aller s'approvisionner « au forcing » à l'étranger, en favorisant leur marge par rapport au niveau de ses tables. Ce faisant, la concurrence entre Payot, la Fnac suisse et les autres détaillants ne disposant pas nécessairement du même potentiel d'arbitrage par le prix a été affectée. Dans l'ensemble, il n'est guère possible de reconnaître les détaillants pour lesquels un approvisionnement en France n'aurait pas été économiquement plus avantageux. Si la Fnac suisse 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. Comme l'illustre l'exemple de B.A._____ (cf. supra consid. 9.8.3), l'existence de possibilités d'arbitrage par le prix 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 libraires, 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 suisse avaient eu la possibilité, durant la période visée par l'enquête, d'entreprendre des importations parallèles, le risque de sortie du canal de distribution suisse de ces deux revendeurs 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 tables. Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le différentiel de prix de [plus de 10]% entre les marchés wholesale suisse et français du catalogue diffusé et/ou distribué en Suisse par la recourante aurait, selon toute vraisemblance, été réduit si Payot et la Fnac suisse avaient pu s'approvisionner en France. Des remises plus importantes et égales pour l'ensemble des détaillants ou une baisse de ses tables auraient été entreprises par la recourante dans le but de réduire au maximum leurs possibilités d'arbitrage par le prix. L'écart de prix constaté, même s'il peut être justifié par des économies d'échelle moins fortes en Suisse qu'en France, représente un potentiel d'arbitrage suffisant pour Payot et la Fnac suisse que la recourante aurait pu et dû fortement réduire pour retenir celles-ci dans le canal de distribution suisse si des importations parallèles avaient été rendues possibles. 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 entre les années 2005 et 2011.

E. 9.10

Reste à déterminer la cause de cette impossibilité, pour les détaillants suisses, de s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée.

E. 9.10.1

Il résulte des réponses aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 ainsi que des procès-verbaux d'audition de A._____, Payot, B.A._____ et la Fnac suisse que ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui auraient entravé les importations parallèles durant la période visée. Dès lors que de telles déclarations ne servent pas les intérêts des revendeurs 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. Même si, comme le relève la recourante, le dossier ne contient en l'occurrence aucun exemple concret dans lequel Payot ou la Fnac suisse en particulier se serait vu imposer un refus d'exporter de la part d'un partenaire de distribution des éditeurs liés à la recourante, il y a toutefois lieu de

relever - dès lors que le tribunal retient, sur la base des déclarations faites par des détaillants se fournissant tous auprès de Albert le Grand, que des importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de référence - que les ventes par les partenaires de distribution, actifs hors de Suisse, des éditeurs ayant confié la diffusion et/ou la distribution exclusive(s) de leurs ouvrages pour la Suisse à la recourante étaient, partant, également refusées. Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations de livres écrits en français diffusés et/ou distribués en Suisse exclusivement par la recourante n'ont pas été possibles et ce, selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité, tel que celui de la recourante.

E. 9.11

Comme exposé plus haut, la réalisation de la prémisse tendant à l'exclusion des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés suppose l'existence d'une interdiction fondée sur un contrat passé entre les entités concédantes et leurs partenaires de distribution en aval actifs hors de Suisse ou d'une mesure prise par celles-ci ayant entraîné l'exclusion des ventes passives sur le territoire suisse (cf. supra consid. 7.3). En l'occurrence, l'autorité inférieure n'a pas produit de document établissant que les éditeurs diffusés et/ou distribués par la recourante auraient interdit les ventes passives sur le territoire suisse par leurs partenaires de distribution actifs à l'étranger. Elle n'a pas davantage fourni la preuve de l'existence d'une mesure ayant conduit à un accord exprès ou tacite entre lesdits protagonistes sur le fait que des ventes passives ne devaient pas avoir lieu sur le territoire suisse. Ainsi, relevant que le dossier de l'autorité inférieure ne contenait aucun élément selon lequel la recourante aurait entravé les importations parallèles ou que l'un de ses clients aurait été empêché d'acheter un livre à l'étranger, celle-ci a fait valoir, au cours de son audition devant l'autorité inférieure, que les clauses d'exclusivité n'avaient pas de réelle importance en réalité et qu'elles n'étaient d'ailleurs « pas toujours appliquées » (acte 899 lignes 40-41). A l'appui, elle a produit une facture, datée du 20 novembre 2012, relative à une commande, du 15 novembre 2012, émanant de l'un de ses clients, la librairie D.W. _____, passée auprès du distributeur français Y. _____, pour des ouvrages dont elle a l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse (cf. supra consid. 9.2.2.1). Comme déjà exposé, les engagements pris par plusieurs éditeurs, tendant à faire respecter l'exclusivité concédée à la recourante par leurs partenaires de distribution actifs hors de Suisse, sont présumés avoir été exécutés en pratique par la conclusion de contrats excluant les ventes passives sur le territoire suisse ou par la mise en oeuvre par les entités concédantes de mesures en ce sens (cf. supra consid. 9.3). La facture établie par Y. _____ à l'adresse d'un client de la recourante et produite par celle-ci n'est pas apte en l'occurrence à affaiblir dite présomption. En effet, elle ne démontre pas que les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés n'étaient pas interdites en Suisse durant la période de référence dès lors que, datée du 20 novembre 2012, elle est postérieure à celle-ci. Il ressort des réponses apportées aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 par des détaillants se fournissant tous auprès de la recourante et des déclarations faites par A. _____, B.A. _____, Payot et la Fnac suisse que les importations parallèles, singulièrement d'ouvrages diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante, n'avaient durant la période sous investigation pas été possibles, et selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité, tel que celui de la recourante, si bien qu'il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices en faveur d'une exclusion des ventes passives. Même si les effets, constatés de manière générale, sur le marché de référence durant la période concernée ne peuvent être imputés individuellement à l'un ou à l'autre des diffuseurs suisses

sanctionnés par l'autorité inférieure, ils démontrent toutefois que le territoire national a été cloisonné par l'ensemble de ceux-ci. En outre, la gestion des retours pratiquée par la recourante plaide également en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives durant la période de référence (cf. supra consid. 9.5.2.2). Celle-là est encore appuyée par le fait que les diffuseurs suisses ont abordé la problématique des importations parallèles au cours de la réunion du 25 mai 2005 de l'ASDEL, à laquelle a assisté la recourante (cf. supra consid. 9.5.3 ss). Enfin, à plusieurs reprises au cours de la procédure, la recourante a elle-même laissé entendre que les ventes passives en Suisse étaient exclues. Elle a ainsi indiqué que le marché suisse n'était pas un « marché totalement ouvert dans lequel le libraire suisse devrait pouvoir s'adresser à n'importe qui en francophonie, là où le prix d'approvisionnement serait le plus favorable » (cf. supra consid. 9.6.2) et qu'un éditeur pouvait légitimement refuser de livrer une antenne française d'un libraire suisse, créée dans le but de contourner l'exclusivité du diffuseur suisse (cf. supra consid. 9.8.3). En définitive, sur la base des pièces versées au dossier, le tribunal retient, eu égard à sa liberté en matière d'appréciation des preuves (cf. supra consid. 9.5.1), que le système de distribution de la recourante, dans son ensemble, fondé sur un régime d'exclusivité, a indéniablement eu pour objet d'exclure les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés sur le territoire suisse durant la période de référence. 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 à des accords verticaux en matière de concurrence au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart cloisonnant, sur le territoire suisse entre les années 2005 et 2011, la distribution des ouvrages des éditeurs lui ayant confié cette tâche de manière exclusive pour la Suisse.

E. 9.12

Sur le vu de tout ce qui précède - à savoir les engagements pris par les partenaires commerciaux en amont de la recourante, l'exercice du droit de retour, les propos tenus lors de réunions de l'ASDEL ainsi que les effets constatés sur le marché durant la période concernée par l'enquête - il y a lieu d'admettre que les accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart passés entre la recourante et les éditeurs lui ayant confié la diffusion et/ou la distribution exclusive(s) de leurs ouvrages pour la Suisse ont exclu les ventes passives sur ce territoire par d'autres fournisseurs agréés au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

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 du TAF B-420/2008 précité Implenia consid. 8 en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart ; Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 254 ss no 110). En l'espèce, il y a lieu d'admettre que les accords verticaux, par lesquels les partenaires contractuels en amont de la recourante lui ont confié la distribution et/ou diffusion exclusive(s) de leurs catalogues sur le territoire suisse, et exclu par là même les ventes passives sur ce même territoire par leurs autres fournisseurs agréés, sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

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, p. 561 ; ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 8.3.2 ; arrêt du TAF B-420/2008 précité Implenla consid. 7 et 9 ; Comco, DPC 2009/2 143, Sécateurs et cisailles, ch. 39 ; Jürg Borer, Wettbewerbsrecht I, 3e édition 2011, art. 5 p. 80 no 31 ; Krauskopf/Schaller, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 439 no 574). Dite présomption est réputée levée en tous les cas lorsqu'il est établi qu'une concurrence subsiste sur le plan intramarque (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 7.2 et 143 II 297 Gaba consid. 4.2). En l'absence de concurrence effective, il y a encore lieu de tenir compte de la pression disciplinante exercée par les partenaires potentiels de l'échange au niveau de la demande (cf. arrêt du TAF B-420/2008 précité Implenla consid. 9.2.4 ; Krauskopf/Schaller, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 no 241 et 455 ; Zäch, Kartellrecht, op. cit., p. 211 no 434 in fine).

E. 10.3

L'art. 5 al. 4 LCart règle le fardeau de la preuve, c'est-à-dire les conséquences d'une 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 et réf. cit). 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. 9.5.1), 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. 4 (al. 3) LCart ; elles peuvent toutefois la renverser (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 560 ss ch. 231.4 ; arrêt du TAF B-420/2008 précité Implenla consid. 7 et 9 et réf. cit. ; 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 Publigroupe consid. 9.1 ; Comco, DPC 2014/4 670, Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA, ch. 59 ; Luca Stäubli/Felix Schraner, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 4 al. 2 p. 257 ss no 88). A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché pertinent requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible ainsi que convaincante ; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. supra consid. 9.5.1, voir également ATF 139 I 72 Publigroupe consid.

9.2.3.4).

E. 11.2

La délimitation du marché pertinent - laquelle relève de l'appréciation des faits - permet de constater si, et dans quelle mesure, la concurrence efficace est effectivement supprimée par un accord en matière de concurrence (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 précité *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 *Publigruppe* consid. 9.1 ; arrêts du TAF B-831/2011 du 18 décembre 2018 *Six Group* consid. 230, B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 257). Ainsi, outre le marché de produits, qui comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. art. 11 al. 3 let. a OCCE), il convient également de circonscrire le marché géographique dans lequel l'accord a produit ses effets (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 *Altimum* consid. 5.3). Le marché de référence comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (cf. art. 11 al. 3 let. b OCCE). La clarification de la dimension temporelle du marché n'est pas toujours nécessaire, le marché temporel n'étant pris en compte que de manière exceptionnelle (cf. arrêt du TAF B-2977/2007 précité *Publigruppe* consid. 5.3 ; *Stäubli/Schraner*, op. cit., art. 4 al. 2 p. 270 no 115 ; *Beat Zirlick/Simon Bangerter*, in : *DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zurich 2018 [*DIKE Kommentar*], art. 5 p. 447 no 71 ; *Evelyne Clerc/Pranvera Këllezi*, in : *CR-Concurrence*, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 107). De même, la considération de développements subséquents à la période de l'enquête n'est possible que de manière limitée lorsqu'ils permettent de tirer des conclusions convaincantes sur la situation antérieure (cf. ATF 139 I 72 *Publigruppe* 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 (ch. 556 décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, le livre numérique du marché pertinent, notamment en raison de la faible consommation en Suisse de ce support de lecture et de ses spécificités techniques (ch. 472 ss décision attaquée). Elle a également renoncé à distinguer entre les catégories de livres dès lors qu'un libraire est tenu d'offrir toutes les « marques » à ses clients (ch. 484 ss décision attaquée). Après avoir examiné les autres marchés liés à la branche du livre, en particulier les marchés de services de diffusion et de distribution (ch. 551 ss décision attaquée), l'autorité inférieure a toutefois considéré que seul le marché de la vente était affecté par les accords. La définition des niveaux retail et wholesale n'étant pas contestée par la recourante, l'autorité inférieure a ainsi retenu que le marché de référence était celui de la vente de livres au niveau wholesale (ch. 491 décision attaquée). Sur le plan wholesale, les partenaires potentiels de l'échange sont ainsi, selon l'autorité inférieure, du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France, les grossistes et les libraires français et, du côté de la demande, les revendeurs de livres (ch. 556 décision attaquée). En tant que les accords litigieux concernent indépendamment des détaillants généraux que des détaillants spécialisés dans un domaine

particulier, l'autorité inférieure estime qu'il n'est pas nécessaire de diviser les détaillants en catégories (ch. 484 ss décision attaquée). Enfin, elle relève que les détaillants forment l'offre retail (ch. 514 ss décision attaquée) - laissant ouverte la question de savoir si les sociétés actives sur Internet de même que les libraires français font partie de celle-là (ch. 511 et 536 décision attaquée) - et les consommateurs finaux, la demande retail (ch. 501 décision attaquée). La recourante conteste qu'il ne soit pas possible d'inclure le commerce électronique du livre imprimé du côté de l'offre au niveau retail, comme au niveau wholesale. Du point de vue du commerce de détail, elle fait valoir, exemples à l'appui, que les sites de vente en ligne, tels que Amazon, étaient, durant la période visée, en concurrence avec les revendeurs suisses de livres francophones. Quant au marché de gros, elle soutient que de nombreux détaillants interrogés durant l'enquête ont confirmé qu'ils avaient recours à Internet comme source d'approvisionnement alternative, si bien que les entreprises actives sur Internet devraient également être considérées comme partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre wholesale.

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 ceux-ci étaient, du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les librairies traditionnelles que les autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor et, du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France, ainsi que les grossistes et libraires français. Elle précise avoir exclu de l'offre wholesale les entreprises actives sur Internet. Elle considère en effet que celles-ci ne représentent pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants, lesquels perçoivent ces entreprises comme des concurrents (ch. 537 ss décision attaquée). Compte tenu des spécificités de la branche du livre, les partenaires potentiels de l'échange sont - du côté de la demande - principalement les librairies et les autres détaillants - dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres mais plus globalement le commerce de détail - actifs également dans la vente de livres aux consommateurs (ch. 497 ss décision attaquée) ; 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 (ch. 500 décision attaquée). Du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs, ainsi que les grossistes, font indéniablement partie de celle-ci. Reste dès lors à examiner si les entreprises actives sur Internet et les libraires français sont également des partenaires potentiels de l'échange ; il convient d'en faire de même avec les consommateurs.

E. 11.3.1.1

L'examen des questionnaires envoyés aux détaillants (actes 88 ss) indique que la plupart d'entre eux ont considéré que les entreprises actives sur Internet étaient des concurrents réels (ch. 520 décision attaquée). Un tel constat est confirmé par les déclarations de OLF dans son questionnaire : « le canal Internet est aujourd'hui destiné au consommateur final » (acte 76 p. 3). De même, Payot a relevé, dans son questionnaire du 9 décembre 2008, que « L'Internet ne [pouvait] être une solution, dans la mesure où les achats ne pourraient se faire que sur des sites de vente aux particuliers, donc sur la base du prix de vente, sans remise pour les librairies » (acte 129 p. 4). Lors de son audition du 26 novembre 2012 devant l'autorité inférieure, Payot a précisé : « [o]n ne voit pas Amazon devenir un fournisseur qui nous accorderait un prix d'achat de revendeur [...] ça peut être une solution ponctuelle »

(acte 913 lignes 431-439). Il y a ainsi lieu de relativiser les propos de certaines librairies et en particulier ceux de la librairie D.G. _____, laquelle précise acheter souvent sur Internet : « Les livres [y] sont vendus au change réel, hors TVA française [...]. Ils sont donc entre 20 et 30% moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur [Internet] des livres au prix où les librairies les achètent aux diffuseurs » (acte 406 p. 6). Dite déclaration doit être mise en relation avec les déclarations de la même librairie en 2008 : « Quand un diffuseur suisse peine trop pour obtenir un livre, nous pouvons être amenés à les commander auprès des marchands sur Internet mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant » (acte 136 p. 5). Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des entreprises présentes sur Internet ne permet pas aux détaillants de retirer une marge suffisante pour leur activité, les prix pratiqués aux détaillants par dites entreprises étant les mêmes que ceux pratiqués aux consommateurs. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement par Internet effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances particulières et de manière ponctuelle. 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 (cf. infra consid. 14.4).

E. 11.3.1.2

Quant aux librairies françaises, il ressort de l'examen des questionnaires adressés aux détaillants que ceux-ci ne voient pas les librairies françaises comme une alternative crédible d'approvisionnement. Elles ne peuvent en réalité que constituer un « marché gris » au niveau de l'offre wholesale, dès lors qu'elles représentent des intermédiaires supplémentaires dans le réseau de distribution et sont, à ce titre, elles-mêmes tributaires des diffuseurs-distributeurs exclusifs français. Dans ces conditions, elles ne sauraient constituer des partenaires potentiels de l'échange à part entière. Au surplus, les importations par l'intermédiaire d'un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », sont marginales et se font à l'insu des éditeurs et des diffuseurs-distributeurs. Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des libraires français ne permet pas aux détaillants d'obtenir les mêmes conditions et services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses, en particulier s'agissant des remises et du droit de retour. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement auprès des librairies en France effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances spécifiques, en particulier pour les ouvrages non diffusés et non distribués en Suisse. Elles ne permettent pas de conclure que les librairies françaises sont des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre wholesale, ce que confirme, du reste, l'expérience de Payot (cf. supra consid. 9.6.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché retail, par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant (cf. infra consid. 14.4). A noter que le système singulier mis en place par B.A. _____ ne saurait être assimilé à un approvisionnement auprès de librairies françaises, dès lors que celui-là a fait l'acquisition de telles structures, les transformant, parallèlement à leur activité de librairies, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse (cf. supra consid. 9.8.3).

E. 11.3.1.3

Il ressort enfin du dossier que les comportements d'achat des détaillants et des consommateurs ne sont pas non plus comparables. Les détaillants interviennent dans l'échange vis-à-vis des diffuseurs-distributeurs dans le but de vendre les livres aux consommateurs finaux. Ainsi, ils doivent composer leur offre en tenant notamment compte du comportement d'achat des consommateurs finaux. De même, il apparaît que les consommateurs et les détaillants ne sont pas prêts à payer le même montant pour un titre donné. Les détaillants visent avant tout la revente des ouvrages acquis auprès des diffuseurs-distributeurs et des grossistes afin de dégager un revenu de cette activité. Ils acquièrent dans ce but plusieurs exemplaires d'un même titre afin d'être en mesure de revendre celui-ci à plusieurs consommateurs distincts. De leur côté, les consommateurs n'acquièrent généralement qu'un seul exemplaire de chaque titre. De même, les détaillants supportent les coûts de transport en cas d'exercice du droit de retour, les consommateurs n'ont pas à se préoccuper de ces questions ou, à tout le moins, pas selon les mêmes contraintes. Enfin, les détaillants sont directement affectés par les clauses d'exclusivité existant dans les contrats situés en amont et il ne ressort pas du dossier que les consommateurs puissent s'approvisionner directement auprès des diffuseurs-distributeurs ou des grossistes. Il y a donc lieu de distinguer les niveaux de marché wholesale et retail ; 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 finaux seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse (cf. infra consid. 14.3).

E. 11.3.1.4

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

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 prendre en compte les produits ou services alternatifs existants (cf. Clerc/Këllezi, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 68), le degré de substituabilité s'appréciant en fonction de caractéristiques objectives et des préférences subjectives (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 7.3 ; arrêt du TAF B-2977/2007 précité Publigroupe consid. 5.1.1). La substituabilité du côté de l'offre doit en principe également être prise en compte dans la délimitation du marché de produits (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 272). Ainsi, les produits qui ne sont pas substituables du côté de la demande doivent être néanmoins inclus dans le marché de produits s'il existe un degré élevé de substituabilité au niveau de l'offre (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 272 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 70 no 12). Il y a substituabilité au niveau de l'offre lorsque les producteurs peuvent réorienter leur production à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, et fabriquer ainsi des produits qui sont fonctionnellement interchangeables du point de vue de la demande avec les autres produits sur le marché (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 272 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 70 no 12 ; Mani Reinert/Benjamin Bloch, in : BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 2 p. 207 no 150 ; Stäubli/Schraner, op. cit., art. 4 al.

2 p. 249 no 65 ; Clerc/Këllezzi, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 295 no 85). Seuls les concurrents susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai sont pris en compte dans le cadre de la détermination de la substituabilité du côté de l'offre. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de concurrents potentiels susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible mais non bref. La concurrence potentielle sera toutefois prise en compte dans le cadre de l'analyse de la concurrence sur le marché de référence (cf. infra consid. 13.4 ; cf. Clerc/Këllezzi, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 67 ; Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, 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 tout d'abord 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'opérer une distinction selon les différentes catégories de livres. S'agissant des livres numériques, il y a lieu de distinguer selon que ceux-ci sont substituables aux livres écrits au niveau wholesale, c'est-à-dire du point de vue des détaillants, et au niveau retail, c'est-à-dire du point de vue des consommateurs. L'expertise Gugler, sur laquelle se fondent certains diffuseurs-distributeurs, n'a pas distingué leurs arguments selon les niveaux wholesale et retail (acte 698). L'utilisation du livre numérique nécessite l'emploi d'une liseuse ou d'un autre dispositif électronique, tel un smartphone ou une tablette, ce qui constitue en soi un produit spécifique. De plus, le contenu du livre s'acquiert essentiellement en ligne, sans point de vente physique et sans intermédiaire. La structure du marché est donc sensiblement différente du modèle économique existant pour les livres imprimés et n'est pas directement touchée par les accords existant entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Ainsi, du point de vue des détaillants, le livre numérique n'est pas vu comme substituable au livre imprimé. De même, il n'apparaît pas que les diffuseurs-distributeurs aient été en mesure, durant la période de l'enquête, de fournir des livres numériques aux détaillants dans un laps de temps bref et sans investissements conséquents ; 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 (ch. 473 décision attaquée). Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo, réalisée début 2011, les français estiment, à hauteur de 65%, que le livre imprimé restera toujours le principal support, l'étude précisant que le taux d'intérêt pour les livres numériques n'a pratiquement pas bougé entre 2009 et 2011 (ch. 474 décision attaquée). Quant à l'expertise Gugler, elle se fonde sur une étude produite en 2010 par PricewaterhouseCoopers, laquelle prédit une forte croissance à l'avenir des livres numériques (ch. 475 décision attaquée). Il s'ensuit que la faible consommation de livres numériques durant la période de l'enquête ne permet pas de constater que ceux-ci soient substituables aux livres imprimés aux yeux du consommateur final. Force est dès lors de constater, à l'instar de l'autorité inférieure, que les livres numériques n'ont pas non plus fait partie du marché relevant au niveau retail.

E. 11.3.2.2

Certains diffuseurs-distributeurs ont affirmé qu'il est nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux principales catégories de livres, chaque catégorie de livres répondant à un besoin spécifique des consommateurs. Cette catégorisation serait également importante pour déterminer les possibilités de substitution des ouvrages. Il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'enquête portent sur l'ensemble des catalogues diffusés et/ou distribués 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 sur commande. Partant, les détaillants sont tenus d'entretenir des relations commerciales avec les principaux - si ce n'est tous - les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse. De même, ceux-ci doivent proposer aux détaillants - en raison des différents régimes d'exclusivité octroyés - l'ensemble de leur catalogue et n'opèrent pas de distinction en fonction des catégories d'ouvrages ; 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'entreprendre une distinction entre les différentes catégories de livres proposées par la recourante puisque le livre écrit constitue, en tant que tel, le produit qu'ils vendent. En revanche, l'influence des différentes catégories de livres sur le comportement des consommateurs devra être examinée ultérieurement au stade de l'analyse de la concurrence (cf. infra consid. 13 ss).

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 les accords. Les autres marchés du livre, en particulier les marchés des services de diffusion, ne font pas partie du marché de produits. L'éventuelle pression concurrentielle sur la vente desdits livres au niveau wholesale, en particulier celle exercée par le marché retail, sera néanmoins examinée au stade de l'analyse de la concurrence dont la délimitation du marché n'est que la prémisse (cf. infra consid. 14.2, 14.3).

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 Publigruppe consid. 9.2.1 ; ATAF 2011/32 Swisscom Terminierung consid. 9.6.1 ; arrêts du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 302 et B-506/2010 précité Gaba consid. 9.2 ; Comco, DPC 2007/2 190, Publigruppe, ch. 121 ; Clerc/Këllezli, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 301 no 98 ; David/Jacobs, op. cit., p. 237 no 693 ; Reinert/Bloch, in : BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 2 p. 218 no 218 ss). Il s'agit de déterminer s'il existe, dans une zone géographique donnée, des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines. Le marché géographique peut donc être défini dans certains cas comme local, régional, national, supranational ou mondial (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 303 ; Borer, op. cit., art. 5 p. 71 no 15). L'autorité inférieure a délimité le marché géographique au niveau wholesale à la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, et le marché géographique au niveau retail à la région francophone nationale, l'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devant toutefois être considérée dans l'analyse de la concurrence

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

E. 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, 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 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 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 de protection territoriale absolue en cause, il subsistait, durant la période considérée, une concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence.

E. 12.1

La recourante a fait valoir que son système de distribution n'avait pas pu supprimer la concurrence intramarque et intermarques, que seuls 15 de ses contrats contenaient une clause d'exclusivité « renforcée », soit les [...] % environ de son chiffre d'affaires réalisé dans la diffusion, si bien qu'à supposer qu'ils soient illicites, ceux-ci ne pouvaient pas avoir eu pour effet de clore le marché, ce d'autant plus qu'ils étaient conclus pour une courte

durée. En outre, on ne pourrait pas retenir que 95% du marché a été cloisonné dès lors que l'accord horizontal a été abandonné. Enfin, les [...] % de son chiffre d'affaires dans la diffusion étant réalisés par des ventes [...], les potentiels effets sur la concurrence sont imperceptibles, de sorte que l'autorité inférieure aurait dû renoncer à poursuivre son enquête à son encontre, à l'instar de ce qu'elle a fait dans l'affaire Dermalogica.

E. 12.2

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

E. 12.3

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

E. 12.4

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

E. 12.5

Il a été admis ci-dessus que les librairies Payot, la Fnac suisse et B.A._____ avaient disposé de possibilités d'arbitrage par le prix durant la période de référence, de même que les librairies de taille moyenne si tant est qu'elles coordonnaient leurs importations (cf. supra consid. 9.7.1, 9.7.3). Ce nonobstant, seules quelques importations parallèles ont été entreprises auprès des fournisseurs agréés au sens de l'art. 5 al. 4 LCart entre 2005 et 2011 sur le marché pertinent, à savoir une seule par les librairies D.A._____ et la Fnac suisse et plusieurs par B.A._____ (par l'entremise de sociétés écran) (cf. supra consid. 9.8.1, 9.8.3). Dites importations sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix pratiqués en Suisse des ouvrages distribués par la recourante, comme le démontre en particulier le différentiel de prix ayant existé, durant la période de l'enquête, entre les marchés wholesale suisse et français pour lesdits ouvrages (cf. supra consid. 9.7.2). En outre, Albert le Grand étant le distributeur exclusif sur le territoire suisse des ouvrages édités par ses partenaires commerciaux en amont, aucune concurrence sur le plan intramarque, par le prix ou les services, n'a existé sur le marché de la distribution suisse durant la période visée par l'enquête. L'argument de la recourante quant aux ventes [...] manque manifestement sa cible. Il en va de même de celui relatif à la durée des contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s), lesquels, portant sur le marché en amont des services, ne sont pas aptes à discipliner la concurrence sur le marché de référence. Il s'ensuit que les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart auxquels la recourante a été partie n'ont pas permis que, sur le marché pertinent et durant la période visée, subsiste une concurrence sur le plan intramarque.

E. 13

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

E. 13.1

L'autorité inférieure a relevé, dans sa décision, que les livres étaient des produits dont la palette de différenciation était considérable ; aucun titre ne peut être véritablement identique (ch. 592 décision attaquée). Si elle ne constitue en l'espèce pas un indice de concurrence, en tant que tel, la forte différenciation des produits influence cependant directement les choix des consommateurs finaux et des libraires, dès lors que la substituabilité de certains produits est limitée. Les libraires doivent en effet être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale. Aussi, l'autorité inférieure a retenu qu'il résultait de la forte différenciation des produits dans le secteur du livre qu'aucun détaillant ne pouvait se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement, en cas de rackjobbing par exemple, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeur, ce qui réduisait partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence sur le plan intermarques ab ovo (ch. 602 décision attaquée). En clair, même si un diffuseur-distributeur se distingue par d'excellents services par rapport à ses concurrents, le libraire se doit de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeur. Toutefois, le secteur du livre se caractérisant par un nombre très élevé de références distinctes, tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits, laquelle crée une concurrence entre les diffuseurs, non seulement au niveau des prestations financières mais aussi au niveau des services, pour disposer du plus grand rayonnage de titres de leur catalogue auprès de chaque détaillant (ch. 601 décision attaquée).

E. 13.2

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

gros diffuseur pour les catalogues qui lui sont propres » (acte 129 p. 3). « Chaque diffuseur [a] le monopole absolu pour les catalogues dont il a la responsabilité. [...] le modèle appliqué en Suisse est copié du modèle français : il est basé sur la diffusion et la distribution exclusives de la production d'un éditeur par un fournisseur donné ». « Un libraire ne peut acheter un livre d'un éditeur donné que chez un et un seul fournisseur, peu importe [sa] taille : quelles que soient les parts de marché de chacun, il est en situation de maîtrise complète et totale dans la commercialisation des produits dont il a l'exclusivité ; il n'existe de fait aucune concurrence entre les fournisseurs » (acte 129 p. 9). Les arguments de la recourante quant aux ventes [...] et à la durée des contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s) manquent une nouvelle fois leur cible. Ce nonobstant, il n'est toutefois pas contesté que les libraires doivent faire face à une contrainte spatiale, en ce sens qu'ils ne peuvent pas exposer dans leur librairie tous les livres de tous les diffuseurs auprès desquels ils disposent d'un compte (ch. 601 décision attaquée). Ils doivent donc faire un choix parmi les titres de leur catalogue, étant entendu que les livres qui, pour le client final, représentent des produits substituables ont davantage de possibilités d'être vendus s'ils sont exposés dans la librairie. C'est la raison pour laquelle les diffuseurs vont se livrer une concurrence afin de faire figurer en rayons le plus grand nombre de références. Partant, il y a lieu de déterminer s'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques non seulement au niveau des prix mais également au niveau du rayonnage. Pour ce faire, il est préalablement nécessaire d'établir les parts de marché de la recourante et de ses concurrents pour la période de l'enquête.

E. 13.3

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

surcapacités sont des indices qu'une concurrence sur le plan intermarques potentielle efficace n'existe pas. La concurrence potentielle fait défaut si l'on ne peut pas envisager des entrées sur le marché dans un délai de deux à trois ans (cf. Amstutz/Carron/Reinert, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 509). En droit européen, un accord de distribution peut affaiblir la concurrence sur le plan intermarques lorsque la plupart ou la totalité des producteurs pratiquent la distribution exclusive (cf. point 151 lignes directrices). Lorsque les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque sera généralement compensé par une concurrence sur le plan intermarques. En revanche, lorsque le nombre de concurrents est faible, que leur part de marché, leur capacité et leur réseau de distribution sont plus ou moins similaires, il existe un risque d'atténuation de la concurrence sur le plan intermarques. La diminution de la concurrence sur le plan intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs producteurs exploitent des systèmes de distribution similaires. De plus, la distribution exclusive multiple - à savoir le fait pour différents producteurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné - peut encore accroître le risque d'atténuation de la concurrence. En effet, lorsqu'un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents ou plus sur le même territoire, la concurrence sur le plan intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multiples est élevée, plus le risque d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence sur le plan intermarques sera réduite (cf. point 154 lignes directrices). Les risques éventuels que fait peser sur la concurrence sur le plan intermarques la distribution exclusive multiple est plus importante au niveau wholesale qu'au niveau retail. Ainsi, lorsqu'une entreprise devient distributeur exclusif pour un nombre important de producteurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau wholesale (cf. point 160 lignes directrices).

E. 13.3.1

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

E. 13.3.2

Quant à la concurrence sur les prix au niveau intermarques, il sied de relever que, sur le marché wholesale, le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la tablette pour chaque titre. Ainsi, il a été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse à un questionnaire du secrétariat daté du 12 juillet 2007 (acte 21), bénéficier de remises de base

chez Diffulivre, Servidis, Interforum, E5F, OLF et Dargaud oscillant entre [...]-%, et [...] % chez Flammarion. Ces taux de remise sont de même, selon l'autorité inférieure, restés relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête (ch. 614 décision attaquée). Enfin, il ne ressort pas du dossier, et la recourante ne l'allègue pas non plus, que les détaillants auraient bénéficié d'une remise supplémentaire ou d'autres avantages pour faire figurer un large choix de titres d'un diffuseur dans leur librairie ou pour mettre en évidence ceux-ci au niveau du rayonnage. Au contraire, Payot a fait savoir, dans le questionnaire du secrétariat du 9 décembre 2008, que ses conditions pour un éditeur étaient en général les mêmes, quel que soient le type de livres (fonds ou nouveautés) et la quantité achetée pour un même titre (à l'unité ou pour plusieurs centaines d'exemplaires ; acte 129). De même, les tabelles de prix ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse ; les diffuseurs-distributeurs n'ont cependant pas réagi à la même vitesse au phénomène monétaire, tel qu'en atteste le courrier adressé par les représentants des librairies au sein de l'ASDEL en février 2011 à certains diffuseurs-distributeurs (acte 693c annexe 56) : « Vous êtes resté sourd à notre message. Les "promotions" que vous proposez ne remplacent en aucun cas une politique à long terme d'ajustement des tabelles à la baisse considérable de l'euro depuis plus d'un an » ; « De toute évidence, votre stratégie financière et commerciale, sous couvert "d'appliquer des conditions commerciales concurrentielles sur le marché suisse", ne tient aucun compte des appels répétés de vos principaux clients [...]. Nous vous répétons ici que seule une baisse progressive et générale de vos tabelles répondrait à nos préoccupations les plus urgentes ». Dans ces conditions, il y a lieu de relever que la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau wholesale, les différences de prix n'influençant pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Il s'ensuit qu'il n'a subsisté aucune concurrence sur le prix au niveau intermarques sur le marché de référence durant l'ensemble de la période de l'enquête.

E. 13.3.3

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

détermine la réputation d'une librairie. En outre, à la question de savoir - dans l'hypothèse où un livre déterminé n'était pas disponible dans leur librairie - quel pourcentage de clients quitterait la librairie sans le commander, Payot l'a estimé entre 5 et 20%, la Fnac suisse à environ 50%. Ne pas disposer d'une référence en rayons peut dès lors représenter une perte financière importante pour une librairie. La Fnac suisse a encore relevé que les diffuseurs proposaient très régulièrement des opérations commerciales, c'est-à-dire remettre en avant des titres de leur catalogue en fonction de l'actualité, de la saisonnalité ou de la parution d'une nouveauté importante. Elle a indiqué être totalement libre d'accepter ou de refuser ces opérations commerciales. Sur ce même point, Payot a fait savoir que, chez de nombreux fournisseurs, un système de « grille d'office » est appliqué pour les nouveautés. Il résulte de ce qui précède que ce sont les détaillants qui choisissent, compte tenu de leurs contraintes spatiales, les livres qu'ils proposent dans leur librairie, selon leurs propres critères. Ils ne font à cet égard pas jouer la concurrence entre les diffuseurs pour déterminer leur offre. Au même titre qu'il doit avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs-distributeurs, un détaillant doit proposer dans sa librairie l'offre la plus large et la plus diversifiée possible. L'intérêt commercial du libraire est prépondérant dans le choix des titres.

E. 13.3.4

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

E. 13.4

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

concurrentielle sur les diffuseurs suisses (cf. supra consid. 13.2). Quant au rayonnement, s'il existe certes une concurrence au niveau des éditeurs, lesquels doivent déterminer par quel diffuseur-distributeur ils passent, celle-ci ne se reflète pas au niveau des détaillants, lesquels doivent, à tout le moins, être en mesure de commander n'importe quel ouvrage. Il s'ensuit que la probabilité que de nouvelles entreprises du côté de l'offre génèrent une pression disciplinante suffisante a été faible, voire nulle, durant la période visée par l'enquête.

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

E. 14.1.1

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

E. 14.1.2

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

E. 14.2.1

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

E. 14.2.2

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

discussions intervenues entre les diffuseurs lors de l'assemblée de mai 2005 au sein de l'ASDEL ; celles-ci auraient permis à chaque diffuseur de connaître la stratégie de ses concurrents, ce qui aurait réduit les possibilités de négociations des détaillants. Par ailleurs, elle retient que les temps de réaction distincts des diffuseurs dans l'adaptation de leurs tabelles par rapport à l'appréciation du franc suisse est un indice que la pression exercée par les détaillants a été insuffisante, voire inexistante. Enfin, elle souligne que les détaillants ne peuvent pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, de sorte que les diffuseurs disposent de la possibilité d'imposer leurs conditions. En l'occurrence, Interforum - qui représentait à elle seule [...] à [...] % de l'offre wholesale entre 2009 et 2011 - a déclaré, en réponse au questionnaire envoyé en 2007, s'agissant de la Fnac suisse - laquelle couvrait [...] % de la demande wholesale (acte 906 lignes 15-22) : « Pour info, la Fnac nous a menacés d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder. Dans ce cas la perte du [chiffre d'affaires] remettrait en cause non pas la commercialisation du livre mais la présence du stock et la distribution en Suisse. Nous avons choisi d'accepter une perte de l'ordre de plus de [...] francs] de résultat afin de pouvoir continuer à assurer la distribution avec un stock sur place. Nous préservons ainsi le volume au détriment de la rentabilité, jusqu'à quand ? » (acte 27 p. 1). Payot - qui représentait [...] % de la demande wholesale - s'est également déclarée surprise que les diffuseurs aient parlé entre eux de sa demande d'approvisionnement direct en France, le fait que ce type d'informations ait circulé ayant réduit d'autant ses possibilités de négociations (acte 913 ligne 153). Diffulivre - qui représentait [...] à [...] % de l'offre wholesale entre 2009 et 2011 (ch. 606 décision attaquée) - a indiqué que plusieurs librairies indépendantes - ayant couvert environ 30% de la demande wholesale - avaient fait pression sur elle, ce qui l'a amenée, dès le 21 mars 2011, à amorcer une baisse générale et continue de ses tabelles (cf. acte 693a, ch. 347 ss et acte 693c, annexe 56). Enfin, Servidis et Transat - qui représentaient à elles deux [...] à [...] % de l'offre wholesale - ont indiqué avoir fixé leurs prix en dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finaux (acte 672 p. 46). Sur le vu de ce qui précède, il appert que, nonobstant les importantes parts de marché de certains détaillants, ni la Fnac suisse ni Payot n'ont réussi à exercer une pression disciplinante suffisante sur les diffuseurs-distributeur durant la période sous enquête. En effet, les détaillants, même de grande taille, n'ont pas pu menacer le système de distribution des diffuseurs-distributeur. Ainsi, les propos de Diffulivre, Servidis et Transat doivent être relativisés. En effet, la diminution par la première du niveau de ses tabelles le 21 mars 2011 intervient dans un contexte particulier, dès lors que celle-ci faisait l'objet d'une enquête que le secrétariat venait d'étendre à des infractions relevant de l'art. 5 LCart (acte 344). Partant, il appert que, bien que temporellement aussi liées à la requête des librairies réunies au sein de l'ASDEL, l'extension de l'enquête du secrétariat et la perspective d'une sanction ne sont pas étrangères à la baisse générale des tabelles des diffuseurs constatée en 2011. Quant à Servidis et Transat, elles admettent fixer leurs prix en dessous de ceux pratiqués par Amazon. Or, il sied de relever qu'alors que Amazon s'adresse principalement aux consommateurs, lesquels commandent directement auprès d'elle les ouvrages, celles-ci ne sont en lien qu'avec des détaillants, lesquels doivent ainsi réduire leur marge commerciale pour rester à un niveau de prix acceptable pour le consommateur. Partant, il demeure que les remises accordées et la baisse générale des tabelles amorcée par les diffuseurs dès 2011 n'ont pas pour autant supprimé la nécessité pour les détaillants d'avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs actifs sur le territoire suisse et ce, quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, tant au niveau des prix que des services. Un détaillant, quel que soit son poids, n'est

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

E. 14.3

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

E. 14.3.1

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

E. 14.3.2

Il ressort du dossier que chaque diffuseur suisse dispose, sur tous les titres importés de France, de ses propres tables de conversion du prix du livre de l'euro vers le franc suisse. Le prix tabellisé correspond au prix public conseillé en Suisse (ou prix de référence), sur lequel les détaillants peuvent accorder des rabais à leurs clients. Le prix d'achat du livre par les détaillants correspond au prix tabellisé, déduction faite d'une remise négociée par chaque détaillant auprès de chaque diffuseur. Si le détaillant bénéficie d'une forte part de marché, il disposera envers le diffuseur d'un pouvoir de négociation plus important pour obtenir une plus grosse remise sur le prix de référence, supérieure à celles de ses concurrents auprès de ce même diffuseur. C'est en cela que la concurrence sur le marché retail peut se répercuter sur les prix wholesale pratiqués par les diffuseurs suisses. En revanche, comme dit ci-dessus, un détaillant, quel que soit son poids sur le marché retail, n'est pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs suisses (cf. supra consid. 14.2.2). Compte tenu de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les détaillants doivent en effet travailler avec les principaux diffuseurs quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, lesquels détiennent l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leur catalogue sur le territoire suisse, cloisonné par leur système de distribution (cf. supra consid. 9.11). 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 pas des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre sur le marché de référence (cf. supra consid. 11.3.1.1, 11.3.1.2) - aurait, par réflexion, eu un effet disciplinant sur le comportement de la recourante. En effet, selon l'autorité inférieure, le recours au commerce électronique représentait vers la fin de la période de l'enquête environ 10% de la vente de livres aux clients suisses. De même, il ressort du dossier que les détaillants considèrent les entreprises actives sur Internet comme des concurrents (cf. supra consid. 11.3.1.1). Il n'est pas non plus contesté que, sur le marché retail du livre écrit en français, les détaillants suisses ont, durant la période visée, également subi la concurrence des librairies de France voisine au niveau du prix de référence. Lors de son audition devant l'autorité inférieure, Payot a en effet déclaré que dites librairies étaient généralement bien plus prospères que celles du reste du territoire français dès lors qu'elles profitaient des achats transfrontaliers (acte 913 lignes 936-938). Aussi, pour être concurrentiels et ainsi retenir les consommateurs s'étant, en particulier à la suite de l'appréciation du franc suisse, dirigés vers ces sources d'approvisionnement alternatives, les détaillants suisses auraient dû baisser le prix de vente final de leurs ouvrages. Compte tenu du cloisonnement du territoire national, le seul moyen pour eux d'accorder des rabais sur leurs titres, tout en maintenant des marges leur permettant d'assumer leurs charges, aurait été de négocier auprès des diffuseurs une remise supérieure afin d'obtenir un prix d'achat qui soit raisonnable et concurrentiel par rapport au prix d'achat en euro. Si la remise octroyée sur le prix de référence est trop faible, la politique de prix des détaillants ne peut en effet guère s'écarter de celui-ci. Payot a, à cet égard, déclaré dans son questionnaire du 7 août 2007 (acte 21) : « nous pratiquons une politique de rabais pour le public avec deux niveaux : [...]. Nous prenons sur nos marges pour pratiquer ces rabais et ne pouvons donc baisser les prix autant que nous le souhaiterions sans risquer de mettre notre entreprise en péril économique ». Or, comme établi ci-dessus, la pression concurrentielle émanant du marché retail ne se répercute pas sur le marché wholesale (cf. supra consid. 14.3). Comme l'a déclaré Payot dans son questionnaire du 9 décembre 2008 (acte 129), les détaillants ne disposent d'aucun moyen pour faire jouer la concurrence entre les diffuseurs et ainsi faire baisser le prix de vente final des ouvrages de ceux-ci. Les libraires sont « enfermés dans un système qui ne [les] autorise pas à faire jouer la concurrence entre fournisseurs ni à [s']approvisionner en France en direct ». La pression susceptible d'être exercée par les détaillants auprès de chaque diffuseur individuellement pour obtenir un prix d'achat inférieur est indépendante des conditions de concurrence prévalant sur le marché wholesale. Il s'ensuit que la pression concurrentielle des consommateurs n'a pas suffi à discipliner le marché wholesale.

E. 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, il n'a subsisté aucune concurrence au niveau intramarque sur le marché pertinent durant toute la période de l'enquête. Les éléments constatés ne suffisent en effet pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. De même, il n'a pas subsisté de concurrence sur le plan intermarques en raison des spécificités du marché du livre. Quant à la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange, elle est quasiment inexistante. Partant, il y a lieu de confirmer l'analyse de la concurrence effectuée par l'autorité inférieure dans la décision attaquée et de conclure que la présomption de suppression de la concurrence efficace ne peut être renversée. Il s'ensuit que l'ensemble des accords passés par la recourante avec ses éditeurs, en vertu desquels elle s'est vu confier l'exclusivité de la diffusion et/ou distribution pour la Suisse des ouvrages de ceux-ci, et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, sont illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

E. 16

Restriction notable à la concurrence (art. 5 al. 1 LCart) A supposer néanmoins que la présomption légale eût été renversée, il s'agit d'examiner si les accords en cause auraient été saisis par l'art. 5 al. 1 LCart.

E. 16.1

Selon la recourante, les prétendus accords passés avec la plupart de ses clients libraires - exceptés Payot et la Fnac suisse - ne tombent pas sous le coup de l'art. 5 al. 1 LCart en raison de l'application de la Communication de la Comco du 19 décembre 2005 relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (ci-après : Communication PME, publiée sur le site Internet de la Comco). En effet, l'accord tacite, par lequel le libraire au bénéfice d'un droit de retour s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès de la recourante pour le titre objet du droit de retour, est assimilable à un accord de non-concurrence. Ce type d'accords ne concerne ni le prix ni les quantités ni une répartition des territoires. Or, selon le ch. 5 de la Communication PME, l'autorité inférieure considère que ce type d'accords entre microentreprises ne supprime ni même n'affecte la concurrence de manière notable. Par ailleurs, même à supposer qu'il s'agisse d'accords portant sur des protections territoriales ou sur des prix, ceux-ci n'affecteraient pas notablement la concurrence comme semblerait l'avoir retenu l'autorité inférieure dans sa décision Dermalogica. Quant aux accords passés avec Payot et la Fnac suisse, ils n'affectent pas non plus notablement la concurrence : ils ne sont pas qualitativement graves puisqu'ils ne portent pas sur les prix, les quantités ou encore les territoires ni quantitativement significatifs compte tenu des faibles quantités faisant l'objet des contrats en cause et de la courte durée de ceux-ci. Tout d'abord, les accords auxquels se réfère la recourante ne sont dans le cas d'espèce pas litigieux ; ils ne visent en effet pas à exclure les ventes passives sur le territoire suisse par les partenaires de distribution des éditeurs liés à la recourante actifs à l'étranger. Ensuite, même à supposer que ces accords soient pertinents pour l'application de l'art. 5 al. 4 LCart, l'argument développé par la recourante autour de la Communication PME ne lui est d'aucun secours. En effet, dans l'hypothèse où celle-là devait être qualifiée de microentreprise au sens de ladite communication, il y a lieu de relever que celle-ci dispose à son ch. 5 que la Comco considère en principe comme n'affectant pas de manière notable la concurrence, les accords auxquels seules de microentreprises participent, à moins que : un accord vertical entre microentreprises ne prévoie un accord portant sur la fixation de prix de vente minimaux ou fixes ou une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (let. b) - l'autorité

inférieure ne s'est nullement écartée de dite communication dans sa décision Dermalogica (cf. décision de la Comco du 21 octobre 2013, DPC 2014/1 Dermalogica, p. 184 ch. 245). Or, il a été établi ci-dessus (cf. supra consid. 9.12) que la recourante avait justement été partie à des accords d'attribution de territoires de distribution absolue ; c'est donc en vain que la recourante se prévaut de la Communication PME.

E. 16.2

Dans son arrêt Gaba (ATF 143 II 297), le Tribunal fédéral a relevé qu'il ressortait en particulier d'une interprétation historique de l'art. 5 al. 1 LCart que le critère de la notabilité était une clause bagatelle ; 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. consid. 5.1.2). Or, un examen quantitatif de la notabilité, fondé sur une analyse économique des parts de marché ou des chiffres d'affaires, n'est pas apte à atteindre ce but, si bien qu'il est préférable, lorsque cela est possible, de se fonder sur des critères qualitatifs découlant du texte de la loi (cf. consid. 5.2.1 et 5.2.2 ; ég. ATF 144 II 246 Altimum consid. 10.1). A cet égard, les débats parlementaires relatifs à la révision de la LCart de 2002 ont mis en évidence que certains accords, tels que les accords de protection territoriale absolue, constituent en principe déjà, en raison de leur objet, des restrictions notables à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Dans son projet de loi de 1995, le Conseil fédéral avait par ailleurs déjà laissé entendre qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, l'accord affectait en principe la concurrence de manière notable (cf. consid. 5.2.3). De même, il ressortait des interprétations systématique et téléologique que les accords, présumés supprimer la concurrence efficace, contenus aux art. 5 al. 3 et al. 4 LCart ne perdaient pas leur caractère nuisible en cas de renversement de la présomption légale ; le renversement de la présomption ne se référait en effet pas à l'accord en tant que tel mais uniquement au point de savoir s'il subsistait une concurrence sur le marché de référence malgré l'accord. Aussi, les accords, particulièrement dommageables, pouvant conduire à une suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart étaient nécessairement aussi ceux pouvant mener à une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart (cf. consid. 5.2.4 ; ATF 144 II 246 Altimum consid. 10.1). Il s'ensuit qu'une restriction notable à la concurrence existe, en principe, lorsque la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée, des critères quantitatifs n'étant en principe plus nécessaires pour déterminer si les accords au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart affectent notablement la concurrence, renforçant, par là même, la sécurité juridique (cf. consid. 5.2.2 ; ATF 144 II 194 BMW consid. 4.3.1 ; ch. 12 par. 1 let. a CommVert, ch. 10 note explicative CommVert). Ceci étant, c'est en vain que la recourante fait valoir que les accords litigieux sont des « accords bagatelles », lesquels ne sauraient être saisis par la loi sur les cartels pour le seul motif qu'ils tomberaient sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace. Par ailleurs, dès lors qu'il a été établi ci-dessus que le système de distribution de la recourante dans son ensemble excluait les ventes passives (cf. supra consid. 9.12), il ne saurait être qualifié de « cas bagatelle ». Enfin, la faible part de marché de la recourante n'est pas à elle seule déterminante, dès lors que, compte tenu de la particularité du marché du livre, chaque libraire doit être en relation avec chaque distributeur (cf. supra consid. 13.2).

E. 16.3

Partant, il y a lieu de retenir que, même à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace eût été renversée, les accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart auraient néanmoins affecté notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

E. 17

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. 17.1

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

Conseil fédéral et à la Comco la faculté de préciser l'interprétation qu'ils entendent donner au critère d'efficacité économique prévu par l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 144 II 246 Altimum consid. 13.3 ; Xoudis, op. cit., p. 331 ss). Sont réputés justifiés par des motifs économiques, les accords en vue de l'octroi d'une exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services (art. 6 al. 1 let. c LCart). Selon le ch. 16 par. 4 CommVert, les entreprises peuvent notamment faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique, la protection limitée d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou l'introduction d'un nouveau produit sur le marché (let. a), la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels (let. b), la protection d'investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de celle-ci ou seulement moyennant une perte considérable (problème du hold-up) (let. c) et le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex. conseils à la clientèle) qui peut survenir lorsqu'un producteur ou distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou distributeur (problème de parasitisme) (let. d). Il est en outre généralement admis que certains accords attribuant une exclusivité puissent avoir des effets positifs sur la concurrence, notamment lorsqu'ils favorisent une diminution des coûts de distribution, la promotion de la vente, le service à la clientèle et le stockage des biens ou s'ils améliorent l'approvisionnement des consommateurs (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 10.3 ; Reymond, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 6 p. 616 n°122). Enfin, il ne revient pas au tribunal ou aux autorités de la concurrence de prouver l'inexistence de motifs justificatifs. Aussi, si ceux-ci n'ont pas pu être établis par les autorités ou les parties, une restriction à la concurrence demeure illicite (cf. arrêt du TF 2A.430/2006 précité Sammelrevers consid. 10.3).

E. 17.2

Ceci étant, il convient d'examiner si les accords passés entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont sont justifiés par un motif d'efficacité économique. La recourante fait tout d'abord valoir que ces accords jouent un rôle essentiel pour les libraires indépendants : ils réduisent les coûts de distribution, promeuvent la diffusion des connaissances et permettent d'exploiter plus rationnellement les ressources financières du libraire et de livrer les clients plus rapidement. Elle relève ensuite que l'autorité inférieure - qui considère à tort que, pour garantir le droit de retour, elle a instauré avec ses éditeurs un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives - soutient à présent que ces accords ne sont pas indispensables pour le bon fonctionnement du droit de retour. Or, les suggestions faites par l'autorité inférieure pour garantir le droit de retour, telles que l'application d'un taux de retour ou l'utilisation d'un système de marquage ne peuvent absolument pas être suivies. Partant, les accords passés avec ses libraires, pour certains livres, qui comprennent une garantie de retour et un accord tacite d'approvisionnement auprès d'elle sont licites aux yeux du droit suisse de la concurrence. L'autorité inférieure réaffirme que, nonobstant les dires de la recourante, plusieurs méthodes alternatives permettent la gestion d'un droit de retour sans porter préjudice à la concurrence. Si le propos de la recourante était suivi, cela reviendrait en effet à admettre que seule la suppression de la concurrence permettrait de mettre en place un droit de retour fonctionnel. La décision contestée a relevé que certains diffuseurs-distributeurs avaient mentionné que des solutions alternatives existaient.

E. 17.2.1

La recourante ne motive pas et le tribunal ne voit pas davantage en quoi un cloisonnement du marché wholesale suisse en sa faveur profiterait aux libraires indépendants et leur

permettrait en particulier d'exploiter plus rationnellement leurs ressources financières ou de promouvoir la diffusion des connaissances.

E. 17.2.2

Ensuite, il a été admis plus haut que les engagements tacites d'approvisionnement exclusif des détaillants n'étaient pas aptes à garantir le droit de retour (cf. supra consid. 9.5.2.2), si bien que celui-ci aurait été assuré par le cloisonnement du marché. Or, le bon fonctionnement du droit de retour ne figure pas au nombre des motifs économiques susceptibles de justifier des accords de protection territoriale absolue. Ceux-ci ne sont en effet pas nécessaires pour assurer au distributeur de ne pas reprendre des livres qu'il n'aurait pas lui-même vendus.

E. 17.2.3

La recourante ne fait valoir pour le reste aucun autre motif d'efficacité économique qui justifierait la mise en place d'un système de distribution exclusive prohibant les ventes passives. De même, le tribunal ne voit pas quel motif économique nécessiterait en l'espèce de cloisonner le marché suisse. En effet, le risque de « parasitisme » au sens de l'art. 5 al. 2 let. d LCart n'est en l'occurrence pas pertinent dès lors qu'en raison de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les efforts promotionnels engagés par la recourante pour les ouvrages de ses éditeurs ne peuvent bénéficier qu'à la vente de ceux-là, à l'exclusion de tout autre. De même, en tant que la recourante est active sur le marché suisse depuis de nombreuses années, les éditeurs dont elle assure la diffusion sont connus des détaillants. Aussi, il ne s'agit pas pour ceux-là de pénétrer un nouveau marché. En outre, le lancement de nouveaux livres, lesquels sont destinés à l'ensemble du marché francophone, ne requiert en aucun cas un cloisonnement spécifique du marché suisse. Il n'est pas non plus nécessaire pour réduire les coûts de distribution d'interdire les ventes passives sur le territoire suisse.

E. 17.3

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que l'activité économique déployée par la recourante en Suisse n'exige pas un système de distribution exclusive prohibant les ventes passives. Il s'ensuit qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, le système de distribution de la recourante ne serait pas justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

E. 18

Il suit ainsi de tout ce qui précède que c'est à tort que la recourante a fait grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir, en application de sa jurisprudence Dermalogica, clos l'enquête à son encontre, dès lors que les contrats passés avec ses éditeurs n'auraient pas eu pour effet de supprimer ou d'affecter notablement la concurrence, ce qu'elle aurait d'ailleurs fait à l'égard d'autres diffuseurs suisses (cf. supra let. H). Or, il y a lieu de rappeler que ceux-ci n'ont pas été condamnés à l'issue de la décision déferée en tant que l'autorité inférieure n'a pas retenu à leur encontre la participation à des accords verticaux de protection territoriale absolue, contrairement à ce qu'elle a admis pour la recourante.

E. 19

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

E. 19.1

Toujours dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption légale, la recourante a fait valoir que, sauf à violer le principe de la légalité, une sanction ne pouvait être prononcée en application de l'art. 49a LCart lorsque la concurrence n'était pas supprimée mais seulement affectée de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Le cas échéant, il s'agirait dès lors de renoncer à toute sanction.

E. 19.1.1

L'art. 49a LCart, libellé « sanction en cas de restrictions illicites à la concurrence », prévoit à son al. 1, 1^{ère} phrase que : « L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices ».

E. 19.1.2

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

E. 19.1.3

Au regard de l'interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart opérée, le Tribunal fédéral a admis que dite disposition était suffisamment précise pour définir le comportement indésirable. Partant, il a reconnu que l'art. 49a al. 1 LCart, en lien avec l'art. 5 al. 1 LCart, lui-même en lien avec l'art. 5 al. 4 LCart, était suffisamment précis pour infliger une sanction directe en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.5). Ceci étant, compte tenu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, dont il n'y a aucune raison de s'écarter, il convient de retenir en l'espèce qu'une sanction directe au sens de l'art. 49a al. 1 LCart, prononcée en raison d'un accord

illicite selon l'art. 5 al. 1 et 2 LCart, ne consacrerait pas une violation du principe de la légalité.

E. 19.1.4

En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les accords passés par la recourante avec ses éditeurs, en vertu desquels elle s'est vu confier l'exclusivité de la diffusion et/ou distribution pour la Suisse des ouvrages de ceux-ci et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, sont visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart. Par conséquent, ils pourraient être sanctionnés, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence était renversée (cf. supra consid. 16).

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 au sens de l'art. 5 al. 4 LCart et que l'art. 49a al. 1 LCart, en relation avec l'art. 5 al. 1 et 4 LCart, est suffisamment précis pour fonder une sanction. Les éléments objectifs de l'infraction sont de ce fait réalisés. Reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.1 ; arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 Publigroupe consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

E. 19.2.1

Partant, il y a lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante. L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt du TAF B-2977/2007 précité Publigroupe consid. 8.2.2), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Celles-là doivent notamment s'abstenir de tout comportement illicite au sens de l'art. 5 LCart et, en particulier, ne pas conclure l'un des accords en matière de concurrence énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2 ; arrêt du TAF B-807/2012 précité Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau consid. 11.2.4). En règle générale, lorsque l'existence d'un tel accord peut être démontrée, la violation objective d'un devoir de diligence est donnée (cf. Peter Reinert, Die Sanktionsregelung gemäss revidierem Kartellgesetz, in : Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, p. 151), dans la mesure où il appartient aux entreprises de s'informer sur les règles de la loi sur les cartels, de la jurisprudence et des communications qui s'y rapportent (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2). En cas de doute, il est également possible de s'informer de la situation actuelle auprès de la Commission de la concurrence (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2).

E. 19.2.2

La révision de l'art. 5 LCart, de même que l'art. 49a LCart sont entrés en vigueur le 1er avril 2004. Pendant les années 2002 et 2003, les modifications de la loi sur les cartels ont été abondamment discutées au Parlement. De plus, les Commissions de l'économie et des redevances du Conseil des Etats et du Conseil national ont diffusé plusieurs communiqués de presse s'agissant des marchés cloisonnés et de la protection territoriale absolue (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.2). En l'occurrence, il a été établi que la recourante avait été partie à des accords prévoyant l'exclusivité de la diffusion et/ou distribution sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. Ceci étant, la recourante devait être consciente de ce que son comportement était

problématique. En outre, les accords litigieux ont été exécutés dès lors qu'il a été démontré que les importations parallèles sur le marché suisse par d'autres fournisseurs agréés n'avaient pas été possibles durant la période considérée (cf. supra consid. 9.10). En tout état de cause, la recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure du point de savoir si son système de distribution était conforme aux règles du droit de la concurrence.

E. 19.2.3

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

E. 19.3

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

E. 19.3.1

Invoquant une violation des art. 49a LCart et 3 de l'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence, la recourante fait valoir que le montant de base comprend tous les contrats de distribution, y compris ceux dont la clause d'exclusivité est licite ; que le taux applicable au montant de base ne saurait excéder 3% compte tenu de la faible importance de ses accords et donc de leur impact sur la concurrence ; que la sanction ne doit pas non plus être majorée en raison de la durée du prétendu accord en tant que les infractions examinées initialement ont été abandonnées par la suite et que l'autorité inférieure aurait classé l'enquête si le référendum contre la loi sur le prix du livre avait été rejeté et celle-ci adoptée. Invoquant ensuite une violation du principe de la proportionnalité, la recourante relève que, contrairement à ce qu'elle considère, l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de sa situation financière en fixant la sanction à [...] francs. En effet, outre cette amende, elle doit encore assumer sa part de frais de procédure, à hauteur de 76'000 francs, une responsabilité solidaire pour la totalité de ceux-ci, à concurrence de 760'000 francs, ainsi que des frais de défense pour la procédure devant l'autorité inférieure de près de [...] francs, auxquels vont s'ajouter ceux liés à la présente procédure de recours. A cela s'ajoute la constitution d'une provision à hauteur du montant vraisemblablement nécessaire, estimée en l'espèce à [...] francs, si bien que la moitié de son capital ne serait en fin de compte plus couverte et que des mesures d'assainissement devraient être envisagées, à savoir la cessation de son activité de diffusion. Enfin, il ne s'agit pas d'imposer des sanctions « supportables » pour les fonds propres des entreprises condamnées mais de leur enlever la rente monopolistique perçue indûment grâce à des pratiques anticoncurrentielles. En l'occurrence, les résultats réalisés par la recourante durant les années 2009, 2010 et 2011 sont déficitaires, de sorte qu'elle doit être exemptée de toute sanction. Enfin, la recourante a rappelé, à plusieurs reprises dans ses écritures, que les clauses « renforcées » ne figuraient plus dans les contrats au moment de la décision.

E. 19.3.2

L'autorité inférieure rétorque en substance que c'est le système de distribution de la recourante dans son ensemble qui a exclu les ventes passives et que l'entrée en vigueur de la loi sur le prix du livre n'aurait nullement impliqué le classement de l'enquête.

E. 19.3.3

Le montant de la sanction est fixé en application des art. 49a LCart et 2 à 7 de l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5). Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplies, l'entreprise peut être pénalisée d'un montant susceptible d'atteindre 10% de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 7 OS LCart ; cf. ATF 137 II 199 Swisscom Terminierung consid. 6.2). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart).

Conformément au principe de la proportionnalité consacré par l'art. 5 al. 2 Cst., il y a lieu de tenir compte de ce que l'accord a supprimé la concurrence efficace ou l'a seulement notablement affectée (art. 2 al. 2 OS LCart ; cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.1). Ainsi, le montant concret de la sanction est fixé d'après les critères des art. 2 ss OS LCart, dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 précité Publigroupe consid. 12.3.1 s. non publié dans l'ATF 139 I 72). Le calcul du montant de la sanction comporte dès lors trois étapes principales, à savoir la détermination du montant de base (art. 3 OS LCart), son éventuelle majoration selon la durée de la pratique illicite (art. 4 OS LCart), puis la prise en compte des circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) ou atténuantes (art. 6 OS LCart ; cf. notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après : notes explicatives OS LCart], publiées sur le site Internet de la Comco ; ATF 144 II 194 BMW consid. 6.2). Ainsi, en vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise contrevenante sur les marchés pertinents en Suisse au cours des trois derniers exercices - puisqu'il peut représenter jusqu'à 10% de celui-ci - ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée ; la sanction se rattache par là même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2 ; arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 622). S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, les art. 9 al. 3 LCart ainsi que 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 précité Publigroupe consid. 12.3.2, non publié dans l'ATF 139 I 72 ; DPC 2007/2 p. 235 ch. 321 et p. 299 ch. 402). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné par la restriction à la concurrence - et déterminant pour le calcul de la sanction concrète - est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour la sanction maximale de l'art. 49a al. 1 LCart, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. notes explicatives OS LCart). En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisée par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts du TAF B-831/2011 précité Six Group consid. 1576 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf.

arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 722). De façon similaire, il est également tenu compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 CP, de l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement de l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE du 7 septembre 2016 C-101/15 P Pilkington Group et al. contre Commission, point 19). Par ailleurs, l'art. 49a LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. En principe, le marché pertinent pour la sanction est le marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique (cf. supra consid. 11.3.3, 11.4). Ainsi, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché pour la détermination de la sanction (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 723). Enfin, s'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de la date de la décision de l'autorité inférieure prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. Reinert, in : Stämpflis Handkommentar, op. cit., art. 49a p. 359 no 10 ; Beat Zirlick/Christoph Tagmann, in : BSK-KG, op. cit., art. 49a p. 1771 no 48). Cela étant, dans sa jurisprudence récente, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé - au regard du message LCart 2001 (cf. FF 2002 1911, p. 1925 ss ch. 2.1.4) - qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là même d'écartier la possibilité d'influencer l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 726 ss). A ce propos, il a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires. Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 726 ss). Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est ensuite éventuellement majoré selon la durée de la pratique illicite, soit dans une proportion pouvant atteindre 50% si celle-là a duré de un à cinq ans, puis 10% par année supplémentaire au-delà des cinq ans (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2). Enfin, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et une réduction de celui-ci en présence de circonstances atténuantes. Ces dispositions contiennent, à leur premier alinéa, une liste non exhaustive de circonstances générales (cf. notes explicatives OS LCart). L'art. 6 al. 1 OS LCart conçoit ainsi notamment, à ce titre, le fait que l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du secrétariat mais, au plus tard, avant l'ouverture

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

E. 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, ce qui correspond aux 10% de la somme des chiffres d'affaires - à savoir [...] francs - réalisés par la recourante en Suisse en 2009, 2010 et 2011, soit au cours des trois derniers exercices disponibles au moment du prononcé de sa décision.

E. 19.3.4.2

Dans un deuxième temps, elle a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a fait droit aux arguments de la recourante en reconnaissant que le montant de base proposé par le secrétariat devait être diminué du chiffre d'affaires réalisé avec des éditeurs suisses et a ainsi ramené le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant de base à [...] francs. Pour le reste, il est rappelé que c'est l'ensemble du système de distribution de la recourante qui a reposé sur un régime d'exclusivité entravant les ventes passives et pas uniquement les 15 contrats contenant une clause d'exclusivité « renforcée » (cf. supra consid. 9.11), si bien que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a tenu compte des chiffres d'affaires réalisés par l'ensemble des contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s) de la recourante pour déterminer le montant de base de la sanction. C'est en revanche à tort que l'autorité inférieure a défalqué du chiffre d'affaires global les revenus réalisés par la vente de livres d'éditeurs suisses, ces éditeurs faisant en effet également partie du marché de référence déterminant sur le plan matériel et géographique. Compte tenu du montant de la sanction prononcée (cf. infra consid. 19.3.4.5 ss), ladite réduction du chiffre d'affaires est toutefois inopérante. Il s'ensuit que le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant de base s'élève à [...] francs, tel que retenu par l'autorité inférieure.

E. 19.3.4.3

L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type d'infraction, indiquant que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles est particulièrement digne de protection et essentielle à la concurrence. Elle considère que les comportements illicites ayant pour objet de cloisonner le marché constituent dès lors des infractions graves à la loi sur les cartels, a fortiori, lorsque plus de 95% du marché sont concernés. Elle précise encore qu'en présence d'un cloisonnement du marché, la rente cartellaire ne peut être que difficilement estimée ou mesurée, la protection territoriale ainsi conférée n'étant pas forcément corrélée avec les profits de l'entreprise. Elle considère qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle prévue à l'art. 49a al. 1 LCart et 3 OS LCart doit être retenu pour ce type

d'infraction. En l'occurrence, elle estime que celui-ci doit être, selon la pratique, fixé à 4% ; le montant de base ainsi calculé se monte à [...] francs. Elle expose que celui-ci doit encore être majoré au vu de la durée de l'infraction. Elle constate en l'espèce que le comportement illicite de la recourante a duré, sans interruption, pendant toute la période de l'enquête - à savoir de 2005 à 2011 - de sorte qu'une majoration de 50% s'impose ; toutefois, dès lors que l'enquête a été suspendue une année, elle renonce à prononcer une majoration supplémentaire. Le montant de base majoré s'élève ainsi à [...] francs. S'agissant de la gravité de l'infraction, il a été établi en l'espèce que la recourante avait, entre 2005 et 2011, été partie à des accords au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart avec ses partenaires commerciaux en amont (cf. supra consid. 9.11). Il a également été établi que le marché suisse avait été cloisonné en ce sens que les importations de livres francophones diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'avaient pas été possibles entre les années 2005 et 2011. Aussi, les conséquences particulièrement néfastes de ces accords sur la concurrence justifient de fixer, à l'instar de l'autorité inférieure, le montant de base de la sanction à hauteur de 4% du chiffre d'affaires déterminant. Dès lors, il convient de confirmer le montant de base arrêté par celle-là à [...] francs. Quant à la durée de l'infraction, force est de constater que les clauses litigieuses étaient en vigueur durant la période de l'enquête - lesquelles sont sans lien avec les infractions pour lesquelles la recourante n'a pas été condamnée. De même, l'entrée en vigueur de la loi sur le prix du livre n'aurait nullement conduit au classement de l'enquête concernant les accords de protection territoriale absolue dès lors qu'elle ne traitait pas de l'exclusion des ventes passives prévue à l'art. 5 al. 4 LCart. En outre, l'autorité inférieure a renoncé à une majoration supplémentaire en raison de la suspension de l'enquête décidée à la suite de l'adoption de la loi par l'Assemblée fédérale. Enfin, des possibilités d'arbitrage ont existé pour les librairies la Fnac suisse et Payot entre 2005 et 2011 sans que celles-ci ne puissent toutefois procéder à des importations parallèles en raison des accords d'attribution de territoires. La majoration de 50% du montant de base par l'autorité inférieure est de ce fait conforme au droit. Celui-ci ascende ainsi, après majoration, à [...] francs.

E. 19.3.4.4

Dans un dernier temps, l'autorité inférieure a examiné les circonstances aggravantes et atténuantes et constaté qu'en l'espèce, il n'y en avait aucune. A ce titre, il y a lieu de relever que la recourante ne saurait se prévaloir de l'art. 6 al. 1 OS LCart précité (cf. supra consid. 19.3.3) dès lors qu'elle a attendu son audition devant l'autorité inférieure en décembre 2012, soit plus de quatre mois après la notification de la proposition du secrétariat, pour annoncer qu'elle « prévoyait » de supprimer les clauses « renforcées » lors des renégociations des contrats la contenant. De surcroît, il a été retenu que le comportement illicite de la recourante ne se limitait pas auxdites clauses (cf. supra consid. 9.11).

E. 19.3.4.5

Enfin, dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a examiné la capacité contributive de la recourante. Dans sa pratique, l'autorité inférieure considère la capacité contributive des entreprises au niveau de la proportionnalité de la sanction (cf. Comco, DPC 2016 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 (cf. point 35 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). En l'espèce, l'autorité inférieure a considéré que la capacité contributive de la recourante, qui n'appartient pas à un groupe de sociétés, était bien inférieure à celle de la majorité des diffuseurs-distributeurs condamnés à l'issue de la décision incriminée. Les profits réalisés par la recourante durant la période sous investigation ne permettaient dès lors pas d'exclure le risque que la sanction prononcée la conduise à la faillite. Aussi, retenant, sur la base des documents fournis par la recourante, que ses fonds propres se montaient, sans les réserves, à [...] francs à la fin de l'exercice 2011, l'autorité inférieure a estimé qu'une réduction de la sanction de l'ordre de [...] francs paraissait en l'espèce appropriée ; une sanction fixée à [...] francs ne mettait ainsi pas en danger la poursuite des activités de la recourante, laquelle disposait en outre de la possibilité d'établir un plan de paiement échelonné.

E. 19.3.4.6

Les frais de procédure devant l'autorité inférieure à charge de la recourante à concurrence de 76'000 francs, de même que les frais de défense y relatifs pour près de [...] francs ainsi que la constitution d'une provision à hauteur du montant de la sanction attaquée, soit [...] francs, ont été portés au bilan 2012 (versé à la cause) et ne concernent donc pas l'exercice 2011 qui a servi de base à la prise en considération de la capacité contributive de la recourante. Il y a donc lieu d'examiner si l'autorité inférieure a valablement tenu compte de la capacité contributive de la recourante pour fixer la sanction contestée. A cet égard, il y a lieu de se référer par analogie à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en lien avec le moment déterminant pour arrêter les chiffres d'affaires des trois derniers exercices. En effet, tout comme le choix de retenir les exercices de la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé pour fixer le montant de la sanction - permettant ainsi d'écarter la possibilité pour la société poursuivie d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité Nikon consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité Swisscom ADSL consid. 726 ss) -, il y a également lieu de tenir compte de la capacité contributive de la société au moment le plus proche de celui du comportement incriminé. En l'occurrence, la période de l'enquête portant sur les années 2005 à 2011, l'autorité inférieure a, à juste titre, tenu compte des fonds propres de la recourante à la fin 2011. Quant aux résultats déficitaires réalisés par la recourante durant les années 2009, 2010 et 2011, il y a lieu de relever que la perte y relative a été (re)portée en diminution des fonds propres du bilan 2011, si bien que l'autorité inférieure en a tenu compte dans le calcul de la capacité contributive de la recourante. Partant, il convient, eu égard à la capacité contributive de Albert le Grand, de rejeter le grief de violation du principe de la proportionnalité, de confirmer la réduction de la sanction retenue par l'autorité inférieure et de fixer celle-là à [...] francs.

E. 19.3.5

Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être confirmée, en ce qu'elle condamne la recourante au paiement d'une sanction de [...] 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 imposée « d'entraver par

des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse », il convient de confirmer cette mesure. En effet, lorsque l'autorité inférieure parvient à la conclusion qu'une restriction illicite à la concurrence existe dans le cas d'espèce, elle peut ordonner des mesures destinées à la supprimer (art. 30 al. 1 LCart ; cf. Kenji Izumi/Simone Krimmer, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 30 p. 1283 no 24 ss ; Patrick Ducrey/Benoît Carron, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 no 19). L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant des mesures concrètes qu'elle peut prendre. Dites mesures doivent être appropriées et nécessaires pour supprimer la restriction illicite à la concurrence (cf. Izumi/Krimmer, op. cit., art. 30 p. 1283 no 25 ; Patrick L. Krauskopf/Olivier Schaller/Simon Bangerter, in : Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005 p. 509 no 12.85). De plus, selon l'art. 50 1re phrase LCart, l'entreprise qui contrevient à son profit à un accord amiable, à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Dans ces circonstances, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que les contrats de distribution et/ou de diffusion litigieux aient été modifiés ou amendés à la suite de la clôture de l'enquête, l'interdiction imposée à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse demeure nécessaire. De même, elle est la mesure la moins incisive à même de supprimer la restriction illicite constatée, de sorte qu'elle se justifie pleinement.

E. 21

Emoluments relatifs à la procédure devant l'autorité inférieure La recourante reproche enfin à l'autorité inférieure d'avoir violé son droit d'être entendue en tant qu'elle n'a nullement motivé, respectivement détaillé, le montant des frais de procédure fixés pour l'ensemble des diffuseurs à 988'195 francs. De même, elle n'a pas retranché du montant prononcé les frais occasionnés par les investigations menées en lien avec son éventuelle participation à un accord vertical sur les prix de revente et à un accord horizontal d'attribution de territoire, pour lesquels elle n'a pas été sanctionnée. Invoquant encore une violation du principe de la proportionnalité, elle conteste la répartition, à parts égales, des frais de procédure entre les diffuseurs condamnés. Cette manière de procéder serait totalement arbitraire dès lors qu'elle ne tient pas compte du fait que la sanction qui lui a été infligée est modeste par rapport à celles des autres ; seul un montant symbolique pourrait ainsi lui être imposé. Elle se plaint également de ce que l'autorité inférieure l'a condamnée au paiement solidaire de l'émolument alors qu'elle a clairement nié dans sa décision l'existence d'un accord horizontal entre les diffuseurs. Le régime de la solidarité ne serait dans tous les cas pas soutenable pour une entité économique de sa taille, dès lors que, si elle devait être recherchée pour la totalité de l'émolument, elle serait contrainte de déposer le bilan. Les griefs précités sont finalement appuyés par des dispositions du code de procédure civile fédérale. Elle reproche enfin à l'autorité inférieure de ne pas avoir examiné sa capacité contributive également dans le cadre de la fixation des frais de procédure dès lors que le montant de ceux-ci s'avère très élevé en comparaison de la sanction.

E. 21.1.1

Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comporte notamment l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la

contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 135 V 65 consid. 2.6, 134 I 83 consid. 4.1).

E. 21.1.2

La perception d'émoluments par la Comco et son secrétariat pour les décisions concernant les enquêtes sur des restrictions à la concurrence aux termes des art. 26 à 30 LCart est réglée par l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart, RS 251.2 ; art. 1 al. 1 let. a), à l'exclusion notamment des dispositions du code de procédure civile fédérale invoquées par la recourante (cf. art. 1 CPC a contrario). En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 OEmol-LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre 100 et 400 francs de l'heure, compte tenu notamment de la classe de salaire de l'employé effectuant la prestation. Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui notamment occasionne une procédure administrative (art. 2 al. 1 OEmol-LCart). N'ont en revanche pas à verser d'émoluments, en particulier les parties concernées qui ont occasionné une enquête si les indices existant au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (cf. art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

E. 21.2

En l'occurrence, l'autorité inférieure a indiqué dans la décision contestée que les frais de procédure étaient calculés en fonction du temps consacré à l'affaire et que les frais liés aux investigations fondées sur l'art. 7 LCart avaient été laissés à la charge de la Confédération en tant que celles-ci étaient clairement identifiées temporellement. Elle a ainsi pris en considération la totalité des frais de procédure relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart et mis ceux-ci, à raison de un treizième, solidairement à la charge de chacun des dix diffuseurs sanctionnés à l'issue de la décision attaquée. Les trois diffuseurs contre lesquels les charges ont été abandonnées ont quant à eux été exemptés et leur part de frais de procédure laissée à la charge de la Confédération. Dans le cadre de l'échange d'écritures devant le tribunal de céans, l'autorité inférieure a précisé le calcul des frais de procédure fixés, à savoir 1'660 heures à 120 francs/heure pour les stagiaires, 3'460 heures à 200 francs/heure pour les collaborateurs et 388 heures à 250 francs/heure pour les cadres supérieurs.

E. 21.3

Dans la décision dont est recours, l'autorité inférieure a, en substance, indiqué le montant total des frais imputés aux parties et la répartition de ceux-ci (ch. 775 décision attaquée). La question de savoir si cette motivation est suffisante peut demeurer indécise dès lors que l'autorité inférieure a, au cours de la présente procédure, complété sa motivation, sur laquelle la recourante s'est déterminée. Aussi, sur la base du temps consacré à l'affaire et du tarif horaire appliqué par l'autorité inférieure, la recourante est en mesure de comprendre comment celle-ci a fixé les frais de procédure et de les contester utilement. De même, le tribunal peut exercer son contrôle, en particulier s'agissant du respect des dispositions légales applicables. Il y a encore lieu de préciser que le devoir de motivation de l'autorité inférieure n'exige pas que celle-ci explicite avec autant de densité la question des frais que celle relevant du fond (cf. arrêt du TF 4P.184/2003 du 2 février 2006 consid. 4.3.2). Il s'ensuit qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu quant à la motivation des frais de procédure contenue dans la décision entreprise aurait dans tous les cas été réparée dans la procédure sur recours ; le grief de la recourante doit de ce fait être rejeté sur ce point. Il en

va de même de celui lié à la non-prise en compte de sa capacité contributive, le calcul de l'émolument prévu par l'OEmol-LCart n'impliquant pas la prise en considération d'un tel paramètre.

E. 21.4

Ensuite, le secrétariat d'abord, puis l'autorité inférieure dans un second temps ont procédé à des mesures d'investigation afin de déterminer si les diffuseurs suisses de livres écrits en français avaient entre 2005 et 2011 passé des accords au sens de l'art. 5 LCart. Ils ont à cet effet en particulier envoyé des questionnaires aux revendeurs actifs en Suisse romande, lesquels entretiennent des relations commerciales avec quasiment tous les diffuseurs-distributeurs suisses de livres francophones (cf. supra consid. 13.2) ; ils ont procédé à l'audition de certains de ceux-là ainsi qu'à l'examen des procès-verbaux tenus lors des réunions de l'ASDEL. Dites mesures d'investigation ont concerné indistinctement l'ensemble des diffuseurs ayant fait l'objet de l'enquête. Aussi, le temps y relatif consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure doit être considéré de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par ceux-là. Partant, il est juste d'avoir imputé les frais de procédure, de manière égale, à raison de un treizième, aux diffuseurs condamnés ; le poids respectif de ceux-ci sur le marché a été pris en compte au stade du calcul du montant de la sanction (cf. supra consid. 19.3.3). Il en va de même du temps consacré aux investigations portant sur l'existence d'accords au sens de l'art. 5 LCart, en tant qu'il n'est guère possible de délimiter le temps voué à prouver l'existence de deux accords - à savoir horizontal et vertical - dès lors que les indices réunis leur étaient communs. L'autorité inférieure relève à cet égard avoir d'abord retenu le passage du procès-verbal de l'ASDEL cité plus haut (cf. supra consid. 9.5.3) comme indice d'un accord horizontal d'attribution de territoire avant de l'examiner dans le cadre d'un accord vertical d'attribution de territoire. Il en va de même s'agissant de 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 territoires ; en particulier, le questionnaire du 9 décembre 2008 ainsi que les auditions menées auprès des diffuseurs portaient également sur la question d'un éventuel accord vertical sur les prix. En outre, il ressort du dossier que les indices obtenus à charge et à décharge durant l'enquête relative à l'art. 5 LCart ont dans leur ensemble contribué à démontrer l'existence d'accords d'attribution de territoires au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Il s'ensuit que le temps dédié 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 condamnés. La recourante succombe également sur ce grief.

E. 21.5

De plus, l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OEmol, RS 172.041.1), à laquelle renvoie l'art. 1a OEmol-LCart, prescrit à son art. 2 al. 2 que « si plusieurs personnes provoquent ensemble une décision ou sollicitent une prestation, elles répondent solidairement du paiement de l'émolument ». En l'espèce, il convient de retenir, à l'instar de l'autorité inférieure, que les diffuseurs-distributeurs condamnés ont provoqué ensemble la décision déférée. Il a en effet été établi ci-dessus que le territoire national avait été cloisonné par l'ensemble des diffuseurs-distributeurs condamnés (cf. supra consid. 13.3.1). En outre, les discussions intervenues au sein de l'ASDEL ont mis en lumière que ceux-ci avaient abordé ensemble la « problématique » des importations parallèles et connaissaient la position des uns et des autres sur ce point (cf. supra consid. 9.5.3.3).

E. 21.6

Enfin, l'art. 13 OGE mol prévoit que l'autorité peut, si la personne assujettie est dans le besoin ou pour d'autres motifs importants, accorder un sursis de paiement, réduire ou remettre les émoluments. Ce faisant, l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il ne ressort pas du dossier que la recourante - à l'instar de l'ensemble des autres diffuseurs-distributeurs condamnés - ne disposerait pas des fonds nécessaires pour s'acquitter du montant des émoluments qui lui ont été imputés, soit 76'015 francs, la recourante disposant pour l'excédent d'un droit de recours interne contre les autres diffuseurs-distributeurs condamnés (cf. art. 148 al. 2 CO).

E. 22

Conséquences Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la décision de l'autorité inférieure est confirmée, en tant qu'elle condamne la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs, 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 et 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. Partant, le recours doit être rejeté dans son entier.

E. 23

Frais et dépens

E. 23.1

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 1^{ère} phrase PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure à 6'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée par celle-là le 14 août 2013.

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 (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.