

WEKO Livres en langue française vom 27. Mai 2013

WEKO, 2013-05-27, FR

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

FR: WEKO Livres en langue française du 27 mai 2013

IT: WEKO Livres en langue française del 27 maggio 2013

Erwägungen

E. 5

al. 4 LCart des éléments contractuels entre des entités situées à l'étranger – en l'occurrence par exemple entre quelque éditeur et un autre distributeur ou grossiste – re- viendrait à amputer considérablement la portée de l'action voulue par le législateur. En effet, ces entités, toutes situées par définition à l'étranger, ne sont pas soumises à l'obligation de renseigner de la loi sur les cartels et ne peuvent faire l'objet d'une perquisition, si bien que les autorités suisses de la concurrence seraient consignées à tabler sur leur bon vouloir de leur faire parvenir ces documents ou de répondre à un questionnaire, faute d'accord de coopération en la matière. De telles preuves ne sont certainement pas commandées lorsque d'autres éléments au dossier indiquent qu'une exclusion des ventes passives a été effectivement mise en œuvre en pratique, que l'interprétation des contrats avec les entités suisses actives dans la diffusion-distribution vient confirmer la portée de l'exclusion des ventes passives, que les diffuseurs-distributeurs se sont consultés et ont maintenu un régime de cloisonnement du marché suisse. L'un d'eux, Raymond Filliastre (Servidis), a même indiqué qu'une ouverture du marché wholesale serait « gravissime »⁴⁸⁷.

B.4.1.3.6 Conclusions intermédiaires 422. Les accords de distribution analysés reposent tous sur un régime d'exclusivité. Est décisif pour apprécier si de tels systèmes de distribution exclusifs sont saisis par l'art. 5 al. 4 LCart, la question de savoir si les ventes passives ont été empêchées par lesdits accords. De nombreux éléments éclairent en l'espèce la question de savoir si les ventes passives ont été exclues par les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs.

484 A 516, 4. 485 Cf. conditions générales de Interforum, A 786 ; conditions générales de Flammarion, A 699, annexe 10, conditions générales de Dargaud, A 691, annexes 15-18. 486 Cf. DPC 2010/1 79 N 127, Gaba. 487 A 914, L 398.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 94 423. Les régimes d'exclusivité prévus par les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AlG ont exclu les ventes passives sur la base de plusieurs éléments :

424. En premier lieu, l'analyse des effets, particulièrement importante au regard de la doctrine des effets de la loi sur les cartels suisse, élimine tout doute. Seul le détaillant Distri- livres, cité par les parties comme l'exemple par excellence que des importations parallèles avaient été possibles durant la période visée par l'enquête, a été en mesure de s'approvisionner en France. Pour y parvenir cependant, il a dû mettre en place le système Ecolibri, lequel repose sur des partenariats, secrets pour les diffuseurs-distributeurs en France comme en Suisse, avec des détaillants en France. La mise en œuvre d'un tel système a été commandée à cause des régimes d'exclusivité mis en place.

425. En deuxième lieu, la manière dont a été pratiqué le droit de retour ne laisse aucun doute sur le fait que les régimes d'exclusivité ont prohibé les ventes passives. Le régime d'exclusivité a été, durant la période visée par l'enquête, considéré comme le seul mécanisme pour se prémunir contre d'éventuels comportements opportunistes en matière de droit de retour. Or, en l'absence d'autres instruments, seul un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives peut permettre la gestion des flux sans risque de comportements opportunistes. L'argumentation des diffuseurs-distributeurs sur le droit de retour confirme cet état de fait. 426. En troisième lieu, en sus de prévoir un régime d'exclusivité, lequel pourrait être conforme à la loi s'il n'excluait pas les ventes passives, de nombreuses clauses contenues dans les contrats des différents diffuseurs-distributeurs indiquent pour chacun d'eux que la portée du régime d'exclusivité couvre les ventes passives, certaines clauses étayant même la manière de se comporter des partenaires de distribution pour garantir le cloisonnement du territoire suisse.

427. En quatrième lieu, les diffuseurs-distributeurs se sont informés en date du 11 mai 2005 sur leurs perceptions et le traitement qu'ils donneraient à une sollicitation concernant des importations parallèles d'un type particulier (rupture de stock), conscients des répercussions que cela pourrait avoir sur leurs systèmes de distribution. Depuis ce moment, les diffuseurs-distributeurs étaient conscients qu'aucun diffuseur-distributeur ne considérerait qu'un approvisionnement de ce type devait intervenir, ce qui a renforcé la capacité d'exclure les ventes passives des systèmes de distribution respectifs.

428. Dans ce contexte, la preuve d'une exclusion des ventes passives est établie à suffisance de droit. L'élément de preuve supplémentaire que constitueraient des clauses contractuelles formelles, prévoyant expressément une interdiction d'exportation, conclues par les partenaires de distribution des diffuseurs-distributeurs avec d'autres entités susceptibles de donner suite à des demandes d'approvisionnement direct de la part de détaillants situés en Suisse n'est pas requise. De telles clauses ne sont pas nécessaires pour garantir le cloisonnement du territoire suisse, dans la mesure où les dispositions contractuelles prévues, parfois contenues dans des conditions générales standardisées, réglant notamment l'échange d'information, permettent de prendre les mesures nécessaires pour exclure les ventes passives. 429. Ainsi, il y a lieu de constater que les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG ont reposé sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives.

B.4.1.4 Fournisseurs agréés 430. L'art. 5 al. 4 LCart vise l'exclusion des ventes par des fournisseurs agréés. Selon la doctrine majoritaire, une interprétation conforme au texte exclut les limitations obligeant les

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 95 producteurs, ce dont attesterait en particulier une interprétation littérale des versions italienne et allemande de la disposition – « distributori esterni », « Vertriebspartner ». 488 Une interprétation historique de la norme abouti au même résultat. Les travaux préparatoires, dont le passage essentiel est reproduit plus haut, indique également qu'un producteur peut s'engager à ne pas livrer d'autres entreprises ou des consommateurs finaux dans le territoire attribué. Ce sont les clauses 1 et 2 selon la classification du rapporteur F. SCHIESSER, 489 lesquelles correspondent à un système d'exclusivité simple. Une portée propre du terme « agréé », contenu uniquement dans la version française de la norme, doit être niée. La doctrine suisse partage également cette opinion. 490

431. Il convient de relever que la mise en œuvre d'une politique analogue à celle de la Commission européenne dans le domaine des accords verticaux correspond à la volonté du législateur, comme la COMCO l'a exposé à plusieurs reprises dans ses décisions.⁴⁹¹ En droit de l'UE, une exclusion des ventes passives élimine d'emblée la possibilité pour une pratique d'être considérée comme une exemption par catégorie.⁴⁹²

Diffulivre 432. Selon Diffulivre, l'éditeur n'étant pas un partenaire de distribution, l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas aux clauses des N 140, 143 et 144 de la proposition du Secrétariat.⁴⁹³ Diffu- livre précise que l'éditeur fait office de « producteur » des livres écoulés par le canal de Diffu- livre. « Pour cette raison, l'exclusivité territoriale dont bénéfici[e] Diffulivre en relation avec les ouvrages des Tiers-Diffulivre échappe aux prévisions de l'art. 5 al. 4 LCart (...). »

433. En l'espèce, les clauses identifiées vont au-delà de l'obligation faite aux producteurs, c'est-à-dire aux éditeurs, de ne pas vendre. En effet, les partenaires de distribution de Diffulivre, qu'ils soient des éditeurs ou non, se sont engagés non seulement à ne pas vendre, mais également à ne pas laisser vendre les ouvrages visés par le contrat de distribution. Partant, le système de distribution de Diffulivre a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

Servidis 434. Servidis a prétendu qu'elle ne serait pas un fournisseur agréé mais uniquement un commissionnaire raison pour laquelle cette condition légale ne serait pas remplie en l'espèce.⁴⁹⁴ Elle semble avoir confondu que la condition d'un fournisseur agréé vise les autres entités en mesure de constituer une alternative d'approvisionnement. Le système de distribution affecte les autres fournisseurs, comme l'indiquent d'ailleurs expressément certaines des clauses des contrats de Servidis.⁴⁹⁵

435. Partant, le système de distribution de Servidis a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

E5F

488 CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 638. 489 Cf. intervention du Conseillers aux États F. SCHIESSER, BO CE 2003 329 à 330. 490 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 49), art. 5 LCart N 556-557. 491 Cf. notamment DPC 2009/2 151 N 70, Sécateurs et cisailles et réf. citées ; décision de la COMCO du 28.11.2011, N 185 ss, Nikon et réf. citées. 492 REIHNARD ELLGER in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, art. 4 REC-Vertical, N 41 et 43. 493 A 693a, N 188, 67 et A 845, 4. 494 A 672, 21. 495 Cf. B.3.2.8.1, N 144.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 96 436. Selon E5F, l'art. 5 al. 4 LCart ne viserait que l'interdiction des ventes passives au sein d'un système de distribution sélective, ce qui se déduirait de l'utilisation de l'adjectif « agréé ».⁴⁹⁶ E5F a contesté que cette condition était remplie en l'espèce puisqu'elle n'aurait pas sélectionné OLF sur la base de critères définis comme cela aurait été exigé par un système de distribution sélective.

437. Comme il a été exposé plus haut, l'adjectif « agréé » n'a pas de portée propre dans l'art. 5 al. 4 LCart. De plus, on ne saurait admettre que l'application de l'art. 5 al. 4 LCart est restreinte aux systèmes de distribution sélective.

438. Partant, le système de distribution de E5F a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.

439. Autres diffuseurs-distributeur

440. Les autres diffuseurs-distributeur n'ont pas contesté que la condition du fournisseur agréé était remplie.

B.4.1.5 Conclusion intermédiaire

441. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. La suppression de la concurrence efficace est présumée.

B.4.2 Aucun renversement de la présomption 442. Le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace nécessite un examen du marché dans son ensemble, à la lumière de la concurrence intramarque et intermarques. Est décisive la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisante sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence suffisante. (ch. 11 CommVert).

443. En l'espèce, la présomption pourrait être renversée si les détaillants de livres en Suisse avaient été en mesure d'exploiter des possibilités d'arbitrage, tant au niveau des prix que d'autres paramètres concurrentiels en procédant à des importations parallèles (concurrence intramarque), ou si une concurrence intensive entre les différents diffuseurs-distributeur avait existé (concurrence intermarques) ou finalement, si la combinaison des concurrences intramarque et intermarques n'avait pas conduit à la suppression de la concurrence efficace, mais seulement à une affectation de celle-ci.

444. L'examen du marché dans son ensemble appelle en premier lieu la délimitation du marché de référence en tenant compte des dimensions produit et géographique.

B.4.2.1 Marché de référence 445. Selon le Tribunal fédéral, pour la définition du marché de référence, une probabilité confinante à la certitude n'est pas requise, une administration des preuves stricte n'étant pas possible en la matière.⁴⁹⁷ En effet, comme l'a relevé la jurisprudence européenne également, la définition du marché relevant implique des appréciations économiques complexes.⁴⁹⁸ 446. Dans l'arrêt Publigroupe, le Tribunal fédéral a précisé que la considération de développements subséquents à la période d'enquête n'est possible que de manière limitée, c'est-à-

496 A 736, N 79. 497 Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 9.2.3.4, Publigroupe/COMCO 498 Arrêt du Tribunal du 17.9.2007 T-201/04, pt 482, Microsoft. (ECR II-3370)

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 97 dire si et seulement s'ils permettent des conclusions impératives sur la situation antérieure.⁴⁹⁹ Il y a lieu au surplus de renvoyer aux considérations exposées plus haut en matière du degré de preuve.⁵⁰⁰ 447. Ensuite, une remarque liminaire concernant la jurisprudence et la pratique de la COMCO dans la branche économique concernée est nécessaire. En matière de livres, la COMCO s'est prononcée sur la définition d'un marché de référence dans la décision Sammelrevers.⁵⁰¹ La définition proposée par la COMCO a été examinée par le Tribunal fédéral.⁵⁰² Les considérants du Tribunal fédéral ainsi que ceux de l'autorité de la concurrence se sont inscrits dans l'application de l'art. 5 al. 3 LCart sur l'objet d'un accord horizontal entre les libraires. Si l'accord générique du Sammelrevers concernait l'ensemble de la branche, à l'instar des pratiques examinées dans la présente enquête, force est de constater que l'analyse concurrentielle s'est focalisée sur le marché retail à cette occasion. Cette focalisa-

tion découle en particulier du fait que le Tribunal fédéral n'a pas constaté qu'il y avait un accord (horizontal) entre les entreprises se trouvant en amont des libraires, mais uniquement entre les libraires, au niveau du prix. Il convient à cet endroit de relever que le marché de l'approvisionnement – le marché wholesale dans la présente enquête – n'a pas été analysé dans l'enquête concernant le Sammelrevers.

448. La Commission européenne a procédé à une analyse approfondie de la branche du livre lors de la concentration de deux groupes éditoriaux français importants. Cette analyse est exposée dans la décision Lagardère.⁵⁰³

B.4.2.1.1 Critiques des parties à la procédure 449. La proposition du Secrétariat du 14 août 2012 a considéré que le marché de référence au niveau wholesale, dans sa composante produit, concernait l'ensemble des livres écrits en français, c'est-à-dire des imprimés publiés par un éditeur neufs et sans défaut proposés par des diffuseurs aux libraires/revendeurs en Suisse. La dimension géographique du marché relevant wholesale était la région francophone supranationale, incluant en particulier la France. Au niveau retail, il a exposé que dans sa composante produit, le marché de référence concernait l'ensemble des livres écrits en français, c'est-à-dire des imprimés publiés par un éditeur neufs et sans défaut proposés par les libraires/revendeurs aux consommateurs finaux. La dimension géographique du marché relevant retail était la région francophone nationale.

450. Les parties à la procédure ont critiqué plusieurs éléments de la définition des marchés de référence telle que proposée par le Secrétariat. Ces critiques sont résumées ci-dessous.

451. Interforum a formulé plusieurs critiques.⁵⁰⁴ Premièrement, elle a critiqué le fait que seuls les marchés de la vente et de la revente avaient été pris en considération. Deuxième-

499 Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 9.2.2, Publigroupe/COMCO. 500 Cf. B.3.1, 17. 501 DPC 1999/3, 474 s., N 62 s., Sammelrevers. 502 ATF 129 II 18, consid. 7.3 (= DPC 2002/4, 731, 743 s., Buchpreisbindung). 503 Deux versions de la décision ont été publiées. D'une part, un résumé de la décision a été publié au Journal officiel : Commission européenne, JO 2004 L 125/54, Lagardère/Natexis/VUP. D'autre part, la version intégrale publique de la décision est accessible en ligne : Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP, accessible à : http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2978_20040107_600_1522341_FR.pdf (dernière consultation le 11 juin 2013). Les références à cette affaire dans la présente décision concernent la version intégrale publique. 504 A 692, 15 ss, N 33 ss et 38 ss, N 139 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 98 ment, elle a contesté que la diffusion et la distribution n'avaient pas fait l'objet d'une distinction. Troisièmement, elle a considéré que non seulement les grossistes, mais aussi les entreprises présentes sur internet et les librairies situées en France devaient être intégrées à l'offre au niveau wholesale.

Quatrièmement, au niveau retail, il y aurait eu lieu de considérer les entreprises présentes sur internet du côté de l'offre. Cinquièmement, elle a considéré que les ebooks auraient été substituables aux livres imprimés. Sixièmement, la délimitation géographique au niveau retail aurait été trop étroite, dans la mesure où il serait égal pour un consommateur final de télécharger un livre « depuis un serveur installé au Canada » ou de l'acheter chez un détaillant situé en Suisse.

452. E5F a contesté la définition du marché de référence.⁵⁰⁵ La définition des marchés contenue dans la proposition du Secrétariat aurait comporté d'importantes lacunes.⁵⁰⁶ La prise de position renvoie essentiellement vers l'expertise Gu[gg]ler du 19 octobre 2012

(ci-après : l'expertise Gugler), laquelle a énuméré plusieurs critiques et constatations concernant la définition des marchés. Premièrement, l'expertise Gugler a soutenu de manière générale que la définition des marchés de référence ne serait pas assez claire, ne permettant pas « d'assurer une compréhension des mécanismes, des structures et des contraintes qui s'imposent aux acteurs du marché, en particulier aux diffuseurs.⁵⁰⁷ » Deuxièmement, les autres marchés de la chaîne du livre n'auraient pas été considérés.⁵⁰⁸ Troisièmement, au niveau de la demande wholesale, elle a constaté que les différentes catégories de détaillants n'auraient pas été prises en considération, alors qu'elles auraient dû l'être.⁵⁰⁹ Quatrièmement, elle a considéré qu'une distinction par catégories de livre aurait été nécessaire, dans la mesure où les rapports de concurrence auraient pu également se distinguer entre ces catégories.⁵¹⁰ Cinquièmement, elle a considéré qu'il y aurait eu lieu de tenir compte des livres numériques et du commerce électronique du livre papier.⁵¹¹ Finalement, elle a critiqué la dimension géographique du marché retail, prétendant que la dimension nationale retenue ne servait qu'à conforter la thèse du cloisonnement du « marché suisse ». ⁵¹² E5F n'a retenu aucune définition du marché de référence, ni dans sa prise de position, ni par l'intermédiaire de l'expertise Gugler. ⁴⁵³. Flammarion a renvoyé pour l'essentiel à l'expertise Gugler, également produite en annexe à sa prise de position.⁵¹³ Il s'est agi de la même expertise que celle produite par E5F. Au surplus, elle a considéré, d'une part, que le sondage MIS Trend/Hebdo n'aurait pas été une source suffisante pour baser une constatation et a précisé que « le résultat reflété par cette enquête n'est pas [être] en adéquation avec les habitudes réelles des consommateurs.⁵¹⁴ » D'autre part, elle a été d'avis qu'un « SSNIP test »⁵¹⁵ aurait dû être mené pour déterminer l'influence du commerce de livres imprimés par internet et que les grandes surfaces auraient dû être considérées du côté de l'offre au niveau retail.⁵¹⁶

505 A 736 N 108 ss. 506 A 736 N 108. 507 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 1-2. 508 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 2. 509 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 3. 510 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 5. 511 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 5 ss. 512 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 11. 513 Cf. A 699, annexe 1 (expertise Gugler). 514 A 699, 22, n. 63. 515 « SSNIP » est l'abréviation de « Small but Significant Non-transitory Increase in Price » ; cf. WHISH/BAILEY (n. 62), 31; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Édit.), 2013, art. 4 al. 2 LCart N 76 ss. 516 A 699, 19 ss, N 22 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 99 454. Selon OLF, les grossistes étrangers et les commerçants opérant sur internet devraient être qualifiés de concurrents.⁵¹⁷ De plus, au niveau retail, la vente par l'intermédiaire d'internet et les ebooks devraient être intégrés au marché.⁵¹⁸ Au surplus, elle n'a pas contesté la définition des marchés de référence.

455. Diffulivre a formulé divers reproches à l'encontre du marché de référence retenu par le Secrétariat dans sa proposition de décision. Ainsi, elle a soulevé qu'au niveau wholesale, une distinction entre un marché de services et un marché de vente des livres aurait dû être opérée en conformité avec la jurisprudence européenne.⁵¹⁹ Ensuite, toujours en relation avec le marché au niveau wholesale, les grossistes et les entreprises présentes uniquement sur internet auraient dû figurer parmi les partenaires de l'échange du côté de l'offre.⁵²⁰ En ce qui concerne le marché au niveau retail, il appartiendrait au Secrétariat de déterminer dans quelle mesure les ebooks devraient être intégrés au marché de référence en tant que produits substituables aux livres traditionnels.⁵²¹ En outre, les acteurs économiques présents uniquement sur internet auraient dû être considérés du côté de l'offre au niveau

retail également.522 Diffulivre a aussi contesté la dimension géographique retenue pour la délimitation du marché de référence au niveau retail.

456. Servidis/Transat ont émis plusieurs critiques.523 Au-delà de la terminologie anglaise employée, elles ont contesté la nature des entreprises composant l'offre au niveau wholesale (y compris le rôle au niveau de l'offre à ce niveau des entreprises présentes sur internet uniquement), l'absence de distinction entre différentes catégories de livres et la limitation aux livres de langue française. Au niveau retail, elles ont considéré « à la limite de la malhonnêteté intellectuelle » d'écarter les ventes par internet.524 Au niveau retail, l'accès aux ebooks aurait été un substitut au livre physique et la dimension géographique aurait été supranationale.525 457. Bien qu'elle ait reconnu expressément la distinction entre les niveaux wholesale et retail, Dargaud a décrié la méthode utilisée dans la proposition du Secrétariat, consistant à déterminer le marché wholesale avant le marché retail.526 Elle a considéré en outre qu'il convenait de distinguer des sous-marchés pour chaque catégorie de livre, comme l'a fait la Commission européenne, et d'inclure le livre électronique, les supermarchés et magasins spécialisés mais aussi les ventes par internet. Tous ces éléments ont concerné le marché retail uniquement. 458. AIG a soutenu concernant le marché relevant que les clauses incriminées cloisonnant le marché ne concernaient pas tous les livres qu'elle a écoulés. Au surplus, elle n'a pas contesté la définition des marchés.527 459. AH a considéré que le commerce par internet, qu'il se soit agi des livres imprimés ou numériques, aurait dû être mieux analysé. Elle a considéré ensuite, que les livres de deuxième main auraient été substituables aux livres neufs. Finalement, elle a prétendu que le

517 A 689, 11. 518 A 689, 10. 519 A 693a 28 ss. 520 A 693a, N 47 ss. 521 A 693a, N 74. 522 A 693a, N 76 ss. 523 A 672, 39 ss. 524 A 672, 44. 525 A 672, 44. 526 A 691, 36 ss. 527 A 690, 25.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 100 marché des best-sellers aurait constitué un sous-marché, dans la mesure où les élasticité-prix auraient été différentes de celles d'autres ouvrages.528

460. LLac n'a pas remis en cause la définition des marchés de référence telle que proposée par le Secrétariat. Elle a relevé cependant que certains diffuseurs étaient intervenus parfois du côté de l'offre sur le marché retail, pour certains clients particuliers tels que les bibliothèques.529

461. Glénat et Zoé n'ont pas contesté la définition des marchés de référence.530 462. Toutes les critiques émises par les parties à la procédure sont traitées au fur et à mesure de l'analyse, selon les griefs concrets sur lesquels elles portent.

B.4.2.1.2 Dimension produit 463. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, le marché de produits 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. Les critères définis dans cet article sont applicables dans les procédures de concentration d'entreprises et sont appliqués par analogie de manière constante par la COMCO également dans les procédures fondées sur l'art. 5 al. 4 LCart.531 464. La substituabilité, principalement sous l'angle de la demande, constitue le critère pertinent pour définir le marché de référence de l'analyse cartellaire. Le degré de substituabilité est apprécié en fonction des caractéristiques objectives (propriété, usage et prix du produit) et subjectives (préférences).532

465. Dans un premier temps, le produit « livre » est circonscrit. Dans un deuxième temps, les partenaires de l'échange sont examinés, tant sous l'angle de la demande que de l'offre.

Notion de livre 466. Les livres écrits en français sont le point de départ de la présente enquête. Le produit « livre » a été défini dans plusieurs contextes sans que des différences significatives n'apparaissent. La définition proposée par le législateur dans la LPL peut être reprise comme point de départ. L'art. 3 LPL entend par « livre » :

« Tout imprimé publié par un éditeur et tout produit combiné dont l'imprimé est l'élément principal; les journaux, les périodiques, les partitions et les produits carto- graphiques notamment ne sont pas considérés comme des livres ».

467. Dans la LPL, les livres considérés correspondent non seulement à cette définition mais sont en outre neufs et sans défaut (art. 2 LPL).

468. Les livres écrits – c'est-à-dire rédigés ou traduits – en français sont au centre de la présente enquête. En Suisse, les livres ainsi définis sont essentiellement importés. En effet, plus de 80 % des livres écrits en français achetés en Suisse, ont été produits ou ont transité par la France.

528 A 683, 4 à 6. 529 A 647, 3. 530 Cf. A 695 ; A 681, 26 ss. 531 Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 77 N 356 s., (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 85 s., N 173 s., Gaba ; DPC 2010/4, 670 s., N 165 s., Hors-liste ; DPC 2009/2, 147 s., N 41 s., Felco. 532 BORER (n. 14), art. 5 LCart N 12.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 101 469. La plupart des diffuseurs-distributeurs ont considéré qu'il s'agissait d'y ajouter le livre numérique. Certaines parties ont considéré que des subdivisions étaient nécessaires. Servi- dis/Transat ont prétendu que les livres de langues étrangères, notamment en anglais de- vraient être ajoutés. AH a considéré que les livres de deuxième main seraient des substituts aux livres neufs. Au surplus, la notion retenue du produit livre a été acceptée par les parties.

470. Livres de deuxième main – AH a relevé que les livres de deuxième main auraient été des substituts aux livres neufs, mais n'a nullement étayé sa thèse plus avant, ni n'en a tiré de conséquence dans l'analyse de la concurrence dont la définition du marché ne constitue que le premier pas. Aucune des parties à l'enquête n'a considéré que la vente de ces livres constituait un substitut. Sans que des chiffres précis ne soient disponibles, il ne semble pas que l'importance de la vente de livres de seconde main soit significative. De plus, ces livres ne sont pas offerts dans les mêmes conditions que les livres neufs, mais peuvent s'acquérir principalement dans les marchés aux puces, chez des antiquaires ou dans des librairies (très) spécialisées. Ils répondent à des schémas de distribution qui ne sont en aucun cas comparables. Etant donné ces différences et leur caractère marginal par rapport à la vente de livres neufs, il n'y a pas lieu d'intégrer les livres de seconde main dans le marché de référence.

471. Livres écrits dans d'autres langues – Servidis/Transat ont considéré qu'il convenait d'ajouter au produit tel que défini ci-dessus, les livres écrits dans d'autres langues. Selon elles, la distinction selon la langue ne serait pas pertinente, tant au niveau wholesale qu'au niveau retail.⁵³³ Elles ont cependant expressément exposé auparavant que le « Secrétariat doit se tenir à la définition du marché de produit qu'il retient, en l'espèce les livres de langue française » et qu'il y a « un marché de produit qui est le marché des livres de langue fran- çaise.⁵³⁴ » Dans ce contexte, l'avis de Servidis/Transat sur la question est pour le

moins con- fus. En outre, les chiffres avancés par Servidis/Transat concernaient l'exemple genevois uni- quement. Au-delà du fait qu'on peut émettre certains doutes sur la pertinence d'admettre que ces chiffres puissent être représentatifs de (toute) la demande de livres de la part des con- sommateurs finaux, ils n'établissent nullement que ce sont les (mêmes) consommateurs fi- naux qui demandent des livres dans plusieurs langues. Si de tels consommateurs existent certainement, l'expérience générale de la vie permet de douter qu'ils ne doivent pas être considérés comme représentant un poids marginal de la demande. La Commission euro- péenne dans la décision Lagardère n'a pas du tout considéré ce point. Ainsi, il n'y a pas lieu d'admettre que les livres rédigés dans d'autres langues que le français font partie du marché de référence. Les autres parties n'ont pas contesté ce point.

472. Livres numériques – Plusieurs parties ont considéré qu'il convenait d'ajouter au produit tel que défini ci-dessus, les livres numériques ou ebooks. Servidis/Transat, Dargaud, Interfo- rum et OLF ont invoqué que l'ebook ne ferait partie du marché de référence qu'au niveau re- tail. L'expertise Gugler, fournie par E5F et Flammarion, n'a pas distingué ses arguments se- lon les niveaux wholesale et retail et a semblé prétendre que les ebooks devaient également être considérés sur le marché wholesale. Le niveau retail est considéré en premier lieu, suivi du niveau wholesale.

473. Selon une étude du cabinet Kearney de 2012, 535 reprise par différents médias, les ventes d'ebooks ne représenteraient que 0,5 % des ventes totales de livres en France, contre 7 % au Royaume-Uni et 20 % aux Etats-Unis. Selon la même étude, seuls 0,2 % des

533 A 692, 40-41. 534 A 672, 39. 535 A.T. KEARNEY, Do Readers Dream of Electronic Books?, cf. extrait accessible online, 4,

<http://de.slideshare.net/IfBookThen/do-readers-dream-of-electronic-books>.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 102 Français sont équipés en matériel pour lire des ebooks. 536 Toujours selon cette étude, en 2011, 2,7 millions de titres étaient disponibles (en anglais) aux Etats-Unis, alors que seuls 60'000 titres étaient disponibles (en français) en France. 537 474. Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo effectuée du 21 janvier 2011 au 7 février 2011 et présentée au Salon du livre de Paris en 2011, 538 les Français estiment à 65 % que le livre imprimé restera toujours le principal support. Cette étude précise également que le taux d'intérêt pour les ebooks n'a pratiquement pas bougé en deux ans, soit de 2009 à 2011.

475. L'expertise Gugler fait référence à une étude produite en 2010 par PricewaterhouseCoopers, dont elle reprend même une illustration. 539 Selon l'expertise Gugler, une forte croissance des parts de marché du livre numérique est prédite par PricewaterhouseCoopers. Dans l'étude mentionnée, les parts des ebooks aux Etats-Unis en 2011 sont – prospective- ment – estimées à 11,7 %, au Royaume-Uni à 3,4 %, en Hollande à 0,8 % et en Allemagne à 1,4 %. 540 En 2010, l'estimation est de 7,2 % aux Etats-Unis, au Royaume-Uni de 1,5 %, en Hollande de 0,3 % et en Allemagne de 0,4 %. En 2009, l'estimation est de 2,7 % aux Etats-Unis, au Royaume-Uni de 0,2 %, en Hollande de 0,2 % et en Allemagne de 0,1 %. Ces données indiquent sans ambiguïté qu'il ne convient pas d'accorder une importance démesurée aux taux de progression mis en avant pour cette période. A titre d'exemple, la progression du taux en Allemagne entre 2009 et 2010, en une seule année donc, est de 400 %, puis entre 2010 et 2011, de 250 %. Ces progressions à trois chiffres, n'empêchent cependant pas les ebooks de ne peser que 1,4 % en 2011 dans ce pays, selon PricewaterhouseCoopers.

476. Plusieurs parties ont admis d'ailleurs explicitement les conclusions de l'étude PricewaterhouseCoopers. Selon la prise de position d'Interforum du 19 octobre 2012, la distribution d'ebooks « vivra un développement considérable.⁵⁴¹ » Ce propos, au demeurant spéculatif, indique implicitement que la distribution d'ebooks peut effectivement être considérée comme marginale durant la période d'enquête. Dargaud a relevé à plusieurs reprises que l'apparition du livre numérique est « récente ».⁵⁴² Elle a même qualifié de « progression fulgurante » l'essor du livre électronique et considéré, sans citer de source, qu'il pèserait aujourd'hui

E. 10

% à fin 2012 ne laisse pas de doute sur le caractère marginal de l'ebook durant la période d'enquête. 477. Au demeurant, l'étude PricewaterhouseCoopers, sur laquelle repose l'argument principal de l'expertise Gugler à ce sujet, ne produit aucune donnée concernant les livres en français. Sur la base de la faible pénétration des ebooks en français, il ne peut raisonnablement être admis que la portée de ce support dépasse les taux, eux-mêmes marginaux, des ebooks aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, en Hollande ou encore en Allemagne. Les don-

536 Cf. article paru le 13 mars 2012,

<http://frenchweb.fr/dossier-pourquoi-ebook-ne-decolle-pas-en-france-60953/52167> ; article paru le 15 mars 2012, <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seduire-les-francais-39769628.htm> (dernières consultations le 19 avril 2013).

537 A.T. KEARNEY, (n. 535). 538 Le sondage a été commandé par le magazine spécialisé Livres Hebdo et le Cercle de la librairie et se fonde sur un échantillon de 3'032 personnes représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus, cf.

http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5hHGIFvgs_RSMi-3cSMVsvgVxwUXw?docId=CNG.829507cd841e863904aa7e5211c47aa7.b1 539 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 6-7. 540 PricewaterhouseCoopers, *Turning the Page: The Future of eBooks*, 29, disponible à

<http://www.pwc.com/gx/en/entertainment-media/publications/future-of-ebooks.jhtml> (dernière consultation le 11 juin 2013). 541 A 692, 40, N 149. 542 A 691, 38, N 123, 124.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 103 nées sont même probablement très faibles, étant donné la rareté des titres disponibles en français en comparaison aux titres disponibles pour la demande en anglais selon l'étude Kearney.⁵⁴³ Même à émettre l'hypothèse que le niveau d'équipement est supérieur en Suisse romande qu'en France,⁵⁴⁴ dans la mesure où les contenus éditoriaux restent pour ce support également essentiellement produits en France, l'importance des ebooks ne peut être à ce jour que marginale. A fortiori il en a été ainsi durant toute la période de référence.

478. L'expertise Gugler elle-même prend soin d'indiquer que l'Office of Fair Trading, l'autorité de la concurrence de la Grande-Bretagne (ci-après : OFT) n'a pas, en 2011, jugé opportun de considérer que les livres numériques faisaient partie du même marché de référence (niveau retail), en raison de l'insuffisance de leur importance.⁵⁴⁵ Cette constatation de l'OFT dans l'affaire *Amazon.com/Book Depository International Limited* est très instructive : non seulement elle est récente, car elle date du mois d'octobre 2011, mais en plus elle s'inscrit dans une décision de concentration, situation dans laquelle la période de référence n'est pas celle, passée, d'une enquête portant sur une violation de la concurrence, mais bien celle, future, qui suit immédiatement l'opération de concentration en question,

dans un spectre de 2 à 3 ans en général. Les autres jurisprudences de droit comparé mentionnées par l'expertise Gugler ont toutes, sans exception, laissée ouverte la question de la prise en compte des ebooks dans le marché pertinent.

479. Dans un entretien accordé à la télévision suisse romande, Patrice Fehlmann (OLF) a précisé le 30 novembre 2010 : « On est plus en face d'une réflexion des éditeurs qui veulent garder la main sur la production, sur les droits d'auteur. Et chacun a sa raison pour expliquer pourquoi il y viendra demain. Est-ce que c'est parce qu'il n'y a pas de demande qu'il n'y a pas d'éditeur ou l'inverse ? Je ne sais pas vous le dire.⁵⁴⁶ » Début 2012, dans un entretien accordé au quotidien 24h Françoise Berclaz (La Liseuse, Présidente des libraires indépendants) justifiait le fait que le Parlement n'ait pas jugé opportun de légiférer sur le prix du livre électronique de la manière suivante : « Le livre électronique vient d'arriver sur le marché il faut attendre avant de légiférer. En outre nous pensons qu'il s'agit d'un nouveau format pour l'écrit qui ne va pas supplanter le livre traditionnel mais plutôt le compléter.⁵⁴⁷ »

543 La presse spécialisée s'est régulièrement faite l'écho du faible développement du livre en français sur le nouveau support dématérialisé. « Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'intérêt des Français pour les livres électroniques est dérisoire ! », article paru le 19 mars 2011 sur Numerama, cf.

<http://www.numerama.com/magazine/18332-moins-d-un-francais-sur-dix-a-deja-lu-un-ebook.html> ; « Culture, politiques, stratégie des grands acteurs, attitude des éditeurs, ventes de matériel...le marché des ebooks est très différent des deux côtés de l'atlantique. Ces différences importantes expliquent pourquoi l'ebook est un tel succès aux Etats-Unis, et pourquoi il a tant de mal à trouver sa place en France. », article paru le 15 mars 2012 sur CNET, cf. <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seducire-les-francais-39769628.htm>; « (...) les livres numériques peinent terriblement à se tailler une place dans les habitudes des consommateurs. Et ce, tout particulièrement en France. », article paru le 13 mars 2012 sur Frenchweb, cf.

<http://frenchweb.fr/dossier-pourquoi-ebook-ne-decolle-pas-en-france-60953/52167>

(dernières consultations le 19.4.2013). 544 « On peut même raisonnablement se demander si ce genre d'appareil [liseuses] a un avenir en France. Le taux d'équipement des Français serait de seulement 0,2 %, alors que c'est un élément essentiel pour vendre des ebooks, que les applications de lecture pour tablettes et smartphones ne remplacent pas (encore). », article paru le 15 mars 2012, <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seducire-les-francais-39769628.htm> 545 OFT, ME/5085/11, 8-9, N 27 à 31,

Amazon.com/Book Depository International Limited. 546 Cf. <http://www.rts.ch/emissions/abe/alimentation/2635306-saumon-d-elevage-des-poissons-finalement-assez-conservateurs-e-books-un-marche-qui-se-hate-lentement.html> 547 Interview accordée au quotidien 24h, publiée le 13.01.2012, 5.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 104 480. Les résultats d'un sondage réalisé en 2012 par M.I.S Trend/L'Hebdo pour le compte du Salon du livre montraient que moins de 8 % des Suisses romands ont lu un livre électronique. 548 À noter que plusieurs parties à la procédure ont remis en cause les résultats de ce sondage. Leurs critiques sont traitées plus bas concernant le commerce électronique de livres imprimés.⁵⁴⁹

481. Selon les considérants de l'OFT dans la décision Amazon.com/Book Depository International Limited, il convient de relever que même si l'importance des ebooks avait été plus forte, il n'est pas à exclure que ceux-ci forment un marché de référence distinct. En effet,

les différences significatives dans la formation des prix (coûts de production différents) et la nécessité de disposer d'un équipement (liseuse, tablette, ordinateur) notamment, pourraient justifier de considérer un marché séparé des ebooks.⁵⁵⁰ Quoiqu'il en soit, l'OFT a exclu du marché de référence les ebooks.

482. Ainsi, en l'espèce, pour la période 2005 à 2011, il y a lieu de considérer que le livre électronique n'a pas fait partie du marché de référence au niveau retail. La question de savoir si le livre électronique doit être inclus dans le marché de référence ou si la vente de livres électroniques constitue un marché séparé peut rester ouverte.

483. Les considérations qui précèdent concernent essentiellement le niveau retail du marché, soit la vente aux consommateurs finaux. L'exclusion des livres électroniques du marché de référence au niveau wholesale est d'autant plus justifiée. D'ailleurs, aucune partie à la procédure n'a développé d'argument spécifique au niveau wholesale. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché wholesale durant la période d'enquête. Pour le futur, comme le relève expressément l'expertise Gugler,⁵⁵¹ la question a été laissée ouverte dans une décision de concentration de l'autorité française de la concurrence du 12 août 2012. La question n'a pas non plus à être tranchée dans la présente procédure.

484. Catégories de livre – Plusieurs parties (Servidis/Transat, E5F, Flammarion, Dargaud), ont jugé nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux grandes catégories de livres. L'expertise Gugler considère qu'une telle division doit être opérée au niveau wholesale, mais pas au niveau retail. Le fait de ne pas considérer des sous-marchés constituerait un biais dans l'analyse subséquente de la concurrence intermarques au niveau wholesale. Dans le même sens, Flammarion a exposé dans sa prise de position à titre d'exemple que le consommateur romand a une préférence entre les guides touristiques de la marque « Routard » ou « Lonely Planet » dans la préparation de ses voyages.⁵⁵² Cette observation est probablement correcte. Elle n'indique cependant pas en quoi elle conduirait à devoir, en l'espèce, considérer un sous-marché. Au niveau wholesale, le détaillant va très probablement devoir commander les deux « marques » mentionnées. Dans tous les cas, il devra être en mesure de les commander pour un client. En effet, à la différence du consommateur qui achètera un guide dans le but de préparer son voyage, le détaillant se procurera plusieurs guides différents, pour les revendre. Dans la mesure où il raisonne de cette façon pour l'ensemble de l'assortiment qu'il propose à ses clients, une division en sous-marchés

548 Le sondage a été mené auprès de 1010 Suisses romands entre 15 ans et plus représentatifs de la population, du 29 février au 21 mars 2012 ; cf. l'article de L'Hebdo du 25 avril 2012 disponible à l'adresse : http://www.mistrend.ch/articles/SDL_hebdo.pdf (consulté la dernière fois le 23.4.2013) ; cf. également Le Temps du 26.4.2012, disponible à l'adresse : http://www.mistrend.ch/articles/sdl_leTemps.pdf (consulté la dernière fois le 31.7.2012). 549 Cf. B.4.2.1.2, N 1517 ss. 550 OFT, ME/5085/11, 8-9, N 27 à 31, Amazon.com/Book Depository International Limited. 551 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 8. 552 A 699, 20, N 86.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 105 est superflue en l'espèce, en particulier au niveau wholesale. La concurrence intermarques mentionnée par Flammarion au moment du choix ne concerne que le consommateur final dans la préparation de son voyage, et ce, sous réserve de l'hypothèse non établie que le consommateur va acheter l'un ou l'autre des deux guides en cause, et non les deux.

485. AH a soutenu qu'il y avait lieu de considérer un sous-marché des best-sellers. Elle s'est fondée essentiellement sur la pratique de la COMCO concernant d'autres biens ayant des caractéristiques culturelles⁵⁵³ et sur le fait qu'au niveau retail, il conviendrait d'admettre des élasticité-prix différentes pour les best-sellers. En matière de livres, plusieurs autres autorités étrangères de la concurrence n'ont pas jugé nécessaire d'opérer une telle sous-division du marché. Elles ont relevé notamment qu'il n'était pas satisfaisant de se déterminer sur la nature d'un best-seller – À partir de quand un livre est-il un best-seller ? Pour combien de temps ? etc. Les auditions menées par la COMCO ont permis également de constater qu'il y a une grande différence dans la perception de ce qu'est un best-seller selon les parties à la procédure, tant les critères utilisés pour mesurer et juger les ventes diffèrent entre les acteurs.⁵⁵⁴ Dans ces conditions, la « catégorie des best-sellers » ne permet pas de fonder un marché de référence utile à l'analyse. Par conséquent, une telle distinction au niveau du marché pertinent n'est pas opportune, ce qui n'empêche pas que le phénomène des best-sellers soit considéré à d'autres stades de l'analyse. 486. Servidis/Transat ont considéré qu'une division en sous-marchés était nécessaire en raison de l'hétérogénéité du marché, mais n'en ont tiré aucune conclusion dans l'analyse. Elles ont semblé au surplus considérer que dans la littérature chaque titre serait un marché en soi, aucun titre n'étant substituable à un autre. Cette conclusion est erronée. Chaque titre ne constitue pas un marché de référence en soi au sens du droit de la concurrence. En effet, malgré la différenciation extrême propre au contenu du produit, il y a lieu de constater que la distribution des livres intervient de manière homogène indépendamment du contenu du titre. En d'autres mots, tous les livres considérés ont en commun le fait qu'ils sont des imprimés. La COMCO, suivie par le TF sur ce point, avait déjà constaté cet élément dans l'affaire *Sammelrevers*.⁵⁵⁵ A cette occasion, la demande prise en compte était celle des consommateurs finaux. Le raisonnement vaut a fortiori pour le marché wholesale.

487. Dargaud a prétendu que ne pas distinguer entre catégories de livres se détacherait de la pratique de la COMCO dans les affaires BMW et Nikon. Elle n'a cependant tiré aucune conclusion de cet argument dans l'analyse. Bien que les accords incriminés dans ces affaires auraient connu une application dépassant les marchés de produits retenus, la COMCO aurait cependant à raison distingué les produits pour tenir compte de la réalité du marché. En l'espèce, l'examen des concurrences intramarque et intermarques devrait tenir compte de chaque catégorie de livres.⁵⁵⁶ A la différence des affaires mentionnées, les systèmes de distribution en cause en l'espèce s'appliquent non seulement à tous les livres écoulés, mais en plus, ils prévoient une méthode de calcul des prix uniforme basée sur un prix de référence sur le marché final décompté d'une remise (système des tables). Dans ce sens, les différences d'élasticité-prix ont certes une influence à certains niveaux du marché – notamment au niveau de la fixation des prix en euros par les éditeurs conformément à la loi Lang, dont l'éventuelle pression concurrentielle sur le marché wholesale sera examinée plus bas – mais certainement pas dans la distribution.

⁵⁵³ DPC 2000/4, 171, Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt. ⁵⁵⁴ A 898, L 60ss ; A 901, L 259ss ; A 902, L 332 ss ; A 904, L 252 ss ; A 908, L 183 ss ; A 912, L 114 ss ; A 905, L 167 ss. ⁵⁵⁵ DPC 1999/3, 474 N 64, *Sammelrevers*. ⁵⁵⁶ A 691, 37, N 118 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 106 488. Les autres parties à la procédure n'ont pas contesté qu'une distinction en sous-marchés correspondant aux grandes catégories de livres était superflue en l'espèce.

489. Ainsi, il n'y a pas lieu de diviser le marché de référence en sous-marchés selon les grandes catégories de livres, ni selon les best-sellers, ni de considérer que chaque livre constitue un marché pour lui-même. Cela n'empêche pas que l'influence sur la concurrence des phénomènes à l'origine des contestations des parties à ce niveau soit traitée plus loin dans l'analyse, notamment au niveau de l'examen de la concurrence intermarques, dans la mesure où certains diffuseurs-distributeurs ont développé des arguments correspondants.⁵⁵⁷

490. Erreur méthodologique – Finalement, selon Dargaud, il aurait convenu de déterminer le produit uniquement selon la demande des consommateurs finaux, sous peine de commettre une erreur méthodologique.⁵⁵⁸ Elle a fondé son argument sur la pratique de la COMCO dans les affaires Nikon et BMW, en cela qu'il est recouru au concept de la demande dérivée des consommateurs – « abgeleitete Nachfrage ».⁵⁵⁹ 491. Les préférences des consommateurs finaux sont un élément important dans les décisions d'achat des détaillants. C'est ce qui explique pourquoi les décisions citées, mais également la présente décision accordent une importance particulière à ces préférences. Des constatations semblables ont mené la COMCO à se fonder sur les préférences des consommateurs finaux comme point de départ pour définir la dimension produit du – ou des – marché de référence dans le cadre d'accords ATD constatés dans d'autres industries.⁵⁶⁰ Ne joue cependant aucun rôle, l'ordre dans lequel les marchés sont définis. En l'espèce, le niveau wholesale est directement affecté par les clauses ATD. Partant, il est le marché de référence (principal). Pour le définir, il est tenu compte de la demande dérivée des consommateurs finaux mais également d'autres éléments, dont certains ne sont d'ailleurs pas pertinents pour le niveau retail. De plus, les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché retail et la demande des consommateurs finaux sont également considérées à un stade ultérieur de l'analyse.⁵⁶¹ De cette manière, il est tenu compte adéquatement du marché final en l'espèce.

Niveaux de marché wholesale et retail 492. Les comportements d'achat des détaillants et des consommateurs, s'ils peuvent notamment au niveau des préférences se recouper en partie ou complètement, ne sont pas directement comparables.⁵⁶² Le détaillant intervient dans l'échange vis-à-vis des diffuseurs non pas dans le but de lire ou d'offrir les livres qu'il acquiert, mais dans le but de les vendre ensuite à des consommateurs finaux. Cette observation n'exclut pas que les libraires soient eux-mêmes de fervents lecteurs, mais elle tient compte de la réalité économique du détaillant qui doit composer son offre de manière à créer un revenu par son activité. Pour ce faire, il tiendra compte des comportements d'achat des consommateurs finaux, mais aussi d'autres critères. Ainsi, le comportement d'achat des consommateurs finaux est (seulement) l'une des composantes de celui du détaillant.

⁵⁵⁷ Cf. notamment les arguments de Dargaud ci-dessous B.4.2.3.1, 124 ss. ⁵⁵⁸ A 691, 36-37. ⁵⁵⁹ A 691 N 117; DPC 2012/3, 559 N 174, BMW ; Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 77 N 357 (publication prévue in DPC). ⁵⁶⁰ DPC 2012/3, 559, N 174, BMW ; décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 77 N 357, (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 85 N 174, Gaba. ⁵⁶¹ Cf. B.4.2.4, 134 ss. ⁵⁶² Cf. également décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 355.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 107 493. La caractéristique du prix d'un produit est essentielle dans la définition du marché telle qu'elle est prévue par l'art. 11 OCCE.⁵⁶³

Le prix d'achat pour un même produit est en soi différent entre les deux échelons de marché. En effet, pour un même livre, le consommateur et le détaillant ne seront pas prêts à payer le même montant, car le dernier ne vise pas – ou pas seulement – la lecture de ce livre, mais également sa revente afin de dégager un revenu de son activité. De même, un lecteur ne consomme en général qu'un seul exemplaire d'un titre, alors que le libraire acquiert un même titre en plusieurs exemplaires afin d'être en mesure de revendre ce titre à plusieurs consommateurs finaux distincts. Les questions du nombre d'exemplaires à commander en fonction de la place physique à disposition du détaillant et du risque de supporter des coûts (supplémentaires) de transport en cas d'exercice du droit de retour ne sont pas négligeables pour le détaillant et font partie des réflexions commandées par son activité commerciale habituelle. Le consommateur final n'a pas à se préoccuper de ces questions, ou, à tout le moins, pas selon les mêmes contraintes. Il y a donc lieu de distinguer deux niveaux de marché, wholesale et retail pour tenir compte de manière adéquate des caractéristiques différentes de la demande des détaillants et des consommateurs finaux.

494. Aucune des parties n'a remis en cause sur le fond la distinction entre les échelons wholesale et retail des marchés de la vente de livres, exception faite de la critique d'ordre terminologique de Servidis/Transat (anglicisme) et d'un problème de compréhension éventuellement soulevé par l'expertise Gugler concernant le lien fait par le Secrétariat dans sa proposition avec la décision Lagardère de la Commission européenne. Pour cette dernière critique, il convient de relever que les mandataires de Dargaud ont constaté expressément que la scission en deux niveaux – wholesale et retail – « est conforme à la jurisprudence européenne et n'est pas remise en cause par Dargaud (Suisse) SA.564 » Dans la mesure où ce sont les mêmes mandataires qui ont défendu les intérêts de Flammarion, on peut raisonnablement partir de l'hypothèse que l'expertise Gugler, fournie par Flammarion et par E5F, se basait également sur cette scission en deux niveaux de l'analyse, malgré la critique apparente de l'expertise Gugler sur ce point.⁵⁶⁵ D'ailleurs, l'expertise Gugler a distingué par la suite fréquemment ses arguments selon qu'ils portaient sur le niveau wholesale ou retail.

495. Les parties ont contesté cependant les partenaires de l'échange qu'il convient de considérer du côté de l'offre (en particulier) et de la demande, tant au niveau wholesale que retail.

496. La demande wholesale et retail, puis l'offre wholesale et retail sont considérées.

Demande wholesale 497. La demande au niveau wholesale est composée des détaillants. Ils englobent principalement les librairies et les autres détaillants actifs dans la vente de livres aux consommateurs finaux, ce qui inclut implicitement les magasins spécialisés que Dargaud a soulevés.⁵⁶⁶ 498. Le modèle d'affaires des détaillants dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres, mais plus globalement la vente au détail, c'est-à-dire les grandes surfaces, n'est pas directement comparable à celui des libraires. En effet, ces entreprises ne sont pas systématiquement en mesure de proposer aux consommateurs finaux la commande des ouvrages désirés si ceux-ci ne se trouvent pas en rayon ou ne font pas partie de l'assortiment.⁵⁶⁷ Coop, Naville et la Poste notamment fonctionnent en outre selon le modèle

⁵⁶³ Cf. également DPC 2009/2, 147 N 46, Felco. ⁵⁶⁴ A 691, 36, N 115. ⁵⁶⁵ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 1-2; A 699, annexe 1 (expertise Gugler), 1-2. ⁵⁶⁶ A 691, 40, N 128 ss. ⁵⁶⁷ Cf. A 550, 4, 8 et 12 ; cf. A 547, 5.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 108 du rackjobbing, qui prévoit la délégation du choix des produits, en l'occurrence des livres, qu'il s'agit de présenter dans un rayon de taille définie à une entreprise tierce, disposant du savoir-faire en la matière.⁵⁶⁸ Ces entreprises sont cependant actives dans la revente de livres et, partant, font partie intégrante de la demande du marché wholesale. Il y a lieu de les considérer dans le marché de référence.

499. Catégories de revendeurs – Selon l'expertise Gugler, la demande au niveau wholesale aurait dû être déterminée en tenant compte des catégories de détaillants. L'expertise n'en a cependant tiré aucune conclusion dans la suite de l'analyse. Aucune autre partie n'a considéré qu'une distinction par catégorie de revendeur serait pertinente.

500. Dans la décision Lagardère, la Commission européenne s'est intéressée aux différences entre les types de détaillants pour la définition des marchés en cause. Elle a constaté que les activités de diffusion et de distribution variaient considérablement selon le type de détaillant. Les détaillants sont classés selon différents niveaux en fonction de leur chiffre d'affaires, du nombre de références qu'ils peuvent offrir, de leur surface commerciale réservée aux livres et de leur degré de spécialisation.⁵⁶⁹ Etant donné les différences des conditions de concurrence pour les différents types de détaillants, la Commission européenne a ainsi considéré qu'une subdivision par niveau de détaillant serait pertinente. Elle a toutefois laissé la question ouverte, dans la mesure où telle distinction n'aurait pas eu pour effet de modifier le résultat de son analyse.⁵⁷⁰ En Suisse, au niveau des services, il ne semble pas que les différences de traitement opérées par les diffuseurs concernant les catégories de détaillants requiert l'analyse de sous-marchés distincts. Les accords examinés sont indépendants du type de détaillant.

501. En l'espèce, il n'apparaît pas nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux types de détaillants, la question peut cependant rester ouverte car elle n'est pas déterminante en l'espèce.

Demande retail La demande au niveau retail est composée par les consommateurs finaux, ce qui n'est pas remis en question par les parties à la procédure.

Offre wholesale

502. Du côté de l'offre, les partenaires de l'échange ont essentiellement été les diffuseurs-distributeur en Suisse durant la période visée par l'enquête.⁵⁷¹ Au vu des prestations comparables qu'ils offrent notamment aux libraires français, les diffuseurs-distributeur français sont également à ranger du côté de l'offre. Au-delà des diffuseurs-distributeur suisses et français, plusieurs parties ont fait valoir que d'autres entreprises devraient également être considérées du côté de l'offre au niveau wholesale. Ce sont les grossistes, les coursiers, les entreprises présentes sur internet et les libraires français. Le rôle de chacun de ces types d'entreprises est analysé. Avant cela, il convient cependant de traiter la critique principale-

⁵⁶⁸ Cf. A 551, 4 ; A 527, 2. ⁵⁶⁹ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 36. Quatre catégories résultent de ce classement – les détaillants de niveau 1, de niveau 2, les grossistes et les hypermarchés. Les premiers obtiennent un large éventail de prestations, alors que les derniers se contentent du service minimal ; la gamme d'ouvrages diffusés et les taux moyens de remise diffèrent également selon le niveau des détaillants. ⁵⁷⁰ décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 176 à

187, 355. 571 Cf. B.4.2.4, 134 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 109 ment émise par Diffulivre, concernant le fait de considérer les diffuseurs comme des partenaires de l'échange.

503. Diffuseurs comme partenaires de l'échange – Diffulivre a constaté que la Commission européenne n'avait pas considéré les diffuseurs-distributeurs en tant que tels mais plutôt les éditeurs et leurs partenaires les diffuseurs-distributeurs, formant un tout, malgré leur relation contractuelle basée sur la prestation de service, comme partenaire de l'échange des détaillants. Elle n'a cependant tiré aucune conclusion de cet argument dans la suite de son analyse de la concurrence. D'ailleurs, la distinction wholesale et retail a été reprise sans autre par l'expertise CRA qu'elle a fournie.⁵⁷² 504. Admettant la relation particulière entre les éditeurs et les diffuseurs-distributeurs, la Commission européenne a essentiellement fondé son analyse dans la décision Lagardère sur deux niveaux de demande, soit celle constituée par les détaillants et celle constituée par les consommateurs finaux,⁵⁷³ conceptuellement les mêmes que dans la présente décision. Plus avant elle a précisé : « La vente de livres s'effectue à plusieurs niveaux de la chaîne du livre. Dans un premier temps, il existe une relation commerciale entre les éditeurs et leurs clients détaillants, qui s'articule autour d'un prix, la remise accordée au revendeur. Dans un second temps, le livre fait l'objet d'une transaction commerciale distincte de la première qui se déroule entre les détaillants et le consommateur final, c'est-à-dire le lecteur. Lorsque le client revendeur est un grossiste et non un détaillant, une relation commerciale intermédiaire supplémentaire prend place entre ce grossiste et les détaillants de petite taille.⁵⁷⁴ » On peut par ailleurs relever que Servidis/Transat ont constaté à tort que le seul marché de gros considéré par la Commission européenne dans l'affaire Lagardère serait la vente par les grossistes aux détaillants.⁵⁷⁵

505. L'analyse de la Commission est adaptée sur mesure à la décision Lagardère. Les spécificités de la demande wholesale identifiées dans la présente procédure commandent cependant de considérer les diffuseurs-distributeurs comme les partenaires de l'échange, et non les éditeurs, pour la plupart situés en France. En effet, dans la perspective des détaillants en Suisse, les diffuseurs-distributeurs sont l'interlocuteur direct. En particulier, c'est avec eux que les remises sont en principe négociées, et non avec les éditeurs français. De plus, si l'importance des diffuseurs-distributeurs (français) et leur influence au niveau de la politique commerciale de l'éditeur sont considérées comme (très) fortes par la Commission européenne,⁵⁷⁶ leur influence en Suisse sur la politique commerciale est encore plus grande. Plus proches du marché, ils jouent un rôle considérable en pratique et déterminent la table. Au surplus, on constatera que les diffuseurs-distributeurs suisses comme les grossistes en France, sont approvisionnés par les diffuseurs-distributeurs français. En d'autres mots, en Suisse, il y a systématiquement une relation commerciale supplémentaire pour les livres écoulés sur le territoire national durant la période visée par l'enquête. Or, dans l'analyse de la Commission européenne, la relation d'intermédiaire assumée par les grossistes a justifié de les considérer comme des partenaires de l'échange.⁵⁷⁷

⁵⁷² A 693a, annexe 1 (expertise CRA), 1 ss. ⁵⁷³ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 174. ⁵⁷⁴ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 159. ⁵⁷⁵ A 672, 40. ⁵⁷⁶ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 124. ⁵⁷⁷ Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503),

points 278 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 110 506. Dans la suite de son analyse, Diffulivre elle-même a partagé l'opinion que du point de vue de la demande, ce sont les diffuseurs-distributeurs qui intervenaient du côté de l'offre, notamment lorsqu'elle a soutenu, à plusieurs reprises, que les diffuseurs-distributeurs français auraient pu être, à côté des diffuseurs-distributeurs suisses notamment, des partenaires de distribution des détaillants suisses.⁵⁷⁸

507. En Suisse, le rôle des diffuseurs-distributeurs est encore plus important que dans la situation à la base de l'analyse de la décision Lagardère. Au-delà de Diffulivre aucune partie n'a mis en cause que les diffuseurs-distributeurs sont les partenaires de l'échange des détaillants considérés. Ce sont donc eux qu'il s'agit de considérer comme partenaires de l'échange du côté de l'offre au niveau wholesale. Au surplus, il peut être renvoyé aux considérants dédiés à l'indépendance des diffuseurs-distributeurs suisses.⁵⁷⁹

508. Diffuseurs en France – Les parties n'ont pas remis en cause que les diffuseurs-distributeurs en France font partie de l'offre. Interforum a précisé même que « sur le marché wholesale Amazon est un des trois plus grand[s] clients d'Interforum France ». ⁵⁸⁰ Diffulivre est revenue à plusieurs reprises sur la possibilité prétendument offerte par Hachette Livre.⁵⁸¹ Flammarion l'a également reconnu.⁵⁸² 509. Grossistes – Selon Diffulivre, OLF et Interforum, les grossistes devraient être considérés du côté de l'offre sur le marché wholesale. Diffulivre a souligné dans sa prise de position le rôle et l'importance des grossistes sur le marché wholesale.⁵⁸³ Selon elle, le canal des grossistes serait substituable à celui des diffuseurs ; les services d'un niveau différent que ceux offerts par les diffuseurs-distributeurs ne seraient pas un critère pour les exclure du marché de référence wholesale dans la perspective d'une délimitation des marchés fondée sur la vente de livres et le caractère incomplet de leur assortiment ne les distinguerait pas des autres diffuseurs-distributeurs puisque la distribution est caractérisée par des rapports d'exclusivité. Plus avant, elle a remis en cause la pertinence des données statistiques de l'étude Ipsos Culture de mars 2007.⁵⁸⁴ Ces données ne permettraient pas de conclure à ce que l'importance des grossistes soit faible pour les détaillants suisses.⁵⁸⁵ 510. Les arguments qui ont été avancés par Diffulivre concernant l'assortiment et la qualité de services sont pertinents. Il est correct d'affirmer qu'aucun diffuseur-distributeur dans un système d'exclusivité généralisé tel qu'il a cours dans la branche du livre ne dispose d'un assortiment complet. Les différences au niveau du service ne doivent pas non plus mener à une définition trop étroite du marché de la vente. Dans ces circonstances, les grossistes doivent être intégrés au marché de référence. L'importance réelle qu'ils ont joué sur le marché sera considérée au niveau de l'analyse des concurrences intramarque et intermarques.

511. Librairies situées en France - Certains diffuseurs, notamment Interforum et Diffulivre ont considéré que les libraires en France pouvaient constituer une alternative d'approvisionnement pour les détaillants en Suisse. Distrilivres a monté un système d'approvisionnement

⁵⁷⁸ Cf. notamment A 693a, N 39 ss. ⁵⁷⁹ Cf. B.1.1, 10 ss. ⁵⁸⁰ A 692, 16, N 39. ⁵⁸¹ A 693a, N 39 ss. ⁵⁸² A 699, 25, N 108. ⁵⁸³ A 693a, 22, N 51 ss. ⁵⁸⁴ Ipsos Culture et Observatoire de l'économie du livre, Situation économique de la librairie indépendante - rapport des enquêtes quantitatives, disponible à l'adresse : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000245/0000.pdf> (dernière consultation le 11 juin 2013). ⁵⁸⁵ A 693a, 25, N 59 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 111 reposant essentiellement sur des achats à travers des librairies françaises. On peut cependant se demander si les libraires français constituent un partenaire de l'échange au niveau wholesale uniquement en raison de l'ampleur du potentiel d'arbitrage et des restrictions au cœur de la présente enquête. La question de savoir si ces libraires font partie de l'offre au niveau wholesale peut rester ouverte.

512. Commerce électronique du livre imprimé (en particulier Amazon) – Pour éviter toute redondance et proposer un exposé clair, le rôle du commerce électronique sur le niveau wholesale est traité à la suite de l'analyse concernant son importance au niveau retail. En effet, toutes les parties qui ont prétendu que le commerce électronique avait eu une influence durant la période de référence au niveau wholesale ont également invoqué que cela avait été, a fortiori le cas au niveau retail.

513. L'analyse qui suit permet de retenir que le commerce électronique du livre n'est pas un partenaire de l'échange substituable de l'offre wholesale.

Offre retail 514. L'offre retail est principalement constituée par les détaillants, lesquels ont acquis les livres des partenaires de l'échange de l'offre wholesale. 515. Flammarion a exposé que les grandes surfaces auraient dû être considérées du côté de l'offre au niveau retail.⁵⁸⁶ Il ne s'agit là pas d'une critique, mais d'une erreur, puisque les grandes surfaces sont considérées – et l'ont déjà été dans la proposition du Secrétariat – du côté de l'offre sur le marché retail.

516. Sont exclus du marché de référence retail, les clubs de vente par correspondance. Cela concerne notamment l'entreprise France Loisirs dont le modèle économique se base sur le principe d'un engagement dans un club. Les membres sont obligés de commander un nombre minimal de livres par année, à défaut de payer la sélection du trimestre, composée d'un ou de deux livres recommandés par le comité de lecture du Club France Loisirs Suisse.⁵⁸⁷ Aucune partie n'a remis en cause l'exclusion du Club France Loisirs Suisse du marché de référence. 517. Commerce électronique de livres imprimés – La principale critique de nombreuses parties – Diffulivre, Servidis/Transat, Dargaud, Interforum, E5F et Flammarion (expertise Gugler), OLF, AH et AIG (au moins implicitement) – a concerné l'absence de prise en compte au niveau de l'offre retail des entreprises actives par l'intermédiaire d'internet, dont Amazon est la plus connue. La plupart des parties n'a pas motivé en détail ce point. Certaines parties, en particulier Diffulivre ainsi qu'E5F et Flammarion par l'intermédiaire de l'expertise Gugler, ont en revanche avancé plusieurs éléments pour soutenir la thèse.

518. Pratique à l'étranger – L'expertise Gugler a relevé expressément que l'OFT n'a pas considéré le commerce électronique comme un substitut du commerce stationnaire dans une décision de concentration du 26 octobre 2011.⁵⁸⁸ Selon l'OFT, qui a fondé sa décision sur la base de nombreuses prises de position de tiers, deux études économiques livrées par les parties en cause (BML Survey et ICM Survey), une étude économique livrée par un tiers et construite sur la méthode du SSNIP test,⁵⁸⁹ la vente de livres imprimés par le commerce électronique est un marché de référence différent que la vente de livres imprimés dans des

⁵⁸⁶ A 699, 19 ss, N 22 ss. ⁵⁸⁷ Cf. www.franceloisirs.ch, aide en ligne (dernière consultation le 11 juin 2013). ⁵⁸⁸ A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 7 ; OFT, ME/5085/11, Amazon.com/Book Depository International Limited. ⁵⁸⁹ OFT, ME/5085/11, 4 ss, Amazon.com/Book Depository International Limited.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 112 « magasins physiques » – « physical stores » ou « bricks and mortar retailers ».590 On rappelle que la définition du marché relevant est un exercice prospectif dans l'analyse d'une concentration. On relèvera que l'OFT semble être la seule autorité à ce jour à avoir mené une analyse dans la branche du livre sur l'opportunité de considérer un marché séparé du commerce électronique par rapport au commerce stationnaire. Comme l'expertise Gugler l'a constaté, les décisions de la Commission européenne, de l'Autorité française de la concurrence (en 2012) mais aussi de l'autorité allemande Bundeskartellamt ont toutes laissé la question ouverte, dans la mesure où cela ne modifiait pas les conclusions des décisions correspondantes.591

519. Dans la décision Lagardère, la Commission européenne avait également laissé la question ouverte. Selon Dargaud et Servidis/Transat, les références à la décision Lagardère sont peu pertinentes, étant donné la date à laquelle a été adoptée celle-ci.592 On a vu que de nombreuses décisions récentes sont parvenues à la même conclusion que la Commission européenne. Il convient de garder à l'esprit que la décision Lagardère est une décision de concentration et que la délimitation du marché relevant y est par définition prospective, laquelle s'inscrit dans un horizon temporel en principe de deux à trois ans. Dans la mesure où la décision a été arrêtée en 2004, elle ne pourrait pas être écartée sous ce seul prétexte.

520. Plusieurs détaillants (physiques) ont déclaré qu'ils considéraient les sites tels que Amazon comme de réels concurrents, ce qui supposerait que ceux-ci fassent partie de l'offre au niveau retail. La définition des marchés repose en principe essentiellement sur les perceptions de la demande. Dans ce sens, il serait erroné de considérer comme décisives les indications des détaillants pour déterminer si le commerce électronique doit être inscrit du côté de l'offre. Il n'en reste que les perceptions rapportées par ceux-ci ont une valeur certaine. L'évaluation des questionnaires indique, conformément à ce qu'a prétendu Diffulivre, que la plupart des détaillants – presque trois sur quatre – a considéré que les entreprises actives sur internet étaient des concurrents actuels, en 2011. Au moment d'estimer l'importance du commerce électronique, moins de la moitié des détaillants interrogés n'a cependant été en mesure d'articuler des chiffres. Lorsque des chiffres ont été articulés, il est ressorti que selon les détaillants, l'importance d'Amazon, en 2011 s'établissait en moyenne à environ 10 %. 521. Durant son audition, Jacques Lecomte (Distrilivres) a affirmé que les concurrents de Distrilivres avec l'euro à 1.2 francs, ne sont pas Payot et la FNAC (Suisse), mais Amazon et les librairies qui ouvrent dans la région d'Annemasse, à proximité de la frontière avec la Suisse.593 La portée d'Amazon est estimée par Jean-Marie Lebec (Payot), lors de l'audition du 26 novembre 2012, à 10, 15 % peut-être.594

522. Il y a lieu d'admettre que les détaillants ont considéré en 2011 les entreprises actives sur internet comme des concurrents et qu'ils ont estimé que le poids de la vente de livres par internet a été marginal en 2005 et de l'ordre de 10 à 15 % pour la période 2010-2011. Sans être décisifs, ces éléments sont un indice en faveur de l'inclusion des entreprises actives sur internet du côté de l'offre sur le marché retail. 523. Plusieurs diffuseurs-distributeurs n'étaient pas en mesure de fournir une estimation de l'importance du commerce électronique de livres en Suisse dans leur réponse au questionnaire du 2 mars 2011. Pour ceux qui ont fait part de leur estimation, les indications sont

590 OFT, ME/5085/11, 11, N 40, Amazon.com/Book Depository International Limited.

591 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 7-8 ; A 692, 41, N 132 (Servidis/Transat). 592 A 672, 44, Fn 120; A 691, 41 N 132. 593 A 886, 3, L 321 ss. 594 A 913, L 935-936.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 113 proches de celles des détaillants, Interforum et Dargaud indiquant des parts de marché identiques de 10 % (2010) et 12 % (2011),⁵⁹⁵ OLF des parts de marché de 10 % (2010) et 15 % (2011).⁵⁹⁶ Glénat a indiqué que le commerce électronique pesait 10 % en se référant au sondage M.I.S Trend examiné ci-après. Les autres diffuseurs-distributeur ne se sont pas prononcés.

524. La portée du sondage M.I.S Trend a été remise en cause par certaines parties. D'une part, Diffulivre a prétendu que selon le sondage M.I.S Trend internet exercerait une présence déjà significative sur le marché retail. D'autre part, Flammarion a considéré que le sondage M.I.S Trend/Hebdo ne serait pas une source suffisante pour baser une constatation et a précisé que « le résultat reflété par cette enquête n'est pas [être] en adéquation avec les habitudes réelles des consommateurs.⁵⁹⁷ ». D'autres parties ont simplement soulevé que le sondage n'était pas sérieux, étant donné qu'il a été rapporté par un magazine hebdomadaire. Le fait que le sondage M.I.S Trend/Hebdo ne peindrait pas la réalité n'est pas motivé par Flammarion, qui n'a fourni d'ailleurs aucun élément de fait pour soutenir sa critique. Il n'y a pas lieu d'écarter « par principe » le sondage M.I.S Trend/Hebdo, ni de ne pas le considérer sous prétexte qu'il a été élaboré en collaboration avec un magazine hebdomadaire.

525. Le sondage M.I.S Trend appelle plusieurs commentaires. Les données à la base de l'étude ont été collectées à la fin de l'hiver 2012.⁵⁹⁸ Selon l'étude, moins de 10 % des Suisses romands ont le plus souvent acheté des livres par le biais d'internet en 2012. La question posée était la suivante : « Où achetez-vous le plus souvent vos livres ? »

526. Interforum a prétendu que « 10 % sont une part de marché loin d'être négligeable.⁵⁹⁹ » La texture ouverte de la question, comme l'a relevé Diffulivre, ne permet pas de conclure à admettre que le chiffre de 10 % correspond à une part de marché. Le chiffre ne concerne que le lieu d'achat le plus utilisé et n'indique aucun volume. Il convient dans tous les cas d'être prudent pour extrapoler des indications en parts de marché à partir de ces données.

527. M.I.S Trend a indiqué que 74,2 % des Suisses romands achetaient le plus souvent leurs livres dans une librairie appartenant à une chaîne ou de type indépendant. Les propositions à choix du sondage éludaient les supermarchés – comme Manor, Migros, Coop – mais aussi d'autres lieux comme les kiosques Naville ou la Poste. Or, comme l'ont relevé de nombreux diffuseurs, il ne peut être fait abstraction de ces canaux. Dans ces circonstances, on ne peut exclure qu'en volume de livres achetés, la prise en compte du poids de ces détaillants tend à se répercuter négativement sur le canal internet, comme sur les autres canaux mentionnés d'ailleurs.

528. La plupart des parties ont souligné la rapidité de la croissance des entreprises actives sur internet. Interforum a dans ce sens précisé que le chiffre de 10 % est d'autant moins négligeable que les parts de marché des entreprises sur internet connaissent une croissance très rapide.⁶⁰⁰ Sous l'hypothèse d'un développement rapide, il ne peut être mis en doute dans ces circonstances que le chiffre de 10 % avancé par l'étude, décrivant la situation en

⁵⁹⁵ A 407, Q. 14. ⁵⁹⁶ A 404, Q. 14. ⁵⁹⁷ A 699, 22, n. 63. ⁵⁹⁸ Le sondage a été mené auprès de 1010 Suisses romands entre 15 ans et plus représentatifs de la population, du 29 février au 21 mars 2012 ; cf. l'article de L'Hebdo du 25 avril 2012 disponible à l'adresse : http://www.mistrend.ch/articles/SDL_hebdo.pdf (consulté la dernière fois le 31.7.2012) ; cf. également Le Temps du 26.4.2012, disponible à l'adresse : http://www.mistrend.ch/articles/sdl_leTemps.pdf (consulté la dernière fois le 31.7.2012).

599 A 692, 40, N 148. 600 A 692, 40, N 148.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 114 2012, est très probablement supérieur à l'influence réelle du canal en question durant la période de référence, à savoir de 2005 à 2011. Pour rappel, en 2005, la Suisse romande venait juste de passer la barre des 50 % de la population utilisant internet régulièrement et c'est en 2010 que la Suisse romande a dépassé la barre des 60 %.⁶⁰¹ Il est au surplus notoire que procéder à des paiements sur des sites étrangers ne fait pas partie des activités les moins craintes par les utilisateurs internet.

529. Le sondage distingue entre les résultats pour les hommes et les femmes. Il ressort du sondage que parmi les catégories « 4 à 10 achats » et « plus de 11 achats » proposées pour répondre à la question « [a]u cours des douze derniers mois, combien de livres avez-vous achetés ? », les femmes surperforment systématiquement les hommes. Cette indication confirme les données collectées par l'UNESCO indiquant que 39 % des femmes contre seulement – ce qui reste cependant élevé en comparaison internationale – 24 % des hommes lisent quotidiennement. Il convient de constater que les femmes génèrent un plus gros volume de commerce de livres que les hommes. Or, cette consommation plus forte de livres par l'un des genres ne retrouve pas son pendant au niveau des achats sur internet. L'achat sur internet n'est l'apanage que de 5,7 % des femmes contre 12 % des hommes, soit plus du double. Selon ces indications, il semble ainsi même plutôt raisonnable d'admettre que la moyenne indiquant que 10 % de la population suisse romande achète en 2012 le plus souvent des livres sur internet est probablement surévaluée et que le volume généré est inférieur à 10 %.⁵³⁰ Dans ces circonstances, il n'est pas possible de déduire du sondage M.I.S Trend que le commerce électronique aurait eu une influence importante sur le marché durant la période d'enquête. Il indique qu'environ 10 % des consommateurs ont effectué le plus souvent, leurs achats de livres par internet. Il s'agit d'un indice selon lequel certains consommateurs finaux considèrent les entreprises actives sur internet au moment d'acheter des livres, mais cet indice ne permet pas d'affirmer que cela a été le cas durant la période visée par l'enquête.

531. Diffulivre a produit une étude effectuée par Ipsos Suisse SA (ci-après : rapport IPSOS) à sa demande. Ce rapport confirmerait l'importance d'internet pour les consommateurs de Suisse romande, selon Diffulivre. Le rapport Ipsos a été réalisé online, du 14 au 19 septembre 2012 sur un échantillon de 561 individus. Cela signifie que l'étude a été réalisée en dehors de la période d'enquête et sur la base de réponses fournies par des internautes. Pour déterminer l'importance du commerce électronique par rapport au commerce stationnaire pour les consommateurs Suisses romands, le choix d'une étude online est particulièrement peu pertinent. Se basant sur le rapport Ipsos, Diffulivre a souligné que, parmi les Suisses romands ayant acheté des livres par le commerce électronique durant l'année précédant l'étude – essentiellement en 2012 en d'autres mots – 29 % ont déclaré acheter de plus en plus souvent sur internet.⁶⁰² Cette donnée confirme la progression du canal internet. Elle prouve également que durant la période visée par l'enquête l'influence a forcément été inférieure à ce qu'elle peut l'être à ce jour. Comme l'étude M.I.S Trend, le rapport Ipsos constitue un indice selon lequel les consommateurs finaux considèrent les entreprises actives sur internet au moment d'acheter des livres, mais il ne laisse pas tirer de conclusion déterminante pour la période visée par l'enquête.

532. L'importance d'internet serait également corroborée par des données statistiques françaises que Diffulivre a extrapolé pour juger de la situation en Suisse. Le tableau proposé par Diffulivre indique qu'en France, les ventes de livres par internet sont passées de 5,4 % en

2005 à 10,0 % en 2009. Les chiffres devraient même être supérieurs pour la Suisse étant

601 Cf. Office fédéral de la statistique, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30106.301.html?open=5,6#6 (dernière consultation le 11 juin 2013). 602 A 693a, 36.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 115 donné le différentiel de prix entre la Suisse et la France.⁶⁰³ Ces données statistiques n'appellent de commentaire particulier si ce n'est qu'elles ne concernent pas la Suisse. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un indice supplémentaire menant à considérer les entreprises actives sur internet du côté de l'offre retail.

533. Diffulivre a exposé que cela serait contraire à la pratique de la COMCO de ne pas considérer les ventes par internet, citant la décision Online-Handel.⁶⁰⁴ S'il est correct de remarquer que la COMCO a considéré le canal internet dans ladite décision, la définition du marché de référence reste un exercice devant être effectué au cas par cas et dépendant exclusivement des circonstances de la branche concernée. On ne saurait extrapoler des constatations faites en matière de ventes de machines à laver, des éléments déterminants pour apprécier la substituabilité de la demande de livres de la part des consommateurs finaux, seul pertinente en l'espèce.

534. L'expertise Gugler datant du 19 octobre 2012 a mentionné au demeurant, en se basant sur plusieurs sources que « [d]ans de nombreux pays, on observe une augmentation de la part de marché détenue par le [commerce électronique de livres]⁶⁰⁵ dont la substituabilité au commerce stationnaire tend à s'affirmer.⁶⁰⁶ » En observant que la substituabilité « tend à s'affirmer » à l'automne 2012, l'expertise Gugler constate ainsi que cette substituabilité est en progression et, précisément, qu'elle n'est pas encore – puisqu'elle « tend » – affirmée en automne 2012. Dans ce contexte, une lecture précise de l'expertise Gugler confirme également que le commerce électronique de livres n'a certainement pas constitué une option de substitution durant la période de référence, laquelle s'étend de 2005 à 2011.

535. Flammarion au niveau retail a considéré que c'est la méthode du SSNIP test qui devrait être utilisée pour déterminer si la vente de livres imprimés par internet devait être considérée dans le marché relevant.⁶⁰⁷ Sur le plan conceptuel, le point est pertinent. Cette méthode a d'ailleurs été mise en œuvre par l'OFT dans l'examen de la concentration Amazon.com/Book Depository International Limited et c'est justement sur cette base qu'il a été considéré, à la fin 2011 et pour la durée habituelle de deux à trois ans pertinente en cas de concentration, que la vente de livres imprimés par internet n'était pas un substitut à la vente physique de livres.⁶⁰⁸ Pour la Suisse, le rapport Ipsos relève que « le prix trop élevé des livres est clairement la principale raison pour laquelle les Romands achètent moins souvent leurs livres en librairie et en GSS⁶⁰⁹ » et que « [l]e prix des livres est clairement la principale motivation des Romands qui achètent plus souvent leurs livres sur internet.⁶¹⁰ » Dans ces circonstances, il ne peut ainsi être exclu que le commerce électronique constitue en Suisse également un marché distinct du commerce stationnaire, mais que c'est le niveau de prix anormalement élevé du commerce stationnaire, en particulier dans un contexte de forte appréciation du franc suisse, qui mène à ce que le commerce électronique de livres devienne un substitut du commerce stationnaire. Sous une forme certes particulière, ce phénomène

603 A 693a, 37. 604 Cf. DPC 2011/3, 372 ss, Online-Handel. 605 Le texte original indique « commerce de livres électroniques », mais il convient d'admettre qu'il s'agit d'une

confusion de l'auteur. Une portée limitée aux livres électroniques du propos tenu se-rait dans tous les cas moins favorable aux mandantes de l'expertise Gugler que l'interprétation re- tenue dans la présente décision. 606 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 8. 607 A 699, 20, N 88. 608 Cf. B.4.2.1.2, N 478 ss. 609 L'abréviation n'est pas précisé dans l'étude, il semble que cette indication regroupe les chaînes de librairies/grandes surface culturelles si l'on se réfère à la prise de position de Diffulivre, A 693a, 36. 610 A 693a, annexe 2 (rapport Ispos), 52.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 116 n'est pas sans rappeler l'analyse des autorités américaines dans l'affaire *United States v EI du Pont de Nemour and Co* dont la doctrine a déduit l'erreur dite de la « Cellophane Falla- cy ».611 Dans sa prise de position, Interforum a relevé qu'il y a « sûrement des clients qui, par principe, préféreraient la librairie [physique] aux offreurs sur internet.612 » Distrilivres a préci- sé que c'est « l'euro à 1,2 » qui mène à ce que ses concurrents ne soient plus Payot ou la Fnac, mais bien Amazon et les librairies transfrontalières.613 Les constatations du rapport Ip- sos et d'Interforum ne permettent pas d'écarter l'option d'une substituabilité uniquement due à la (forte) différence de prix actuelle entre le commerce électronique et stationnaire.

536. Au vu de ce qui précède, force est de constater que le commerce électronique de livres imprimés connaît un développement non négligeable dans la branche du livre en Suisse. Sur la période visée par l'enquête, il s'est avéré qu'il n'a joué qu'une portée marginale en 2005 et que sa portée avait progressé pour représenter, en 2011, un poids de 10 % de l'achat des livres en Suisse romande par des consommateurs finaux. La plupart des acteurs ont constaté une progression rapide de ce canal de distribution. Cette indication laisse conclure à ce que le commerce électronique n'a pas joué un rôle important durant la période visée par l'enquête. De plus, au même titre que la pénétration du commerce électronique dans les habitudes de consommation, l'appréciation du franc semble avoir joué un rôle déterminant dans la progression des sites en ligne. Cette indication ne permet pas d'exclure qu'il conviendrait, comme l'a fait l'OFT et l'a relevé l'expertise Gugler, de distinguer entre un marché du com- merce stationnaire et un marché du commerce électronique de livres. D'ailleurs, le fait que malgré la différence de prix conséquente entre un même livre obtenu sur internet ou en li- brairie, fait relevé par tous les diffuseurs-distributeurs, en particulier durant les années 2009 à 2011, il n'y a pas eu de déplacement de la demande conséquent vers le commerce élec- tronique est un indice important dans le sens d'une constatation de deux marchés distincts. Pour la présente enquête, la question de savoir si ces entreprises font partie de l'offre substi- tuable au niveau retail pour la période visée par l'enquête peut rester ouverte. Cependant il conviendra d'examiner l'influence du commerce électronique au moment de l'analyse d'éventuelles pressions concurrentielles émanant des entreprises actives sur internet sur les diffuseurs-distributeurs.614

Commerce électronique de livres imprimés (wholesale) 537. Selon Diffulivre, Servidis/Transat, Interforum, E5F et Flammarion (expertise Gugler), OLF, AH et AIG (pour ces deux entreprises, au moins implicitement), les entreprises qui vendent des livres sur internet doivent être considérées du côté de l'offre également sur le marché wholesale. Elles se sont fondées notamment sur les réponses de certains détaillants durant l'enquête. En revanche, OLF a indiqué durant l'enquête que « le canal internet est au-

611 WHISH/BAILEY (n. 62), 32-33. Dans cette affaire, certains produits ont été considérés comme des substituts alors qu'il n'en étaient probablement pas, et ce uniquement du fait que l'entreprise en cause avait déjà élevé les prix de son produit à un niveau supra

compétitif. On notera que le SSNIP test a été développé aux Etats-Unis pour examiner les opérations de concentration, c'est-à-dire dans un contexte où une restriction de concurrence n'est pas présumée par l'analyse juridique. L'UE a étendu la portée de ce test aux analyses de restrictions à la concurrence – à savoir les art. 105 et 106 TFUE – mais adopte expressément une approche prudente à cet égard et se garde de fonder la définition des marchés de référence uniquement sur ces critères, cf. Notice sur la définition du marché de l'UE. 612 A 692, 40, N 147. 613 A 886, 3, L 321 ss. 614 Cf. B.4.2.4, 134 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 117 jourd'hui destiné au consommateur final.615 Plusieurs parties se sont référées à la réponse suivante de 2011 de la librairie Ex Nihilo :

« J'achète souvent sur Amazon.fr. Les livres sont vendus au change réel, hors TVA française, les frais de port sont offerts. Ils sont donc entre 20 et 30 % moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur Amazon des livres au prix où les libraires les achètent aux diffuseurs.616 » 538. La même librairie a fait en 2008, ce qu'a relevé Diffulivre également,617 la remarque suivante :

« 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.618 »

539. Il ne peut être interprété des deux affirmations de la librairie Ex Nihilo que les entreprises présentes sur internet ont constitué durant la période visée par l'enquête et même par après, une alternative d'approvisionnement. La librairie a abordé la question du prix. Un approvisionnement par Amazon ne permet pas au libraire de retirer une marge suffisante pour son activité. Les prix sur Amazon sont les mêmes que peut obtenir tout un chacun utilisant ce canal. Cela renforce la thèse selon laquelle le canal internet peut représenter, au mieux un dépannage pour une librairie qui souhaite garantir un service à certains clients préconisant le commerce stationnaire par rapport au commerce électronique. Dans ce sens, les autres détaillants qui ont entrepris de se fournir par internet, cités par Diffulivre à l'appui de cet argument, ont indiqué que la commande par internet s'inscrivait au même niveau que de profiter d'un séjour en France pour acheter des livres ou qu'elle était utilisée lorsqu'un diffuseur exclusif pour la Suisse n'avait pas été prévu ou pour des recherches concernant de petits éditeurs méconnus.619 Les indications de Payot lors de son audition ont confirmé cet état de chose.620 540. De manière générale, le fait que plusieurs détaillants ont indiqué que les entreprises actives sur internet étaient devenues des concurrentes permet également d'exclure le commerce électronique de l'offre wholesale.

541. Ainsi, les démarches ont été exécutées dans des situations particulières, ponctuelles, et elles ne sauraient mener à la conclusion que les entreprises actives sur internet constituent une alternative d'approvisionnement. Le commerce électronique, c'est-à-dire l'ensemble des entreprises dont le modèle repose sur des commandes par internet, n'est pas un partenaire de l'échange substituable de l'offre wholesale.

B.4.2.1.3 Dimension géographique 542. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique 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. Les critères définis dans cette disposition sont applicables dans les procédures de concentration d'entreprises et sont appliqués par analogie de manière constante par la COMCO dans les

615 A 76, 2. 616 A 406, 6. 617 A 693a, 244. 618 A 136, 2. 619 A 693a, 82, N 242-243. 620 A 913, L 430 ss, 437 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 118 procédures fondées sur l'art. 5 al. 4 LCart, également au niveau de la dimension géographique du marché de référence.⁶²¹

543. Dans la mesure où les règles concernant le traitement des accords verticaux en Suisse doivent se lire en symbiose avec le droit de l'UE correspondant, il convient de remarquer que ce dernier admet qu'en cas d'accord visant une restriction du jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun – le principal cas visé est celui de la restriction des importations parallèles –, la définition de la dimension géographique est superflue. Cette pratique a été confirmée par la CJCE et n'est guère remise en cause en pratique.⁶²² Ainsi, dans l'UE, lorsque des accords ATD sont constatés, la dimension géographique du marché n'est en principe pas examinée.

wholesale

544. Les partenaires potentiels de l'échange se trouvent tant en France qu'en Suisse. La dimension géographique du marché relevant wholesale est la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, ce que les diffuseurs-distributeurs n'ont pas contes- té.⁶²³

retail 545. La demande des consommateurs finaux pour les produits en cause s'inscrit dans un contexte local. L'analyse de la dimension géographique en l'espèce ne se distingue pas fondamentalement des analyses menées dans le secteur de la vente de détail, notamment alimentaire. Dans ces situations, la pratique décisionnelle de la COMCO a constaté à plusieurs reprises une demande locale.⁶²⁴

546. Une demande locale peut mener à la définition d'un marché relevant plus large, soit régional voire national. C'est le cas lorsqu'une chaîne de substitution peut être constatée ou que certains éléments relevant du fonctionnement du marché peuvent s'observer sur une région plus vaste.⁶²⁵ La Commission européenne s'est basée sur un raisonnement comparable pour la branche du livre au niveau retail dans la décision Lagardère.⁶²⁶

547. Certains diffuseurs-distributeurs ont considéré que la dimension géographique du marché retail est supranationale. Ils se sont en particulier fondés sur les ventes par internet, mais aussi sur le commerce stationnaire transfrontalier. Selon l'expertise Gugler, la dimension géographique nationale du marché retail considérée dans la proposition du Secrétariat ne sert qu'à conforter la thèse du cloisonnement du « marché suisse ». ⁶²⁷

621 Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 83 s., N 382 s., (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 89 s., N 201 s., Gaba ; DPC 2010/4, 673 s., N 190 s., Hors-liste ; DPC 2009/2, 147 s., N 51 s., Felco. 622 Le point est expressément explicité dans la version non-confidentielle de la décision de la Commission des Communautés européennes du 5.10.2005 en l'affaire Peugeot, N 12, 9, accessible à : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36820/36820_192_1.pdf (dernière consultation le 11 juin 2013). Le TPI s'est prononcé dans l'affaire Volkswagen sur ce point, cf. Volkswagen c. Commission, T-62/98, Rec. II-2713, points 230-232. Le recours de Volkswagen devant la CJCE n'a plus contesté ce point. 623 Cf. en particulier A 693a, 29 N 73 ; A 692, 39, N 144. 624 DPC 2010/4, 673 N 192, Hors-liste ; DPC 2008/1, 156 s., N 235 s., Migros/Denner. 625 DPC 2010/4, 673 N 194, Hors-liste. 626 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 399 ss.

627 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 11.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 119 548. En l'espèce, les conditions du marché au niveau retail devraient permettre de considérer un marché national, non seulement en raison de l'extension de la dimension locale grâce aux chaînes de substitution, mais aussi par les politiques de prix de référence uniformes pour toute la Suisse et les coûts uniformes (envois postaux notamment).

549. Les seuls arguments invoqués dans le sens d'une définition plus large se sont basés sur l'hypothèse que le commerce électronique faisait partie de l'offre au niveau retail. L'analyse de la dimension produit a laissé ouverte la question de savoir si le commerce électronique faisait partie du marché de référence, sous réserve d'une considération de leur influence sur le marché dans l'analyse de concurrence subséquente. Sous les mêmes réserves, la définition d'un marché supranational au niveau retail peut rester ouverte.

550. La détermination de la dimension géographique du marché relevant au niveau retail correspond à la région francophone nationale. L'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devra cependant être considérée dans l'analyse de la concurrence subséquente.

B.4.2.1.4 Autres marchés de la branche du livre 551. À côté des marchés de la vente, marchés de référence de la présente enquête, la branche du livre présente d'autres marchés, notamment les marchés des services de diffusion et les marchés des services de distribution. En effet, comme l'a constaté la Commission européenne en 2005, « [à] la différence de nombreux secteurs, la commercialisation des livres n'est pas toujours intégrée aux activités propres des éditeurs, mais est souvent sous-traitée à des diffuseurs-distributeurs, qui réalisent ces fonctions de commercialisation pour le compte de tiers.⁶²⁸ » Dans cette affaire, la Commission européenne a dû analyser les marchés des services de diffusion et de distribution⁶²⁹, mais également les marchés des droits,⁶³⁰ au-delà des marchés de la vente de livres.⁶³¹ 552. Diffulivre a mentionné l'option de considérer des marchés des services distincts des marchés de la vente de livres francophones, car il n'y aurait pas de véritable relation commerciale entre les diffuseurs-distributeurs et les revendeurs. ⁶³² Diffulivre a rappelé que la Commission européenne avait considéré le diffuseur comme un partenaire de l'éditeur.⁶³³ Selon E5F, l'importance des services offerts par les diffuseurs aux éditeurs ne serait pas considérée à suffisance dans la proposition,⁶³⁴ critique émise également par Interforum.⁶³⁵ E5F a indiqué à ce sujet que les diffuseurs achetaient les livres aux éditeurs français, qu'ils prenaient en charge l'ensemble des coûts commerciaux, qu'ils assumaient les frais d'importation, qu'ils payaient notamment le dédouanement et les frais de transport aller et retour (des invendus), qu'ils prenaient également en charge les coûts de distribution, soit notamment les coûts de logistique (emballage), de facturation et finalement, qu'ils assuraient le re-

628 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 115. 629 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 115 ss. 630 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 65 ss. 631 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 159 ss. 632 A 693a 17 ss, N 28 ss, en particulier, 18, N 33. 633 A 693a, 19, N 37 ; Décision de la Commission européenne du 7.1.2004,

COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 121. 634 A 736 N 110. 635 A 672 31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 120 couverture auprès des libraires.636 E5F s'est limitée à constater ces éléments et n'a pas précisé plus avant de quelle manière cette relation devrait se répercuter sur la définition du marché relevant, ni sur l'analyse de la concurrence d'ailleurs.637 553. La décision Lagardère de la Commission européenne ne saurait être interprétée comme imposant le choix de considérer soit des marchés de services, soit des marchés de vente comme a semblé l'invoquer Diffulivre. Ces marchés sont distincts et coexistent. L'énumération des tâches par E5F à l'appui de son argument confirme si nécessaire que les relations entre les diffuseurs-distributeurs et les éditeurs contiennent plusieurs facettes. Sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution, les éditeurs interviennent du côté de la demande. En résumé, ils déterminent le partenaire commercial qui sera le plus à même respectivement de mettre en valeur leur production éditoriale au mieux (services de diffusion) et de gérer la logistique (services de distribution), ces deux tâches pouvant être attribuées à la même entreprise. Sur les marchés de la vente, ils interviennent non pas en tant que demandeur, mais en tant qu'offreur, puisqu'ils sont à l'origine de la production éditoriale. C'est dans ce cadre qu'ils sont étroitement liés aux diffuseurs-distributeurs et que la Commission européenne a jugé pertinent, dans la définition des marchés de référence de la vente, de les considérer ensemble. En effet, le point de départ de toute définition du marché de référence est la demande, laquelle se répartit en deux niveaux distincts : l'approvisionnement de gros (wholesale) et de détail (retail).

Figure : Détails des flux entre les intervenants dans la chaîne du livre638 554. En l'espèce, la constatation de base est la même que dans la décision Lagardère et que dans d'autres décisions du domaine du livre : deux niveaux de demande doivent être

636 A 736 N 111. 637 Cf. B.4.2.4, 134 ss. 638 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 19.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 121 distingués, la demande wholesale, c'est-à-dire celle des détaillants et la demande retail, c'est-à-dire celle des consommateurs finaux. Ces deux types de demandes sont l'origine et la destination respectivement des flux physiques (flèches bleues sur la droite de la figure ci-dessus) et financiers (flèches rouges sur la gauche de la figure ci-dessus) sur les marchés de la vente en Suisse. Les spécificités de la diffusion-distribution en Suisse conduisent ensuite à ne pas considérer les diffuseurs-distributeurs conjointement avec les éditeurs comme les partenaires de l'échange des détaillants, mais à se concentrer sur les diffuseurs-distributeurs. Cette distinction entre éditeurs, diffuseurs-distributeurs et détaillants est d'ailleurs également celle qui structure l'association faitière de la branche et celle qu'ont exposé certains diffuseurs-distributeurs dans leur indications sur le fonctionnement du marché. 555. À la différence d'une décision de concentration, comme celle qu'a examinée la Commission européenne dans l'affaire Lagardère, une décision fondée sur les art. 5 ou 7 LCart ne commande pas de considérer comme « marché de référence » tous les marchés connexes à ceux sur lesquels une restriction à la concurrence est supposée. L'analyse doit se concentrer sur les marchés affectés par les accords examinés et les pressions concurrentielles disciplinant les acteurs du marché de référence doivent être dûment prises en compte dans l'analyse. Ainsi, en l'espèce, en ce qui concerne les marchés des services de diffusion et les marchés des services de distribution, seule pourrait être déterminante une éventuelle pression disciplinante provenant de ces marchés sur les marchés de la vente de livres au niveau

wholesale (marché de référence), ce qui sera analysé plus bas.⁶³⁹

B.4.2.1.5 Conclusion intermédiaire 556. Le marché de référence est le marché de la vente de livres au niveau wholesale. Sur ce marché, les partenaires de l'échanges sont du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les libraires traditionnels – la librairie indépendante – que les autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor ; du côté de l'offre ce sont les diffuseurs- distributeurs en Suisse et en France ainsi que les grossistes et les libraires français. Ce marché est de dimension supranationale et englobe la région supranationale francophone.

557. En aval de ce marché se trouve le marché de la vente de livres au niveau retail, sur lequel les détaillants sont en relation avec les consommateurs finaux.

558. Les libraires en France et le commerce électronique développé depuis la France pourraient faire partie du marché de référence respectivement au niveau de l'offre wholesale et retail pour le premier et de l'offre retail uniquement pour le deuxième. Ces questions peuvent cependant rester ouvertes. L'analyse de la concurrence qui suit en tiendra cependant compte.

559. La portée des livres électroniques n'a été au mieux que marginale durant la période visée par l'enquête. Il n'y a pas lieu de les considérer plus avant dans la présente enquête.

B.4.2.2 Concurrence intramarque 560. Dans la pratique de la COMCO, l'analyse de la concurrence intramarque s'arrête de prime abord sur les possibilités d'arbitrage et l'évaluation des activités d'importation paral-

639 Cf. B.4.2.4, 134 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 122 lèle.⁶⁴⁰ Ce n'est que dans un deuxième temps que la concurrence intramarque au sens strict est analysée, dans les dimensions prix et service.⁶⁴¹

561. Selon KRAUSKOPF/SCHALLER, il faut comprendre par concurrence intramarque, la concurrence qui existe entre commerçants de la même marque – « Markenhändler ». ⁶⁴² Selon REINERT, il faut la comprendre comme la concurrence entre producteurs d'un même produit.⁶⁴³ Ensemble, ces définitions correspondent en grande partie à celle de MOTTA, lequel fait abstraction, à raison, des différents échelons. Ceux-ci dépendent en effet du marché de référence examiné. Ainsi, la notion de concurrence intramarque recouvre les relations entre entreprises qui produisent et distribuent la même marque, en faisant abstraction des effets des producteurs ou distributeurs de marques concurrentes.⁶⁴⁴ Cette notion correspond à celle utilisée par la COMCO dans sa pratique.⁶⁴⁵ Par conséquent, le point de départ de l'appréciation de la situation de concurrence sur le marché wholesale est, d'une part, la concurrence entre produits de la même marque au niveau wholesale (concurrence intramarque) et, d'autre part, la concurrence entre produits substituables appartenant au même marché relevant (marché wholesale), fournis par d'autres offreurs (concurrence intermarques).

562. Dans la branche considérée, une question supplémentaire surgit. La notion de « marque » pose certaines difficultés de mise en œuvre. La forte différenciation des titres édités rend non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, au niveau wholesale ou retail, n'acquiert pas en fonction d'une marque correspondant au nom du fabricant (par exemple « BMW » ou « Nivea »), comme c'est le cas dans d'autres marchés de produits. En effet, selon la FNAC, un client ne vient pas acheter un Flammarion ou un

Hachette, mais un livre.⁶⁴⁶ Selon Françoise Berclaz, le livre n'est pas interchangeable pour certains lecteurs. Ceux-ci considèrent un livre par exemple comme un chef d'œuvre et ne veulent que ce livre précis.⁶⁴⁷ Dargaud a relevé qu'il est exact qu'un consommateur ne choisit pas un livre en fonction de sa « marque ».⁶⁴⁸ Ces constatations n'altèrent pas la pertinence de la méthode d'analyse. Le système d'exclusivité couvrant l'ensemble du marché, on remarquera qu'indépendamment de l'interprétation que l'on peut donner à la notion de marque - production de chaque éditeur, catalogue de chaque diffuseur, chaque livre - l'analyse mène à la même conclusion. La question de la détermination de la marque peut donc rester ouverte.

563. Diffulivre a considéré dans sa prise de position qu'il y aurait lieu d'examiner la concurrence intramarque entre les détaillants au niveau retail et non au niveau wholesale.⁶⁴⁹ Elle a considéré que la concurrence intramarque serait très vive au niveau retail, se fondant sur les parts de marché des détaillants et sur la concurrence par les prix et par la qualité entre ces derniers.⁶⁵⁰ Elle n'a relevé aucun élément lié au niveau wholesale, ni dans sa prise de position, ni dans l'expertise économique CRA qu'elle a jointe à sa prise de position et à laquelle

640 Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 86 s., N 386 s., (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 90 N 207 s., Gaba. 641 Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 86 s., N 386 s., (publication prévue in DPC). 642 BSK KG-KRAUSKOPF/ SCHALLER (n. 53), art. 5 LCart N 594. 643 SHK-REINERT (n. 196), art. 5 LCart N 42. 644 MASSIMO MOTTA, *Competition Policy Theory and Practice*, 2004, Cambridge University Press, 305. 645 DPC 2010/4, 669 N 211 s., Hors-liste. 646 A 892, L 144-145. 647 A 257, 3. 648 A 691, 48 N 164. 649 A 693a, 87 N 259. 650 A 693a, 153 ss, N 477 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 123 cette dernière renvoie.⁶⁵¹ Le Tribunal administratif fédéral a précisé dans sa jurisprudence récente que les concurrences actuelle et potentielle doivent en principe être analysée de manière séparée sur chaque marché de référence.⁶⁵² Il n'y a pas lieu d'admettre qu'il devrait en aller différemment en l'espèce. Par conséquent, l'analyse de la concurrence intramarque et intermarques est conduite sur le marché wholesale et sera suivie par l'analyse de la position des partenaires de l'échange pour être complétée.

564. Albert le Grand a admis dans sa prise de position que la concurrence intramarque a été supprimée au niveau wholesale.⁶⁵³ Les prises de position des parties sont traitées par la suite selon qu'elles concernent les possibilités d'arbitrage, les importations parallèles ou les autres paramètres de concurrence.

B.4.2.2.1 Potentiel d'arbitrage

565. La première étape de l'analyse consiste en l'examen des possibilités d'arbitrage, lesquelles peuvent consister en un différentiel de prix ou des différences concernant d'autres paramètres, tel le service.⁶⁵⁴

566. Diffulivre n'a pas contesté qu'il y avait un potentiel d'arbitrage d'ordre systématique pour les détaillants sur le marché pertinent durant toute la période visée par l'enquête.⁶⁵⁵ Elle a d'ailleurs exposé dans sa prise de position qu'il y avait un potentiel d'arbitrage d'ordre systématique, également avec l'offre des grossistes, lorsqu'elle a décrit le calcul, théorique, à la base du choix que pourrait être amené à faire un libraire suisse entre un

approvisionnement par un grossiste en France et le diffuseur-distributeur situé en Suisse.⁶⁵⁶

567. Dargaud a contesté le fait que le système de détermination des prix dans la branche conduisait systématiquement à une possibilité d'arbitrage pour les détaillants suisses. Servidis/Transat ont considéré qu'il n'y avait pas de possibilité d'arbitrage.⁶⁵⁷

568. Interforum n'a pas contesté que cet arbitrage avait existé mais a prétendu qu'il avait été surestimé, et partant qu'il était insuffisant.⁶⁵⁸ Selon elle, le Surveillant des Prix aurait constaté que le différentiel de prix ne serait pas abusif.⁶⁵⁹ Les conclusions du Surveillant des Prix ne sauraient être interprétées dans ce sens et l'argument doit être écarté d'emblée. En effet, les conclusions du Surveillant des Prix se sont basées sur la structure des coûts théorique des entités actives en Suisse. Elles ne sauraient être propres à évaluer les possibilités d'arbitrage avec des prix d'achat auprès d'autres entités situées à l'étranger.

Prix 569. L'exemple de Distrilivres est la preuve par les faits que durant la période visée par l'enquête un différentiel de prix important a existé.⁶⁶⁰ Pour être en mesure de profiter des conditions d'achat en France, Distrilivres a mis en place le système Ecolibri. Ce système prévoit des achats par l'intermédiaire de librairies situées en France, afin de fournir les points de vente de Distrilivres en Suisse. Malgré la complexité de la structure mise en place pour

651 A 693a, 87, N 261. 652 Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 383 consid. 9.2, Implenia/WEKO. 653 A 690, 24. 654 DPC 2012/3, 570-571, BMW ; Arrêt du TAF 2010/2, 384, consid. 9.2.2.2, Implenia/WEKO. 655 A 693a, 74, N 209-210. 656 A 693a, 64, N 26. 657 A 672, 45. 658 A 692, 41, N 156. 659 A 692, 42, N 157. 660 Cf. A 886, 3, L 296 et cf. N 248 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 124 obtenir des livres depuis l'étranger et les coûts inhérents à une telle organisation (notamment logistiques), Distrilivres a contourné la diffusion-distribution exclusive prévue pour la Suisse pour profiter de prix d'achat plus bas. C'est exemple constitue un réel test de marché et démontre à suffisance l'existence d'un potentiel d'arbitrage important au niveau du prix. On remarquera également que le système fonctionne par l'intermédiaire de libraires situés en France, et non de grossistes. Or, dans la mesure où les grossistes obtiennent en principe de meilleures conditions que les libraires sur le prix du fait qu'ils ne s'adressent pas à la même clientèle, il y a lieu d'admettre que le potentiel d'arbitrage sur le seul paramètre du prix pourrait même être plus important en cas d'achat auprès de grossistes.

570. D'autres éléments confirment au surplus cette constatation. Premièrement, dans l'une des expertises économiques qu'elle a produites, Diffulivre a proposé une comparaison entre les prix wholesale – c'est-à-dire les prix d'achat pour les détaillants – en France et en Suisse pour un ouvrage dont le prix public en France est de 10 euros.⁶⁶¹ Elle a exposé dans ce cadre qu'en moyenne, sur la période 2005 à 2011, l'écart de prix avait été de [...] au niveau wholesale, sans tenir compte de la TVA.⁶⁶² Ce différentiel ne peut pas être qualifié de modeste, contrairement à l'avis de Diffulivre,⁶⁶³ puisqu'il se situe au-delà du niveau de [...] parfois utilisé pour admettre que des différences de prix sont considérables et éliminer tout doute lié aux imprécisions des mesures effectuées.⁶⁶⁴ 571. Deuxièmement, dans la branche du livre, la détermination des prix au niveau wholesale repose sur le système des tabelles. Les prix pour les détaillants suisses sont systématiquement calculés à partir du prix public – et obligatoire – en euros pour les consommateurs finaux en France, la conversion en un prix de vente en francs suisses pour la Suisse et de la déduction d'une remise. Les tabelles

de tous les diffuseurs, si elles ne sont pas équivalentes, contiennent dans tous les cas une majoration par rapport au taux de change, laquelle est conséquente au regard des remises légèrement supérieures octroyées aux détaillants en Suisse par rapport à la France. Ainsi, les possibilités d'arbitrage sont systématiques, même pour les diffuseurs-distributeurs qui ont prétendu pratiquer des prix très attractifs en Suisse. Ainsi, Dargaud a admis une différence de [...]665, pourcentage qui s'élèverait même à [...] selon les indications de Payot produites par Dargaud.666

572. Selon Payot, le mécanisme de fixation des prix et le canal d'approvisionnement sont économiquement liés, ils forment un tout économique.667 La raison principale en est le système de fixation du prix :

« Imaginons un livre à 100 en prix de vente français [indice] avec la table de aujourd'hui on le retrouve à (...) 150 comme indice en Suisse. En France, les librairies de qualité ont [...] de remise, ce qui veut dire que leur prix d'achat va se retrouver à 60. Donc ils vont acheter ledit bouquin à 60. Le même libraire suisse de qualité va avoir une remise supérieure, c'est exact, probablement [...] sur [...], ça donne un prix d'achat à [...]. C'est-à-dire que c'est [...] de plus que le prix qu'une même chaîne française peut acquérir. »668

661 A 693a, 94, N 283 et annexe 1, 19. 662 A 693a, 94, N 283 et annexe 1, 20. 663 A 693a, 94, N 294. 664 Décision de la COMCO du 28.11.2011, N 387 ss, en particulier N 404, Nikon. 665 A 110, 1. 666 A 951, 2 s. 667 A 913, L 690 à 695. 668 A 913, L 662 à 672.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 125 Sur cette base, Payot craint une distorsion de concurrence avec la FNAC : « On est privés de pouvoir concurrentiel quand on achète les livres entre 30 et 40 % plus chers que notre voisin [la FNAC].669 » Jean-Marie Lebec (Payot) expose que le système des tables mène de manière systématique à des différences concernant le prix d'achat allant jusqu'à 40 %, ce qui n'est pas justifié en tant que tel par des éléments économiques.670

573. L'appréciation du franc suisse par rapport à l'euro a augmenté les différentiels entre libraires suisses et français. En effet, si les diffuseurs ont adapté leurs tables en fonction de l'appréciation du franc, ces adaptations n'ont pas suivi une évolution comparable à celle de l'évolution du taux de change. En termes relatifs, même les tables traditionnellement les plus basses du marché ont donc augmenté par rapport au cours, comme l'indiquent les données que Servidis a fournies, par exemple.671 Concrètement, alors que l'euro s'échangeait à 1,61, la table (principale) de Servidis prévoyait un coefficient de 1,9 à 2,0 en 2007. Début novembre 2011, le taux de change s'était installé à 1,2 et la même table avait baissé à 1,60. Ainsi, en 2011, la table de Servidis majorait le prix public français au taux de change additionné de 33 %, alors qu'elle le majorait du taux de change additionné d'environ 18 à 24 % en 2007.672 En d'autres mots, le coefficient de la table a baissé sur la période considérée, mais la majoration pour le marché suisse a augmenté relativement au taux de change sur la même période.

574. Dans ce sens, les librairies Payot et Ex Nihilo, dont les volumes d'achat ne sont pas comparables, ont indiqué que leur prix d'achat avait parfois, en ce qui concerne Payot au [...].673 575. Ainsi, des possibilités d'arbitrage au niveau du prix auraient pu décider certains détaillants à entreprendre des importations parallèles.

Service et autres paramètres 576. Plusieurs parties ont relevé que les services des diffuseurs-distributeur suisses sont plus étoffés et de meilleure qualité par rapport aux autres alternatives d'approvisionnement. La plupart des diffuseurs a relevé la qualité de son service de distribution par rapport à d'autres canaux. Plusieurs détaillants se sont faits l'écho de ces différences, telles qu'ils ont pu les percevoir. La Liseuse, comme d'autres, a relevé que le délai de livraison était un élément important pour les libraires indépendants.⁶⁷⁴ Selon Jacques Lecomte (Distrilivres), les délais de livraison sont courts lorsque les livres sont en stock chez les diffuseurs-distributeur suisses, mais sautent à 18 jours lorsqu'ils ne le sont pas, la qualité des services s'étant dégradée en Suisse ces dernières années.⁶⁷⁵

577. Dargaud a relevé qu'il existait des paramètres de concurrence de type service au niveau wholesale durant la période d'enquête. En France, Diffulivre a justifié le faible recours des libraires français à l'approvisionnement par des grossistes par le fait que le libraire français a le choix entre le grossiste et le diffuseur français. Dans ces conditions, les prix du grossiste étant proches de ceux du diffuseur-distributeur, il serait normal que le libraire français ait recouru au diffuseur, car il obtient un niveau de service plus élevé.⁶⁷⁶

669 A 913, L 697-698. 670 A 913, L 920 ss. 671 Une indication également relayée par Payot, cf. A 913, L 885. 672 Cf. données fournies par Servidis, A 672, 48. 673 Cf. A 522, 3 (version non épurée des secrets d'affaires), cf. A 406, 6. 674 A 887, 2, L 138-139. 675 A 886, 3, L 375 ss. 676 A 693a, 26, N 64.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 126 578. Ces constatations sont correctes. L'offre des diffuseurs-distributeur suisses et des autres alternatives d'approvisionnement a présenté des différences considérables au niveau des prestations de services complémentaires, tels que le droit de retour, la fréquence des livraisons, le suivi des commandes, etc. Les différences substantielles sur d'autres paramètres que le prix ont distingué les offreurs au niveau wholesale durant la période visée par l'enquête.

579. Le service ou d'autres paramètres auraient pu être des facteurs de concurrence pertinents au niveau wholesale. En d'autres mots, des possibilités d'arbitrage sur d'autres paramètres que le prix auraient également pu décider certains détaillants à entreprendre des importations parallèles.

B.4.2.2.2 Importations parallèles

580. Dans sa pratique, la COMCO examine si des importations parallèles ont été opérées, ou auraient pu l'être, dans un volume suffisant pour générer une pression disciplinante sur la concurrence.⁶⁷⁷

581. En l'espèce, l'impact des systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG sur les importations parallèles a déjà été examiné plus haut pour définir la portée des régimes d'exclusivité. Il peut y être renvoyé en ce qui concerne l'analyse, dont les enseignements sont résumés dans les conclusions intermédiaires qui suivent.

B.4.2.2.3 Conclusions intermédiaires 582. Des possibilités d'arbitrage ont existé durant toute la période d'enquête, tant au niveau du paramètre prix que d'autres paramètres tels que le service et la qualité. Dans la mesure où elles ont été significatives, elles auraient pu constituer des opportunités intéressantes pour les détaillants.

583. Malgré ces possibilités d'arbitrage, seule Distrilivres a opéré des importations parallèles durant la période d'enquête de manière régulière. Elle a dû son succès à la mise en place de structures secrètes, complexes autant qu'ingénieuses, le système Ecolibri. Elle représente – encore aujourd'hui – un cas particulier. A part le système Ecolibri, seules des importations parallèles ont pu être opérées grâce à la méthode du faux-nez, tout aussi secrète que le système Ecolibri, mais de moindre ampleur. Ni le système Ecolibri, ni la méthode du faux-nez ne pourraient être reproduits par des détaillants d'un certain volume, comme la FNAC ou Payot, à cause du volume d'achat de ces entités.

584. Les autres importations parallèles retenues ont été extrêmement limitées. Leur constatation repose sur une interprétation favorable aux diffuseurs-distributeurs des indications de quelques libraires indépendants. Elles ont représenté un volume infime et ont constitué des exceptions. Ce volume est clairement insuffisant pour considérer que ces importations parallèles auraient généré une pression disciplinante sur la concurrence intramarque. Leur volume ne suffit en aucun cas pour admettre qu'elles ont eu pour effet de discipliner la concurrence durant la période visée par l'enquête.

585. Aucun des systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG n'a permis des importations parallèles de la part des détaillants durant la période visée par l'enquête. Sur la période d'enquête, les détaillants se sont procurés la quasi-totalité des livres qu'ils ont écoulés par les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse et il y a lieu de constater l'absence de concurrence intramarque.

677 DPC 2010/1, 90 N 207, Gaba.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 127 B.4.2.3 Concurrence intermarques 586. L'analyse de la concurrence intermarques comprend l'analyse de la concurrence actuelle et de la concurrence potentielle.⁶⁷⁸ Avant de traiter ces deux éléments, la portée de l'analyse de la concurrence intermarques doit être précisée.

B.4.2.3.1 Portée et différenciation des produits

Portée 587. Selon le chiffre 11 CommVert in fine, la concurrence intramarque étant nulle, le renversement de la présomption ne peut être réalisé qu'en présence d'une concurrence intermarques singulièrement suffisante pour discipliner le marché. Dans l'affaire Gaba, la COMCO a considéré que la concurrence intermarques était suffisante pour renverser la présomption malgré l'absence d'importations parallèles,⁶⁷⁹ ce qu'a relevé Diffulivre dans sa prise de position.⁶⁸⁰ 588. La CommVert 2010 se démarque de la CommVert 2007 et indique un changement de pratique de la COMCO.⁶⁸¹ Avant ce changement de pratique, le ch. 10 (2) CommVert 2007 prévoyait que la présomption de suppression de la concurrence ne pouvait pas être renversée par la simple preuve qu'une concurrence existe entre les fournisseurs des différentes marques (concurrence intermarques).⁶⁸² L'analyse se focalisait alors sur l'intensité de la concurrence intramarque et, selon les résultats obtenus, examinait la concurrence intermarques seulement dans un deuxième temps. Dans ce sens, la CommVert 2010 est plus favorable aux entreprises visées par une procédure cartellaire que la CommVert 2007. Partant, c'est à l'aune de la CommVert 2010 que la portée de l'analyse de la concurrence intermarques est déterminée. 589. Selon Diffulivre, la CommVert (2010) établie par la COMCO va à l'encontre du courant économique majoritaire lorsqu'elle considère que « (...) la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisantes sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une

concurrence efficace suffisante » serait décisive.⁶⁸³ Elle a également exposé que seul en cas de concurrence intermarques insuffisante, des accords verticaux de protection territoriale absolue pouvaient être – sans forcément l'être – anticoncurrentiels.

590. En l'espèce, la question soulevée par l'argument de Diffulivre, renvoyant au demeurant à la doctrine consacrée à la fixation des prix de reventes et non à l'attribution de territoires de distribution, peut rester ouverte. En effet, l'analyse qui suit parvient au résultat que la concurrence intermarques serait, à elle seule, également insuffisante pour renverser la présomption de suppression de la concurrence en l'espèce.

678 DPC 2012/3, 571 ss, N 248 ss, BMW, décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 109 ss, N 461 ss, (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 96 N 253 s., Gaba. 679 DPC 2010/1, 65, N 170 ss, Gaba. 680 A 693a, 74, N 207. 681 Cf. DPC 2009/2, 147 N 39 s., Felco. 682 DPC 2009/2, 146 N 39 s., Felco. Le raisonnement sous-tendant est exposé dans le consid. 6 CommVert 2007. Cf. également WALTER A. STOFFEL, *Vertikalabsprachen und Marktabschottung – zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, Vortrag an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung du 22.1.2008 à Zurich, ainsi qu'à la Conférence „Economic Experts in Competition Law“ du 1.2.2008 à Genève, accessible sous www.comco.admin.ch 683 A 693a, 85, N 254, citant DAVID SPECTOR, *Minimum resale prices: Is a ban justified?* Conurrences N° 3-2007, n° 13801, 28 à 32.*

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 128 Différenciation des produits 591. Certains types de biens, parmi eux en particulier les biens de consommation, offrent des possibilités très importantes de différenciation. La différenciation des produits peut avoir une influence sur plusieurs paramètres économiques, comme la fixation des prix, la substituableté, etc. La COMCO en a tenu compte dans sa pratique, par exemple lorsqu'elle a constaté dans l'affaire Gaba que la différenciation des produits se répercutait sur les prix des différentes marques proposées en rayon.⁶⁸⁴

592. Les livres sont des produits dont la palette de différenciation est considérable. Mieux, aucun titre ne peut être véritablement identique, sauf à en constituer une copie ou un plagiat. Les consommateurs ne lisent en principe pas deux fois le même livre, ni ne l'achètent à plusieurs reprises. Servidis/Transat ont précisé que « [l]a demande est fixée d'abord en fonction de l'intérêt de l'ouvrage, lequel n'est acquis qu'une fois. Il ne s'agit pas d'un bien de consommation qui peut faire l'objet d'acquisitions répétées en quantité.⁶⁸⁵ » Dans ce contexte, de nombreuses nouveautés sont successivement proposées aux consommateurs finaux. Ainsi, il ne peut pas être considéré que la différenciation des produits est en tant que telle un indice de concurrence, comme l'a interprété une partie de la doctrine.⁶⁸⁶ 593. À la différence de produits tels que le dentifrice ou les objectifs d'appareils photographiques, la différenciation des livres ne se répercute pas directement sur leurs prix.⁶⁸⁷ En d'autres mots, le prix n'est ni pour le consommateur final ni pour le revendeur un critère pour juger de la qualité ou non d'un ouvrage. Dans ce sens, Servidis/Transat ont relevé que le prix sur le marché [retail] du livre est probablement un paramètre secondaire pour l'acheteur.⁶⁸⁸ Il s'agit d'un corollaire de l'absence de la notion de marque au sens traditionnel dans la branche du livre.⁶⁸⁹ Par contre, la variété des prix dans le secteur du livre est considérable, chaque éditeur déterminant pour chaque titre un prix obligatoire dans le système français de la loi Lang. 594. Par contre, la forte différenciation des produits influence directement les choix des consommateurs finaux et des libraires, dans la mesure où la substituabilité de certains produits est limitée. Selon Françoise Berclaz (La Liseuse,

Présidente des libraires au sein de l'ASDEL) : « Le livre n'est pas interchangeable pour certains lecteurs. Ceux-ci considèrent un livre par exemple comme un chef d'œuvre et ne veulent que ce livre précis.⁶⁹⁰ La plupart des diffuseurs-distributeurs ont admis cette substituabilité restreinte, mais éventuellement émis certaines réserves au moins pour certaines catégories de livres.⁶⁹¹

595. La moindre substituabilité résultant de la forte différenciation des produits se répercute sur la nature des relations entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Certains détaillants – concrètement les libraires au sens traditionnel, ce qui inclut les chaînes que sont la FNAC et Payot – se doivent de proposer à leur client d'être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale.⁶⁹² L'exigence est moins élevée pour

684 DPC 2010/1, 101 N 284 ss, Gaba. Cf. également Nikon, 109 ss, N 469 ss. 685 A 464, 2. 686 CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart, N 674. 687 Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 110, N 470 (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 101 N 284 ss, Gaba. 688 A 672, 41. 689 Cf. B.4.2.2 N 561. 690 A 257, 3. 691 Cf. notamment Servidis/Transat, A 672, 41. 692 Selon la FNAC, pour être considéré comme un libraire, il faut pouvoir exécuter des commandes clients. A 906, L 169.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 129 d'autres détaillants. Néanmoins, pour tous les types de détaillants, certains livres peuvent se révéler à un moment donné impératifs.

L'exemple du – lumineux – best-seller « La vérité sur l'affaire Harry Quebert » est significatif. Bien que son co-éditeur basé en Suisse constitue une entreprise intégrée étant également active en matière de diffusion en Suisse (AH), une relation contractuelle a vu le jour entre AH et OLF pour permettre aux grandes surfaces de proposer ce livre, à la suite de son succès. Patrice Fehlmann (OLF) a rapporté durant l'audition du 10 décembre 2012, concernant son activité déployée en rackjobbing la constatation suivante :

« ce qu'on a garanti à ces chaînes [Coop, Naville, la Poste] c'était que nous étions à même de leur offrir l'ensemble des bons produits qui étaient ou n'étaient pas à l'OLF. Donc on va aller acheter des marchandises chez Servidis et on va en acheter chez Diffulivre, on va en acheter à l'Âge d'Homme, elle en a parlé ce matin quand elle a dit « J'ai même un bouquin qui est dans les grandes surfaces », « son Dicker c'est parce qu'on ne peut pas ne pas mettre ce livre dans les chaînes dont je viens de vous parler.⁶⁹³ » 596. À la question subséquente, « vous vous approvisionnez donc chez les diffuseurs concurrents en quelque sorte ? », Patrice Fehlmann (OLF) a répondu :

« Il y a pas de concurrents, soit chez les diffuseurs, oui. Parce que Dicker je ne l'ai pas donc je peux que aller l'acheter chez lui [le diffuseur AH], chez elle [Andonia Dimitrijevic, la directrice de AH].⁶⁹⁴ »

597. Dans cette perspective, la seule différence entre les détaillants de type libraire et les autres, c'est que les premiers doivent être en mesure d'accéder à toute l'offre éditoriale et les seconds, seulement aux « bons produits » ou à une sélection plus restreinte. Or, dans l'un ou l'autre cas, la faculté de pouvoir accéder à toute la production est donnée. C'est cette réalité qui a mené à ce que l'un des diffuseurs-distributeurs, OLF, au demeurant particulièrement bien placée pour le savoir puisqu'elle est la seule entité à devoir obtenir des livres chez les autres diffuseurs-distributeurs dans le cadre de son offre de rackjobbing, à considérer non seulement qu'il n'y avait « pas de concurrents », ce qui indique une absence de concurrence intermarques, mais également que pour un ouvrage particulier, il

n'y a qu'un seul fournisseur qui entre en ligne de compte, le diffuseur en Suisse, ce qui confirme également l'absence de concurrence intramarque. 598. Les éléments de fait qui précèdent indiquent que la concurrence intermarques est limitée par la forte différenciation des produits en l'espèce et que les détaillants ne peuvent pas pleinement faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs.

599. Certains diffuseurs-distributeurs ont relevé que pour certaines catégories d'ouvrages, aux yeux des consommateurs finaux, la différenciation des produits était plus faible, ce qui laisserait plus de place pour une concurrence intermarques.⁶⁹⁵ Dargaud a distingué dans son analyse de la concurrence intermarques entre les trois segments de marché que sont les bandes dessinées, les livres pour enfants et les livres pratiques.⁶⁹⁶ Dans son analyse, Dargaud a mis en relief différentes caractéristiques de ces grandes catégories de livres, en particulier en se basant sur le critère du coût d'opportunité. Fondés sur des observations probablement correctes, les arguments développés par Dargaud ne sont cependant d'aucune utilité pour juger de la concurrence intermarques. Le fait que les bandes dessinées se lisent plus rapidement que d'autres ouvrages n'indique cependant pas pourquoi la concurrence entre

693 A 874, L 647 ss. 694 A 874, L 653 à 656. 695 Cf. notamment A 672, 41 et B.4.2.1.2, N 484 ss. 696 A 691, 49 ss, N 171 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 130 les BD de différents diffuseurs-distributeurs serait plus intensive qu'entre deux ouvrages de littérature générale de différents diffuseurs-distributeurs. Il en va de même pour ce qui concerne les différences entre les types de consommateurs finaux pour les différentes catégories de livres. En d'autres mots, le fait qu'il existe des catégories de livres qui se distinguent, constatation au demeurant correcte, n'est pas en tant que tel un critère pour juger de la concurrence intermarques. Il est cependant probablement correct d'admettre qu'au sein de certaines catégories de livres, l'importance de la différenciation des produits varie pour les consommateurs finaux et donc que certains livres sont un peu plus interchangeables que d'autres pour ces derniers. De plus, au niveau wholesale, ce point a une importance significativement réduite, car le libraire devra être en mesure de s'adapter aux goûts de ses clients et de commander l'ouvrage souhaité par le consommateur, comme il a été exposé dans la définition du marché.⁶⁹⁷ 600. Selon Diffulivre, la forte différenciation du produit livre génère la nécessité d'une activité importante de promotion du livre. Cette activité est essentiellement menée par les représentants des diffuseurs qui rencontrent les détaillants pour leur faire connaître leur offre, laquelle doit continuellement se renouveler.⁶⁹⁸ Le système des offices, la qualité de l'information mais aussi le rythme des sorties de nouveaux ouvrages généreraient une concurrence intermarques forte.

601. Le secteur du livre se caractérise par un nombre très élevé de références distinctes. Tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits. Au-delà du stockage, la contrainte spatiale se manifeste principalement au niveau du rayonnage, c'est-à-dire concrètement de la place accordée à chaque titre ou plus généralement, à chaque diffuseur-distributeur. Chaque diffuseur-distributeur a un intérêt à ce que chaque détaillant lui consacre le plus grand espace pour être en mesure de capter l'intérêt du consommateur final. La contrainte spatiale crée ainsi une concurrence pour le rayonnage : chaque diffuseur est en concurrence avec les autres diffuseurs pour disposer du plus grand rayonnage des titres de son catalogue auprès de chaque détaillant. Les relations entre les détaillants et les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête ont attesté que la question des promotions était un objet récurrent des relations commerciales.⁶⁹⁹ Il y a

donc une concurrence pour obtenir un meilleur rayonnement. Cependant, cette concurrence a une portée limitée à cet élément. 602. Il résulte de la différenciation des produits dans le secteur du livre en premier lieu qu'aucun détaillant ne peut se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement en cas de rackjobbing par exemple, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeur. Cet état de fait réduit partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence intermarques ab ovo. En deuxième lieu, la contrainte spatiale à laquelle chaque détaillant est confronté crée une concurrence intermarques sur le rayonnement.

B.4.2.3.2 Concurrence actuelle

Parts de marché et évolution de celles-ci 603. Les parts de marché sont le point de départ de l'appréciation de la concurrence actuelle.

604. Diffulivre, citant une observation faite par la doctrine, a relevé que faute d'entraîner une addition de marchés horizontale, les accords verticaux ont un potentiel de nuisance inférieur

697 Cf. B.4.2.1.2, N 484 ss. 698 A 693a, 96 ss, N 295 ss. 699 Cf. notamment les accords commerciaux entre les (grands) détaillants et de nombreux diffuseurs. A 693a, annexes 25 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 131 aux accords horizontaux.700 Selon elle, sa part de marché se situant en deçà du plafond de [...] mentionné par une partie de la doctrine suisse,701 l'exclusivité dont bénéficie Diffulivre ne serait pas apte à supprimer la concurrence sur le marché.702 C'est d'autant plus le cas que le poids relatif de Diffulivre devrait être pris en compte et qu'elle ferait face à six diffuseurs représentant ensemble [...] du marché.703

605. Si l'observation relevée par Diffulivre concernant l'addition de marchés est correcte sur le principe, elle n'est d'aucune aide en l'espèce. Dans la mesure où l'enquête a pour objet les systèmes de distribution de l'ensemble de la branche, et non d'une seule marque, comme cela avait pu être le cas dans les affaires Gaba, Nikon et BMW, l'hypothèse d'une addition des parts de marché ne peut être exclue d'emblée et de manière forfaitaire comme l'a prétendu Diffulivre. L'hypothèse d'une addition des parts de marché est en l'espèce même avérée et pertinente, puisqu'il a été établi que le cloisonnement du marché est l'apanage de tous les diffuseurs-distributeur concernés.704 606. Le tableau ci-dessous rend compte des parts de marché des diffuseurs-distributeur fonctionnant selon un système de distribution reposant sur l'exclusion des ventes passives sur la période 2005-2011 selon les chiffres d'affaires :

PM 2011 PM 2010 PM 2009

Interforum [...] [...] [...]

E5F [...] [...] [...]

Flammarion [...] [...] [...]

Glénat [...] [...] [...]

OLF [...] [...] [...]

Diffulivre [...] [...] [...]

Servidis [...] [...] [...]

Transat [...] [...] [...]

Dargaud [...] [...] [...]

AlG [...] [...] [...]

Autres [...] [...] [...]

[...] [...] [...]

607. L'analyse des parts de marché et de leur évolution permet de constater une répartition stable sur toute la période de référence sur le marché wholesale.

700 A 693a, 88 N 263. 701 CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 670. 702 A 693a, 90 N 271. 703 A 693a, 90 N 272. 704 Cf. B.3.2, 18 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 132 608. Si plusieurs diffuseurs-distributeurs ont mentionné la perte ou le gain de l'un ou l'autre éditeur dans son catalogue, aucune partie n'a prétendu que ses parts de marché avaient connu des modifications substantielles durant la période visée par l'enquête.

609. Ainsi, il y a lieu de constater, d'une part, que les parts de marché ont été stables sur toute la période visée par l'enquête et que, d'autre part, les systèmes de distribution reposant sur l'exclusion des ventes passives ont couvert plus de 95 % du marché pendant la période visée par l'enquête.

Prix

610. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont invoqué qu'il y avait une forte concurrence sur les prix au niveau intermarques.⁷⁰⁵ 611. Au niveau wholesale, le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la table pour chaque titre. Chaque détaillant négocie avec chaque diffuseur le niveau de la remise. Chaque diffuseur détermine une voire plusieurs tables pour les ouvrages de son catalogue. En revanche, seul un taux de remise est généralement négocié avec les détaillants. 612. La forte différenciation des produits rend sur le plan intermarques les comparaisons de prix difficiles dans le secteur du livre, tant au niveau wholesale que retail. Interforum a constaté que « les taux varient par niveaux de prix chez beaucoup de diffuseurs. Il n'y a pas une clarté évidente du plus cher ou du moins cher.⁷⁰⁶ » Les remises constituent seulement une indication.

613. Concernant les remises, plusieurs éléments peuvent être constatés. Premièrement, les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeurs sont relativement proches les uns des autres. ⁷⁰⁷

614. Deuxièmement, si les taux de remise varient entre les différents types de détaillants, ces taux sont restés relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête. À titre d'exemple, les évolutions concernant Diffulivre, dont on peut partir de l'hypothèse raisonnable qu'il est le diffuseur qui a été le plus mis sous pression comme en atteste l'action collective des libraires de l'ASDEL pour tenter de faire pression sur lui⁷⁰⁸ suite à l'appréciation du franc suisse,⁷⁰⁹ peuvent être résumées comme suit :

■ Les taux des librairies indépendantes ont oscillé entre [...] (minimum en 2008) et [...] (maximum en 2011),

■ Les taux de Payot ont oscillé entre [...] (minimum en 2008) et [...] (maximum en 2006),

■ Les taux de la FNAC ont oscillé entre [...] (maximum en 2006) et [...] (minimum en 2008),

■ Les taux de la grande distribution, entre [...] (minimum en 2005) et [...] (maximum en 2006)

705 A 693a, 91 ss N 274 ss ; A 689, 11 ; A 699, 23, N 101. 706 A 27, 2. 707 A 21, 5. 708 Cf. B.4.2.4.2, 135 ss. 709 Cf. A 693a, annexe 56.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 133 615. Troisièmement, plusieurs diffuseurs-distributeurs ont constaté, en généralisant, que les libraires suisses ont de meilleures remises qu'en France.⁷¹⁰

616. La sensibilité aux prix est également un critère pertinent pour apprécier la portée de la concurrence sur les prix.⁷¹¹ Les tabelles ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse. Les diffuseurs-distributeurs n'ont pas réagi avec la même vitesse au phénomène monétaire. Diffulivre a relevé dans ce sens que « les autres diffuseurs se sont également engagés dans une politique de baisse continue du niveau de leur table à partir de 2009.⁷¹² » [...].⁷¹³ Dans le même temps, [...].⁷¹⁴ Partant, la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau wholesale, les différences de prix n'influencent pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs.

617. Pour Servidis/Transat, la table a pour effet de reporter automatiquement sur le marché de référence la concurrence sur les prix entre les éditeurs.⁷¹⁵ Dargaud a argumenté dans le même sens.⁷¹⁶ Or, la concurrence entre les éditeurs serait intense, ce qui se reporterait sur la concurrence au niveau des prix. Le système des tabelles a pour corollaire que le seul moyen de baisser les prix pour la Suisse (uniquement) pour un éditeur, c'est de baisser le prix en euros. Une telle politique de prix affecterait non seulement la Suisse, mais surtout tous les revenus de l'éditeur générés en euros en France – et au-delà, dans la mesure où des systèmes de tabelles comparables sont également mis en place dans d'autres pays. Lorsque l'on se figure que le bassin de la population en France est d'environ 60 millions d'habitants et que celui de la Suisse romande est environ quarante fois inférieur, il ressort que l'éditeur français souhaitant distribuer ses livres à un prix inférieur sur le territoire suisse serait freiné dans une telle démarche par les répercussions sur d'autres territoires. De plus, plusieurs diffuseurs-distributeurs ont remarqué que dans le système de la table, la majoration prévue pour les ventes en francs suisses ne revenait en aucune mesure aux éditeurs français.⁷¹⁷ Finalement, selon les constatations de la Commission européenne, il ne semble pas que l'hypothèse d'une concurrence vive entre les éditeurs soit vérifiée.⁷¹⁸

618. Diffulivre propose également un raisonnement se basant sur les prix de gros pour affirmer qu'il y a une concurrence très forte entre diffuseurs.⁷¹⁹ Dans la mesure où elle compare les prix de gros de Diffulivre avec ceux de Hachette Livre, cet argument doit être traité – et a été traité – en matière de concurrence intramarque au niveau du potentiel d'arbitrage. On ne saurait en déduire une portée sur la concurrence intermarques. On relèvera cependant qu'en indiquant que l'écart corrigé du taux de change entre les prix de gros de la Suisse et de la France est resté stable, Diffulivre admet que le potentiel d'arbitrage s'est accentué durant la période visée par l'enquête et confirme la constatation selon laquelle les

détaillants suisses auraient dû, faute de protection territoriale absolue, profiter d'un choc d'offres favorables grâce à l'évolution du cours.

710 Cf. B.4.2.4.2, N 650. 711 Cf. décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 113, N 477 (publication prévue in DPC). 712 A 693a, 93 N 282. 713 A 691, annexes 8 à 12. 714 A 693a, 93 N 281. 715 A 672, 48. 716 A 691, 49 N 167. 717 Cf. notamment A 320, 1 (Interforum) ; A 122, 6 (AIG). 718 Cf. notamment décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 667 ss. 719 A 693a, 91 ss, N 276 ss et annexe 1 (rapport CRA), 14 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 134 619. Sans avoir été inexistante, la concurrence sur le prix au niveau wholesale a été faible et a une portée limitée à cause de la différenciation des produits.

Autres paramètres de concurrence 620. Selon Diffulivre, les modalités de paiement accordées sont également un paramètre concurrentiel de type prix sur lesquels les diffuseurs se font concurrence. Pour étayer cela, elle s'est basée sur un courrier de Servidis à l'adresse d'un libraire, accordant à ce dernier un délai supplémentaire de 30 jours comme demandé tant à Servidis qu'à Diffulivre.⁷²⁰ L'argument de Diffulivre tombe particulièrement à faux lorsqu'il apparaît que le courrier à l'origine de la demande est enrichi d'un ajout à la main par la libraire dont émane la pièce indiquant : « Ce courrier a également été envoyé à Diffulivre, qui n'a jamais répondu.⁷²¹ » Il ne s'agit là donc nullement d'un paramètre de concurrence intermarques pertinent. Dans le cas contraire, Diffulivre n'aurait simplement pas pu se permettre de traiter sa cliente de la sorte.

621. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont soutenu qu'il y avait une concurrence intermarques au niveau des services.⁷²² Diffulivre a prétendu que les diffuseurs se livreraient une concurrence intermarques sur les prestations financières telles que les surremises liées au chiffre d'affaires, aux promotions réalisées, à la qualité de l'assortiment et aux budgets marketing.⁷²³ Ces éléments seraient le signe d'une concurrence intermarques. Les diffuseurs se feraient également concurrence via le niveau de services de diffusion qu'ils sont en mesure d'offrir aux différents détaillants.⁷²⁴ La concurrence à ce niveau s'inscrirait sur la taille et le nombre des équipes, les compétences particulières des représentants, les promotions particulières (mise à disposition d'éléments mobiliers, de livres gratuits, création d'autocollants, etc.), les aménagements du droit de retour, les modalités de livraison dont notamment les avantages consentis en cas de groupement minimal des commandes.

622. Tous les éléments invoqués au niveau des services n'altèrent pas la nécessité pour les détaillants d'être en relation directement ou indirectement avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Aucun diffuseur-distributeur ne peut être substitué à un autre comme canal d'approvisionnement. Par contre, la concurrence sur les paramètres évoqués se répercute sur le rayonnage. C'est l'unique portée des différents services proposés par les diffuseurs-distributeurs. La concurrence sur le rayonnage, est mentionnée plus haut.

Conclusions intermédiaires

623. L'analyse de la concurrence actuelle mène à plusieurs constatations :

■ La forte différenciation des livres limite ab ovo les possibilités de substitution dans ce secteur à tous les niveaux.

■ Les clauses systèmes de distribution fondés sur un régime d'exclusivité ont couvert plus de 95 % du marché sur la période visée par l'enquête.

■ La répartition des parts de marché a été stable sur toute la durée de l'enquête.

■ Une concurrence entre les diffuseurs a existé au niveau des prestations financières mais aussi des services pour disposer du meilleur rayonnage (concurrence sur le rayonnage).

720 A 538, 9. 721 A 538, 3. 722 A 689, 11 et 13 (OLF), A 693a, 95, N 287 ss (Diffulivre). 723 A 693a, 95, N 287 ss. 724 A 693a, 100 ss, N 311 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 135 B.4.2.3.3 Concurrence potentielle 624.

L'analyse de la concurrence potentielle a pour objet central les barrières à l'entrée sur le marché. 625. Selon Diffulivre, 725 il faut considérer les phénomènes suivants concernant les entrées sur le marché : les éditeurs non représentés en Suisse souhaitant le devenir ; les éditeurs présents en Suisse mais désirant passer à de l'auto-diffusion ; les éditeurs souhaitant changer de diffuseur-distributeur en fin de contrat (renouvellement) ; l'approvisionnement par le canal de sociétés-sœurs situées en France et lesquelles pourraient s'inventer grossistes ou « grossistes-distributeurs » ; l'approvisionnement par les diffuseurs français. De plus, Diffulivre a constaté une absence de barrières à l'entrée sur le marché de référence et a relevé qu'il n'existait pas de mesures législatives ou administratives rendant difficile l'accès au marché, qu'aucune donnée propre à ce marché ne laissait admettre que de nouveaux concurrents seraient dissuadés d'y entrer et que les coûts seraient faibles pour créer une structure de diffusion minimale sur le marché. La FNAC et Payot pourraient en outre profiter de leur infrastructure en France pour passer des commandes depuis ce pays.

626. Deux éléments ont limité considérablement les possibilités d'entrée sur le marché durant la période visée par l'enquête. Premièrement, l'entrée sur le marché dépend des droits d'édition. L'analyse de la Commission européenne dans l'affaire Lagardère a mis en relief leur importance et a mené à la conclusion que seules les entités qui seraient en mesure d'être des « acteurs significatifs sur les marchés primaires de l'achat de droits d'édition de livres en langue française, c'est-à-dire de pouvoir acquérir et exploiter ces droits à travers toute la chaîne du livre » pourraient conduire à des entrées sur les marchés de la vente de livres. 726 En d'autres mots, les marchés situés en amont et ayant pour objet les droits d'édition des livres créent une barrière au marché importante. 627. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs principaux ont des rapports très étroits avec la distribution en France (intégration verticale/conglomérale). Les principaux éditeurs sont concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion en Suisse, ce qui revient à admettre que la plupart des acteurs de l'édition sont déjà entrés sur le marché. Dans ce sens, une entrée n'est réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués spécifiquement en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché. Diffulivre a semblé avoir elle-même convenu de cette réalité lorsqu'elle a précisé à ce sujet avoir reçu « divers e-mails de petits éditeurs demandant à Diffulivre de les représenter en Suisse. 727 »

628. Plusieurs diffuseurs auraient constaté deux entrées sur le marché durant la période d'enquête : Heidiffusion et Eurolivres. 728 Selon Interforum, « du moment où un nouvel acteur conclut un contrat avec un ou plusieurs éditeurs, il peut entrer sur le marché sans problème. 729 » Cette observation est correcte. Or, l'acquisition de la diffusion-distribution d'un éditeur ou de plusieurs éditeurs constitue justement la barrière principale à l'entrée sur

le marché étant l'intégration verticale/conglomérale constatée. Pour cette raison, les diffuseurs que sont Heidiffusion et Eurolivres ont eu au mieux un rôle marginal sur les diffuseurs- distributeurs et ne sont en mesure d'amener une quelconque pression disciplinante.

725 A 693a, 105 ss, N 324 ss, 110 s., N 339 ss. 726 Cf. décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 740 et réf citées. 727 A 693a, 106, n. 312. 728 A 692, 46, N 175 et 177 (Interforum) ; A 689, 14. 729 A 692, 46, N 178.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 136 629. Les changements de diffuseur en cas de renouvellement de contrat ne sont pas non plus aptes à indiquer qu'une entrée est probable. Sur la période d'enquête, les renouvellements de contrat ont mené au mieux à des changements entre les diffuseurs existants et, parfois, à des arrêts d'une diffusion propre à la Suisse. Le renouvellement des contrats indique uniquement une concurrence entre les diffuseurs-distributeurs pour l'acquisition de nouveaux clients en amont. Cette concurrence ne s'inscrit pas sur le marché de référence (vente) mais sur un autre marché, celui des services de diffusion.⁷³⁰ 630. Les constatations qui précèdent sont soutenues par la stabilité des structures de diffusions-distributions en Suisse durant la période visée par l'enquête. Des modifications de cette structure n'ont jamais semblé probables, ce que de nombreux libraires ont également évoqué.⁷³¹ Ainsi, il y a lieu d'admettre que la probabilité que des entreprises aient été en mesure d'entrer sur le marché du côté de l'offre et de générer une pression disciplinante a été faible voire nulle durant la période visée par l'enquête.

B.4.2.3.4 Conclusion intermédiaire

631. Les détaillants sont contraints de travailler avec tous les diffuseurs. Ni la concurrence actuelle ni la concurrence potentielle n'ont discipliné le comportement des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête.

632. Il a existé une concurrence intermarques pour le rayonnage, tant sous forme financière que sur certains critères de services. Cette concurrence pour le rayonnage est faible et n'est pas apte à discipliner les diffuseurs-distributeurs pour la vente des livres au niveau wholesale.

B.4.2.4 Position des partenaires de l'échange ⁶³³. La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral a fait sienne l'opinion émise en doctrine selon laquelle la pression disciplinante des partenaires de l'échange composant la demande pouvait également conduire à un renversement de la présomption, au même titre que la concurrence résiduelle.⁷³²

634. En l'espèce, la pression concurrentielle des acteurs en amont – les éditeurs –, puis celle de la demande, d'abord au niveau wholesale puis au niveau retail seront examinées.

B.4.2.4.1 Pression disciplinante des éditeurs (marché des services de diffusion et des services de distribution, marché de l'édition) ⁶³⁵. Services de diffusion et services de distribution – Diffulivre, Servidis/Transat, OLF, Flammarion et Interforum,⁷³³ 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. Ces diffuseurs-distributeurs ont considéré que le fait que certains éditeurs changeaient parfois de diffuseurs pour la Suisse avait généré une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs. Selon Diffulivre, les éditeurs n'hésiteraient pas à changer de diffu-

seur-distributeur lorsque les résultats ne sont pas atteints.⁷³⁴ Nombreux seraient les éditeurs ayant changé de diffuseur-distributeur en raison des performances réalisées. Il y aurait ainsi une concurrence entre les diffuseurs pour obtenir les mandats de diffuser-distribuer les ouvrages.

730 Cf. B.4.2.1.4, 115. 731 A 232, 6 ; A 233, 2 ; A 252, 4 ; A 261, 4 ; A 264, 4. 732 Arrêt du TAF 2010/2 387, consid. 9.2.4, Implenia/WEKO et réf. citées. 733 A 699, 22 N 96.A 672, 45 s, N 174 734 A 693a, 102 ss, N 318 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 137 636. Il n'est pas contesté que plusieurs (petits) éditeurs ont changé de diffuseur-distributeur durant la période d'enquête, certains rejoignant d'autres diffuseurs, d'autres ayant décidé de passer en auto-diffusion. Mais il convient de rappeler, que plusieurs diffuseurs sont des filiales des principaux groupes éditoriaux et que les groupes éditoriaux importants sont déjà entrés sur le marché.⁷³⁵ Par conséquent, une éventuelle pression concurrentielle serait dans tous les cas d'une ampleur fortement limitée.

637. Ces éléments de fait soulèvent d'abord la question d'une pression disciplinante sur le marché wholesale de la vente de livres qui serait générée par la concurrence existant sur le marché des services de diffusion et sur le marché des services de distribution, distincts de ceux de la vente de livres.⁷³⁶ Aucun diffuseur-distributeur n'a fourni d'indication sur la mesure dans laquelle cette concurrence dans l'obtention de la diffusion se répercuterait sur la concurrence entre diffuseurs sur le marché wholesale de la vente des livres. La Commission européenne dans la décision Lagardère n'a pas non plus constaté que les marchés des services de diffusion et des services de distribution exerceraient une pression disciplinante sur les marchés de la vente. On ne voit en l'espèce pas non plus comment cela pourrait être le cas. En effet, sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution, les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs, leur intérêt est d'obtenir une diffusion ou distribution qui leur convient, mais pas de péjorer les profits qui pourraient être générés par les revenus des ventes aux détaillants puis aux consommateurs finaux. Si une politique de prix propre au territoire suisse est considérée comme opportune pour un éditeur, par exemple parce qu'une discrimination de prix territoriale lui permettrait d'améliorer ses profits, alors il va chercher à mettre en place une telle diffusion-distribution. Cette pression ne va pas pouvoir discipliner les acteurs en aval.

638. Édition – Servidis/Transat ont considéré qu'il y avait une concurrence forte entre les éditeurs et une concurrence dans l'accès à la distribution.⁷³⁷ Cet argument selon lequel le système des tabelles reporterait la concurrence entre éditeurs au niveau wholesale et même au niveau retail a été traité au niveau de la concurrence intramarque et n'est pas fondé.⁷³⁸ Le marché en amont des droits d'édition limite d'ailleurs également l'émergence d'une pression concurrentielle de ce type.⁷³⁹

B.4.2.4.2 Pression disciplinante des détaillants 639. Interforum, Servidis/Transat, Dargaud, E5F et Flammarion par l'intermédiaire de l'expertise Gugler en particulier,⁷⁴⁰ ont invoqué que la

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