

WEKO Madrigall vom 23. September 2024

WEKO, 2024-09-23, FR

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

FR: WEKO Madrigall du 23 septembre 2024

IT: WEKO Madrigall del 23 settembre 2024

Regeste

Madrigall

Erwägungen

E. 12

B.2 Définitions et distinctions

B.2.1 L'édition vs la diffusion vs la distribution de livres 64. L'édition, la diffusion et la distribution de livres sont trois notions qui doivent être distinguées dans la branche du livre écrit en français. 79

65. Le travail d'édition porte sur la production des livres, et donc principalement sur leur contenu. Si la création d'un livre commence nécessairement dans l'esprit de son auteur, celui-ci n'est en principe pas impliqué dans la commercialisation de son œuvre. En d'autres termes, le livre en tant que produit physique ne naît pas chez son auteur, mais chez l'éditeur, qui envoie en fin de compte le document à un imprimeur. 80 66. Selon Madrigall, la principale obligation de l'éditeur est d'assurer aux œuvres de l'esprit qui lui sont confiées par les auteurs une exploitation permanente et suivie ainsi qu'une diffusion commerciale (N 68 ss) conformément aux usages de la profession. Cette obligation est mentionnée en droit français à l'art. L.132-12 du Code de la propriété intellectuelle. Selon Madrigall, il s'agit d'une obligation essentielle de l'éditeur que de fournir une diffusion qualitative et suffisante pour les ouvrages qu'il édite afin que le public puisse y avoir accès. L'activité de diffusion est donc une obligation légale en France de l'éditeur selon Madrigall, confiée au diffuseur dans le cadre d'un accord de diffusion. 81 67. Dans le cadre de la présente enquête et sur le principe, l'obligation pour un éditeur de diffuser commercialement les œuvres de l'esprit qui lui sont confiées par les auteurs – en l'occurrence des livres – n'est pas mise en cause. 68. Par diffusion, on entend l'activité consistant à assurer la commercialisation, la représentation et la promotion du catalogue des éditeurs de livres auprès des revendeurs de livres (principalement les libraires). Le diffuseur emploie des représentants de commerce qui sont en contact avec les revendeurs et qui se chargent de la présentation des nouveaux ouvrages, du marketing, des actions de promotion, etc. Le diffuseur informe notamment aussi les revendeurs sur le niveau des lecteurs (âges recommandés) pour certains titres déterminés. Pour ce faire, le diffuseur recueille chez les éditeurs les informations nécessaires et les éventuels dossiers de présentation. Ensuite, il organise des visites chez les revendeurs et sert généralement d'interlocuteur pour les commandes. 82 69. En France, la diffusion des livres Madrigall est principalement assurée par la société DLM, filiale de Madrigall, qui diffuse toutes les maisons d'édition du groupe Madrigall, mais également certains éditeurs tiers dont Madrigall est chargé de la diffusion. 83 En Suisse, la diffusion des livres Madrigall est assurée par une filiale du groupe Madrigall, à savoir E5F. 84 70.

Fondamentalement, E5F entre en relation commerciale avec, en amont, les éditeurs du groupe Madrigall, respectivement les éditeurs tiers diffusés par Madrigall, et avec les distributeurs et les revendeurs suisses, en aval. Un contrat de diffusion est conclu entre les éditeurs et le diffuseur : les éditeurs confient au diffuseur la représentation et la diffusion des titres ; le diffuseur s'engage à présenter les publications des éditeurs à tous les libraires et

79 DPC 2018/2, 247 N 6 ss, Marché du livre écrit en français.

80 DPC 2018/2, 247 N 6, Marché du livre écrit en français.

81 A 39, N 4 ; A 103, l. 180 à 186.

82 DPC 2018/2, 247 N 7, Marché du livre écrit en français.

83 A 39, N 2.

84 A 39, N 7 ; A 41, réponse 2.

E. 13

dépositaires d'une région. Généralement en Suisse, chaque titre n'est diffusé activement que par un seul diffuseur. Il en va de même en France. 85 71. Par distribution, on entend essentiellement les activités logistiques, lesquelles couvrent notamment la gestion des stocks, la saisie des commandes, le traitement des arrivages, certains transports, l'emballage de la marchandise, la gestion des comptes débiteurs et les retours des revendeurs. 86 72. En France, la distribution des livres Madrigall est assurée par les filiales de Madrigall suivantes : la SODIS pour la filiale Gallimard et UD (Union Distribution) pour la filiale Flammarion. 87 En Suisse, la distribution des livres Madrigall est sous-traitée à une société spécialisée, soit l'OLF, qui est une société indépendante et avec laquelle Madrigall est liée par un contrat de logistique. 88

B.2.2 L'approvisionnement direct vs les importations parallèles 73. Par importations parallèles, on entend dans la présente procédure l'importation de livres en français achetés par des revendeurs suisses en France (généralement à un prix plus avantageux qu'en Suisse) auprès de grossistes français ou d'autres revendeurs français, mais pas auprès des éditeurs/producteurs. Ces livres pourraient dès lors et théoriquement être vendus moins chers sur le marché suisse que s'ils avaient été achetés en Suisse auprès des canaux officiels. 74. Par approvisionnement direct (ou approvisionnement en direct), on entend dans la présente procédure l'approvisionnement en livres directement auprès du producteur des ouvrages, soient en l'occurrence les éditeurs du groupe Madrigall, respectivement auprès des centres de distribution centraux de Madrigall, soit la SODIS ainsi que l'UD. Le but d'un tel approvisionnement est le même qu'en matière d'importations parallèles, à savoir obtenir un coût de revient plus bas que par les canaux officiels suisses. 75. Si un approvisionnement direct n'était pas possible à l'époque de la première enquête portant sur les livres en français (N 86 ss), Madrigall ne s'oppose plus aujourd'hui au principe de l'ouverture d'un compte en France (N 113, 122 et 128 ci-dessous).

B.2.3 Le droit de retour 76. Le droit de retour est la faculté de retourner les invendus, et s'inscrit historiquement dans le modèle français de l'économie du livre. Comme l'a démontré le premier cas des livres écrits en français, c'est une institution essentielle et centrale de l'économie du livre francophone au niveau de l'achat de livres en gros (niveau « wholesale »). 89 77. Tant Payot lorsqu'elle s'approvisionne en livres Madrigall en Suisse

que les librairies françaises qui s'approvisionnent en France bénéficient du droit de retour. Pour une entreprise comme Payot, le taux de retour avoisine les [...] % (dont 80 % sont des nouveautés). Sans ce droit de retour, le revendeur se retrouverait avec des stocks d'invendus qu'il devrait déprécier dans ses comptes. 90 Spécifiquement pour Madrigall, le taux de retour de Payot se situe entre [...] et [...] % selon les années. 91

85 DPC 2018/2, 247 N 9, Marché du livre écrit en français.

86 DPC 2018/2, 247 N 8, Marché du livre écrit en français.

87 A 39, N 2.

88 A 40, annexe 2 ; A 42, annexe G.

89 DPC 2018/2, 283 N 307 ss, Marché du livre écrit en français.

90 A 15, réponse 24.

91 A 65, réponse 5.

E. 14

78. Payot indique que le droit de retour est également important pour les opérations commerciales, ou lorsqu'elle tient un stand sur un festival ou au Salon du livre. Ne pas en disposer impliquerait de mettre fin à ces pans d'activité commerciale selon Payot. Celle-ci précise encore disposer actuellement d'un « droit de retour permanent » sur la quasi-totalité du catalogue Madrigall. 92 79. En cas d'approvisionnement direct, Payot prendrait à sa charge les frais de retour y afférant, en groupant les retours de façon à réaliser des économies d'échelle. 93

B.2.4 Les grossistes

80. Selon Madrigall, il faut entendre par grossiste tout client dont l'activité principale est la vente de livres à des détaillants par l'intermédiaire d'une force de vente que le grossiste entretient, à l'exclusion de toute vente, par quelque moyen que ce soit, au consommateur final. En France, un grossiste visite, facture et livre des clients détaillants, respectivement des revendeurs de livres à partir de stocks de livres qu'il a lui-même achetés aux diffuseurs/distributeurs. 94 81. En Suisse, le Buchzentrum de Hägendorf est vraisemblablement la seule entreprise pouvant être considérée comme un grossiste pour les livres en français, étant toutefois entendu que le Buchzentrum s'approvisionne principalement en livres en français auprès de l'OLF et constitue ainsi un intermédiaire supplémentaire pour un revendeur qui souhaiterait s'approvisionner en Suisse par rapport à un approvisionnement direct auprès de l'OLF. Quant à l'OLF, il ne peut être qualifié de grossiste, vu qu'il s'agit avant tout d'un distributeur auquel les diffuseurs suisses ont confié la distribution.

B.2.5 La « loi Lang » et le « protocole Cahart » 82. En France, la loi no 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre 95 – dite « loi Lang » du nom du ministre de la Culture qui l'a portée et qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1982 – impose l'application d'un prix public hors taxe conseillé/réglementé (ci-après : le PPHT) unique, fixé par l'éditeur et imposé aux revendeurs. Le libraire bénéficie d'une faculté limitée à 5 % de baisser le prix fixé par l'éditeur. 96 La remise du libraire est quant à elle établie par chaque diffuseur en fonction d'une remise de base, d'une remise additionnelle attribuée selon des critères qualitatifs, et finalement d'une remise additionnelle attribuée selon des critères quantitatifs.

A préciser que la réimportation de livres édités en France n'échappe pas à la règle ci-dessus : le prix de vente final des ouvrages réimportés doit également correspondre au prix public fixé par l'éditeur (art. 1 de la loi Lang). 83. Le protocole Cahart 97 précise les conditions de fixation des remises de libraires dans le cadre de la loi. Il prévoit, en plus de la remise de base, des remises sur la base de critères qualitatifs et quantitatifs, les premiers devant donner droit à une remise maximale théorique supérieure à celle des seconds. 98 Parmi les critères qualitatifs – rédigés de façon générale –, quatre sont obligatoires (acceptation par le libraire de commandes à l'unité ; présence d'un

92 A 15, réponse 24.

93 A 15, réponses 25 et 26.

94 A 41, réponse 9.

95 Loi no 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre, voir site Internet : www.legifrance.gouv.fr >

Droit national en vigueur > Textes consolidés. 96 Pour les points de vente physiques, mais non pour le commerce en ligne.

97 Protocole d'accord sur les usages commerciaux de l'édition avec la librairie du 26 juin 2008,

<https://www.syndicat-librairie.fr/sites/default/files/upload/documents/1%20bis%20protocole_uc_26_juin_2008.pdf> (9.10.2024). 98 Protocole Cahart, II.1.

E. 15

personnel qualifié sur le point de vente, relation du libraire avec ses fournisseurs [notamment dans la réception des représentants] et actions d'animation à l'initiative du libraire), ces critères obligatoires devant représenter entre 30 et 70 % de la remise correspondant aux critères qualitatifs. L'éditeur/diffuseur doit également intégrer au moins trois critères qualitatifs complémentaires parmi les suivants : réassortiment des titres, suivi et mise en avant du fonds de catalogue des éditeurs, utilisation d'outils bibliographiques actualisés, inscription du libraire au service des nouveautés ou prise de notes avant parution, promotion de l'offre éditoriale par la prescription du libraire et participation aux opérations de promotion menées par l'éditeur, utilisation des outils de transmission de la profession et d'une connexion internet pour recevoir les informations actualisées de la part de l'éditeur/diffuseur. 99 84. En résumé, la loi Lang et le Protocole Cahart imposent à l'éditeur de fixer : i) le PPHT (fixé librement par l'éditeur/diffuseur), qui sera appliqué par le libraire ; ii) une remise de base (fixée librement par l'éditeur/diffuseur) ; iii) une remise qualitative (en intégrant les critères obligatoires [30-70% de la remise qualitative] + au moins la moitié des critères complémentaires), à une hauteur fixée librement par l'éditeur/diffuseur ; iv) une remise quantitative (selon des critères fixés librement par l'éditeur/diffuseur et à une hauteur fixée par l'éditeur/diffuseur, mais inférieure à la remise qualitative maximale). 85. Le libraire français doit appliquer le prix légal, et les diffuseurs les conditions de fixation des remises aux libraires. 100 Le protocole Cahart est notamment destiné à rendre équitables et transparentes les relations entre les groupes d'édition et les revendeurs. 101

B.3 Contexte

B.3.1 Le premier cas des livres écrits en français 86. Afin de mieux comprendre les circonstances dans lesquelles intervient l'enquête d'espèce, il paraît utile de rappeler la

précédente enquête des autorités de la concurrence dans le domaine des livres écrits en français, ainsi que son épilogue qui s'est en fin de compte joué devant les autorités judiciaires fédérales.

87. Le 13 mars 2008, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de plusieurs diffuseurs/distributeurs français présents en Suisse, généralement sous forme de filiales de grands groupes français. Cette enquête a initialement été ouverte pour d'éventuels abus de position dominante, avant qu'elle ne soit redirigée sur des accords au sens de l'art. 5 LCart. A l'issue de l'enquête, la COMCO a rendu une décision le 27 mai 2013 imposant notamment des sanctions et des mesures à divers diffuseurs/distributeurs, y compris à ceux du groupe Madrigall, à savoir E5F et Flammarion (rachetée par le groupe Madrigall en 2012). 102 Tant E5F que Flammarion avaient interjeté un recours à l'encontre de la décision de la COMCO. 88. Le 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a rendu l'arrêt B-4669/2013 concernant E5F. Cet arrêt – qui fait suite à la décision précitée de la COMCO et qui n'a pas été porté devant le Tribunal fédéral – est entré en force de chose jugée. Le Tribunal administratif fédéral a notamment jugé que « les accords passés entre [E5F] et OLF octroyant à celle-ci l'exclusivité de la distribution en Suisse des ouvrages édités par le groupe Madrigall 99 Protocole Cahart, I.

100 A 104, I. 160 ss et 290 ss.

101 A 15, Commentaires finaux, pp. 20 ss du PDF.

102 DPC 2018/2, 245, Marché du livre écrit en français.

E. 16

et prévoyant l'engagement pour [E5F] et les autres sociétés du groupe de ne pas ouvrir de compte à Paris pour des détaillants suisses ont eu pour effet de supprimer la concurrence efficace sur le marché pertinent durant la période de l'enquête et sont partant illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart » (consid. 18.5). Plus loin, il a ajouté que « l'interdiction faite à [E5F] d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse demeure nécessaire. De même, elle est la mesure la moins incisive à même de supprimer la restriction illicite constatée, de sorte qu'elle se justifie pleinement » (consid. 23), ou encore que « la décision attaquée doit être confirmée, en tant qu'elle interdit à [E5F] d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse » (consid. 25). Par ailleurs, E5F a finalement dû s'acquitter d'une sanction de CHF [...] ainsi que des frais de procédure. 89. En ce qui concerne Flammarion, le Tribunal fédéral a rendu l'arrêt 2C_44/2020 le 3 mars 2022. Cet arrêt – qui fait suite à l'arrêt B-3975/2013 rendu par le Tribunal administratif fédéral le 30 octobre 2019 ainsi qu'à la décision de la COMCO précitée – est entré en force de chose jugée. Le Tribunal administratif fédéral a interdit à Flammarion d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français en Suisse, ce qu'a confirmé le Tribunal fédéral. Plus précisément, le Tribunal fédéral a jugé qu'« [i]l convient pour le reste de confirmer l'interdiction faite à [Flammarion] d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrites en français [...]. L'interdiction faite à [Flammarion] de continuer d'entraver les importations parallèles de livres suisses au moyen de telles clauses contractuelles [...] apparaît ainsi nécessaire, tout en constituant la mesure la moins incisive afin de supprimer la restriction illicite constatée. Relevons que cette mesure s'applique à

tous les accords de distribution que peut conclure [Flammarion], indépendamment de la question de savoir s'ils concernent des ouvrages édités ou non par le groupe Flammarion. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral a considéré que les contrats de distribution exclusive passés entre [Flammarion] et [l'OLF] avaient également eu pour effet de supprimer la concurrence efficace en lien avec la distribution wholesale des ouvrages produits par le groupe Flammarion. Il a constaté que l'exclusivité territoriale octroyée à [l'OLF] supprimait de fait toute concurrence intramarque, de sorte qu'elle s'avérait également illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, quand bien même elle ne tombait pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. supra consid. 9.2 et 11.1). Il n'y a pas lieu de remettre en cause cette appréciation contre laquelle [Flammarion] ne soulève aucun grief dans ses écritures, qui ne semble pas violer le droit fédéral de prime abord et qui justifie le prononcé d'une mesure d'interdiction d'entrave à la concurrence au sens de l'art. 30 al. 1 LCart » (consid. 12.7). Par ailleurs, Flammarion a finalement dû s'acquitter d'une sanction de CHF 919'346.- ainsi que des frais de procédure. 90. Parallèlement à ce qui précède, dans le cadre des procédures de recours faisant suite à la décision de la COMCO, les autorités de recours ont jugé pour plusieurs parties que certains accords sanctionnés par la COMCO étaient couverts par le privilège de groupe (Konzernprivileg). Ce faisant, le Tribunal fédéral a toutefois précisé que si l'interdiction des importations parallèles par des accords intragroupes ne pouvait pas être sanctionnée en application de l'art. 5 LCart (en l'occurrence pour les parties Dargaud et Diffulivre), cela ne voulait pas encore dire qu'il n'existait pas d'abus de position dominante, 103 respectivement de pouvoir de marché relatif, dont la reconnaissance par le droit suisse a alors été explicitement mentionnée par les juges fédéraux. 104 91. Cette première enquête portant sur les livres écrits en français et les arrêts subséquents apportent ainsi un certain nombre d'informations sur le marché des livres en français, tant au

103 Ce qui n'a alors pas été examiné sur la seule base du fait que la question sortait de l'objet de la

procédure. 104 ATF 148 II 25 consid. 7.4, Dargaud ; ATF 148 II 521 consid. 6.2.7, Diffulivre.

E. 17

niveau du produit en soi que de ses mécanismes de diffusion/distribution. Partant, il y sera au besoin fait référence dans le cadre de la présente enquête.

B.3.2 La diffusion des livres Madrigall

B.3.2.1 L'organisation 92. En Suisse, la diffusion des livres Madrigall est assurée par E5F, respectivement des représentants de commerce qui sont employés par E5F. 93. Selon Madrigall, 105 le rôle du représentant est à la fois technique, de connaissance et d'acquisition de connaissance, mais aussi relationnel afin de veiller à une présence quotidienne en librairie au sein de la Suisse romande. Les représentants sont organisés par métier et sont des spécialistes de chaque typologie de l'offre éditoriale (spécialistes jeunesse/BD, de littérature, de poche, grands formats, etc.). Concrètement, les représentants divisent leur temps en trois parties : - l'acquisition de connaissances ; - les visites à la clientèle ; - le temps passé à rencontrer les libraires sur le territoire concerné. 94. Toujours selon Madrigall, un représentant suisse, comparé à un représentant français, diffère dans la mesure où tous les aspects propres au marché suisse sont connus par le représentant suisse et sont pris en compte dans la détermination et dans la mise en adéquation de l'offre avec la

demande. Les aspects propres au marché suisse sont en premier lieu culturels. L'organisation de chacun des libraires diffère également, ainsi que l'organisation de collections locales. Ces collections sont préparées avec des auteurs suisses dans le cadre d'une approche locale. Le rôle du représentant est donc de commercialiser, réassortir, dynamiser et faire vivre les catalogues en Suisse selon Madrigall. 106 95. En France, il existe des libraires de premier niveau, de second niveau, des grandes surfaces ainsi que des librairies en ligne. Pour chaque niveau de clientèle, il y a un représentant spécialisé. En Suisse à l'inverse, vu la taille du territoire, cette hiérarchisation des clients ne ferait pas de sens selon Madrigall. A la différence d'un représentant ultra spécialisé en France, un représentant en Suisse aura une hétérogénéité de clients : il gèrera par exemple Payot, des librairies de musées, des fondations, des librairies spécialisées BD, etc. 107 96. Sur la question de savoir si le pourcentage d'activité des diffuseurs par revendeur est lié au volume d'affaires et/ou plutôt au chiffre d'affaires des revendeurs, Madrigall indique que de manière générale, un représentant va passer plus de temps chez un client avec lequel Madrigall fait davantage de chiffre d'affaires. 108 97. Selon Madrigall, seule la part dévolue à la diffusion contenue dans le prix des ouvrages acquis en Suisse finance la diffusion en Suisse, à l'exception de toute autre rémunération des revendeurs à Madrigall ou à E5F. 109 Il en va notamment de même en France et en Belgique. 110

105 A 103, l. 144 ss ; A 143, réponse 15.

106 A 103, l. 154 à 157 et 166 ss.

107 A 103, l. 200 ss.

108 A 103, l. 263 à 268.

109 A 103, l. 304 à 308.

110 A 143, réponses 22 et 24.

E. 18

B.3.2.2 Le principe de diffusion/distribution exclusive des livres 98. Au cours de la procédure, Payot a expliqué que le modèle économique français de commercialisation du livre, appliqué dans le pays d'origine et dupliqué à l'export, repose sur un principe de diffusion/distribution exclusive. Cela signifie que, quels que soient la taille et le poids du fournisseur, les revendeurs n'ont pas d'alternative (qu'ils soient français ou suisses) : ils n'ont qu'une source d'approvisionnement possible pour chaque éditeur, soit en France pour les revendeurs français, et en Suisse pour les revendeurs suisses, à des conditions très différentes selon Payot. Cette dernière ajoute que le fournisseur peut ainsi fixer et imposer les conditions commerciales (prix de vente et prix d'achat) qu'il souhaite, sans que le revendeur ne puisse s'y opposer ni faire jouer la concurrence. 111 Payot mentionne ici l'exemple suivant : la 2e meilleure vente de l'année 2022 dans la catégorie « littérature francophone », soit L'anomalie d'Hervé Le Tellier, publiée par Gallimard, ne peut être obtenue que via la diffusion Gallimard, que ce soit en Suisse (diffusion E5F, distribution OLF) ou en France (diffusion Gallimard, distribution SODIS) si Payot avait un compte ouvert en France. 112 99. Toujours selon les explications de Payot, dans les modèles germanophone ou anglophone par exemple, la chaîne du livre est constituée de trois maillons indépendants les uns des autres : éditeurs, grossistes et libraires. Les livres des éditeurs sont proposés chez tous les grossistes, et le revendeur peut donc les mettre en concurrence. C'est ainsi le cas pour les livres germanophones importés en Suisse

alémanique. En revanche, ce n'est pas le cas en France, où chaque groupe dispose généralement d'un centre de distribution propre (en l'occurrence principalement deux pour le groupe Madrigall, soient la SODIS [catalogue Gallimard] et l'UD [catalogue Flammarion]). Ainsi, en France, un même livre ne peut être publié que par un éditeur, et commercialisé que par le seul diffuseur qui en a l'exclusivité. 113 Payot parle même de particularité française de concentration verticale, à savoir que l'édition, la diffusion ainsi que la distribution se retrouvent aux mains d'un même groupe, ce qui, doublé de la diffusion/distribution exclusive, empêche toute concurrence entre les fournisseurs. 114 100. Compte tenu de ce modèle « unique » de diffusion/distribution exclusive, Payot est d'avis que le choix au niveau des offreurs capables de répondre à une grosse demande en matière de quantité de livres – comme celle de Payot justement – reste limité au groupe concerné, en l'occurrence Madrigall. Ce grief sera abordé plus loin, au titre B.4.4.

B.3.2.3 La prise en charge de la diffusion par Payot elle-même ? 101. Dans le cadre de l'enquête s'est posée la question de savoir si Payot pourrait elle-même prendre en charge la diffusion des ouvrages Madrigall pour ses différentes enseignes. 102. Sur le principe, Madrigall ne verrait pas d'obstacles particuliers à une prise en charge de la diffusion par Payot elle-même. Toutefois, selon [...], Payot ne pourrait pas se charger de la diffusion elle-même, car les représentants en Suisse de Madrigall constitueraient une importante valeur ajoutée. Il prend pour exemple FNAC Suisse, qui n'est pas visitée par les représentants [...]. Il ajoute que le fait que les autres groupes d'éditions continueraient à utiliser leurs structures de diffusion suisses placerait Madrigall dans une situation de désavantage concurrentiel. Finalement, selon Madrigall, le travail de diffusion est clé au vu de l'obligation légale de diffusion envers les auteurs, respectivement les éditeurs. 115 103. Lors de son audition et à la question de savoir si, de façon générale, les libraires considèrent les services de diffusion comme essentiels en Suisse, Céline Besson a répondu

111 A 1, § 3.1 et 3.7 ; A 15, réponse 3.

112 A 15, réponse 3.

113 A 1, § 3.1.

114 A 15, commentaire concernant l'annexe c.15, p. 18 du PDF.

115 A 104, l. 210 ss.

E. 19

par l'affirmative, et a ajouté que les libraires romands ne pourraient pas se passer des diffuseurs. 116 Selon elle, ce sont des partenaires commerciaux de tous les jours et il serait assez inenvisageable de s'en passer. Les conditions de travail des libraires seraient clairement moins bonnes sans les diffuseurs. 117 104. Comme cela sera encore abordé plus loin (N 213 s.), il est également à noter que les visites des diffuseurs auprès des revendeurs représentent des critères qualitatifs permettant une remise additionnelle sur le PPHT, principe qui s'applique également en France. Partant et si Payot souhaite effectivement obtenir les mêmes conditions commerciales qu'en France, il faut dans tous les cas qu'elle remplisse les mêmes critères – en l'occurrence qualitatifs – qu'un revendeur français, y compris les critères relatifs aux visites des diffuseurs. 105. Vu ce qui précède, la question de savoir si Payot pourrait elle-même prendre en charge la diffusion des ouvrages Madrigall pour ses différentes enseignes peut rester ouverte. En effet et même si c'était possible sur un plan pratique, vu les impératifs légaux de diffusion des œuvres, vu les critères que doivent

également respecter les revendeurs français afin d'obtenir la remise maximale et vu la présence dans tous les cas d'une diffusion en Suisse pour les autres revendeurs, aucun coût substantiel de diffusion ne semble d'emblée pouvoir être économisé en Suisse, à l'avantage de Payot seule. Le but de la présente enquête n'est pas de remettre en cause le principe même d'une diffusion des ouvrages Madrigall en Suisse ou de mettre en discussion la nécessité, sur le principe, d'avoir une diffusion des ouvrages Madrigall en Suisse, quelle que soit la tentative de Payot de faire mine de pouvoir entièrement s'en passer et ainsi économiser les coûts de la diffusion en Suisse par rapport à la France. 118 La diffusion en Suisse est considérée en l'espèce comme étant une condition usuelle de la branche. En revanche et c'est ce qui sera examiné plus loin, il s'agira de déterminer quel est le surcoût effectif de la diffusion en Suisse par rapport à la France, si ce surcoût est justifié et dans quelle ampleur, et s'il peut être mis à la charge de Payot (N 239 ss et 493 ss).

B.3.2.4 Conclusion intermédiaire concernant la diffusion 106. Il ressort ainsi de ce qui précède qu'en Suisse, la diffusion des livres Madrigall est assurée en exclusivité par E5F et par E5F uniquement. En France, la diffusion des livres Madrigall est assurée en exclusivité par DLM et DLM uniquement. Si elle souhaite s'approvisionner en direct en France en livres Madrigall, Payot doit obligatoirement s'adresser à Madrigall et ses filiales – et en particulier à DLM, à la SODIS ou encore à l'UD – afin d'obtenir l'ouverture d'un compte.

B.3.3 La fixation du prix des livres en France 107. Dans le domaine du livre, pour fixer les conditions d'achat au niveau du marché de gros, il n'est pas raisonné en matière de « prix de cession », mais de taux de remise sur le prix de vente conseillé (respect. réglementé, comme en France et en Allemagne p. ex.), appliqué par le diffuseur. 119 Pour cette raison, les chiffres mentionnés dans la présente décision sont toujours exprimés sur la base du PPHT, étant par ailleurs relevé que le PPHT est également utilisé par Madrigall comme base de calcul du prix appliqué aux revendeurs suisses (N 375 ss). 108. La conséquence directe de la loi Lang et du protocole Cahart selon Madrigall est qu'en France, la marge du libraire est déterminée par la remise qui lui est consentie par le diffuseur dans la mesure où le prix de vente lui est imposé par l'éditeur. S'agissant du prix du marché suisse, en l'absence de réglementation sur le prix de revente des ouvrages, la marge de

116 A 136, l. 272 et 295.

117 A 136, l. 270 à 295.

118 A 65, réponse 16, p. 13.

119 A 1, § 3.1.

E. 20

manœuvre du libraire suisse serait sans commune mesure avec celle qu'il aurait s'il était en France. Dans ces conditions selon Madrigall, la remise maximale qui résulte de sa politique commerciale est fixée à [...] % en France dans un contexte légal permettant à l'éditeur de fixer un prix unique de l'ouvrage. 120 109. Lors de son audition, [...] a confirmé qu'en France, les conditions générales de vente (ci-après : les CGV) sont régulées à travers le protocole Cahart, qui prévoit des remises qualitatives et quantitatives, les premières devant être supérieures aux secondes. Certaines conditions sont obligatoires d'après ce protocole, d'autres non. Le libraire doit appliquer le prix légal, et les diffuseurs les conditions. 121

B.4 Les conditions préalables à l'examen des conditions spécifiques d'un approvisionnement direct

B.4.1 Remarque introductive

110. Avant d'examiner concrètement à quelles conditions Payot serait soumise dans le cadre d'un approvisionnement direct en livres Madrigall en France (N 202 ss) et en quoi ces conditions, le cas échéant, s'écarteraient des conditions dont bénéficient les enseignes françaises, l'état des négociations entre Payot et Madrigall sera préalablement examiné ci-après (titre B.4.2). Payot basant ses griefs en partie sur une prétendue discrimination par rapport à FNAC, le cas particulier de cette dernière sera ensuite abordé (titre B.4.3). Suivra alors l'analyse des alternatives envisageables pour Payot à l'acquisition de livres Madrigall par les canaux officiels (titre B.4.4), avant d'apprécier finalement la praticabilité effective d'un approvisionnement direct pour Payot (titre B.4.5).

B.4.2 L'état des négociations 111. Il est ici examiné dans un premier temps si Payot a bien tenté de négocier les conditions commerciales d'un approvisionnement direct avec Madrigall, avant de s'adresser aux autorités de la concurrence. 112. A la suite de l'entrée en vigueur en Suisse des nouvelles règles sur le pouvoir de marché relatif le 1er janvier 2022, Payot a débuté des négociations avec Madrigall le 20 janvier 2022, rendant par ailleurs Madrigall attentive à l'entrée en vigueur du nouveau droit suisse le 14 décembre 2021 déjà. 122 Le but était non seulement de demander l'ouverture d'un compte en France, mais également d'exiger de disposer de conditions équivalentes à celles dont bénéficient les enseignes françaises comparables. En résumé, Payot demandait un approvisionnement direct en France, 123 aux conditions françaises, ou alternativement une amélioration de ses conditions d'achat en Suisse afin de permettre une baisse des prix pour être plus compétitive. 124 La raison est à chercher dans les écarts de prix entre le pays d'origine et la Suisse romande, qui crée selon Payot une situation « intenable » en matière de compétitivité. 125 113. Dans une réponse du 11 mai 2022 à Payot, 126 E5F indique en substance que Payot ne peut pas invoquer un pouvoir de marché relatif vis-à-vis de E5F, étant donné que des canaux d'approvisionnements alternatifs ouverts existeraient en France. Sur ce point, E5F indique que

120 A 41, réponse 16.

121 A 104, l. 160 ss et 290 ss.

122 A 1, annexes b.1 et b.2, pp. 46 ss du PDF.

123 A 39, N 12.

124 A 1, § 3.6 et 4.2 ; A 1, annexe b.2, pp. 47 s. du PDF.

125 A 1, § 4.5.

126 A 1, annexe b.4, pp. 50 ss du PDF.

E. 21

les premières négociations sur le fait de s'approvisionner directement depuis la France remonteraient à 2012 et que les difficultés de ces négociations ne seraient pas liées au principe de l'approvisionnement de Payot depuis la France, qui serait acquis depuis 2012, mais à la base de remise d'achat demandé par Payot. Toujours selon E5F, Payot serait donc en mesure de s'approvisionner librement et directement en France depuis une quinzaine d'années, mais n'aurait pas fait ce choix commercial. Finalement, E5F indique à Payot que celle-ci peut se rapprocher en parallèle des discussions commerciales avec E5F de la structure de diffusion DLM à Paris – par [...] – pour connaître son prix d'achat en

s'approvisionnant directement en France, ainsi que les conditions logistiques de cet approvisionnement. 114. Dans un courrier du 13 mai 2022 adressé par Payot à Madrigall, 127 Payot conteste premièrement qu'un approvisionnement direct depuis la France aurait été possible depuis 2012 déjà. C'est bien Gallimard qui aurait mis fin aux discussions à ce sujet en 2012. Concernant un approvisionnement en direct, Payot indique qu'elle assurerait elle-même le transport depuis les centres de distribution de Madrigall vers la Suisse, le dédouanement ainsi que le traitement des flux. De plus, il n'y aurait qu'un flux de commande unique à traiter, que ce soit pour les réassorts quotidiens, les opérations commerciales ou les nouveautés. 115. Dans un courrier complémentaire du 13 mai 2022 toujours adressé par Payot à Madrigall, 128 Payot ajoute qu'en cas de mise en place d'un approvisionnement direct (par la SODIS et l'UD, soient les distributeurs français des livres Madrigall), cela signifierait que les conditions commerciales qui seraient accordées à Payot devraient être équivalentes à celles dont bénéficient des entreprises comparables opérant sur le territoire aussi bien français (p. ex. [...] et [...]) que suisse (FNAC Suisse). 116. Par courrier du 16 juin 2022, 129 Payot indique à Madrigall que si aucune proposition ne devait être trouvée pour le contrat de l'année en cours (2022) ainsi qu'une refonte des conditions qui entrerait en vigueur en janvier 2023 – des échéances convenues avec Madrigall selon Payot –, Payot étudierait plus en détail la solution de l'approvisionnement direct. Payot ajoute que par prudence, elle étudiera toutefois dès ce moment-là avec DLM les conditions qui lui seraient octroyées un cas d'approvisionnement direct, non seulement pour gagner du temps, mais également pour pouvoir comparer les deux solutions de manière chiffrée lorsque Madrigall aura fait sa proposition « en local ». 117. A la suite d'un rendez-vous le 29 août 2022 avec [...] de Madrigall dédiée aux grandes enseignes, Madrigall a communiqué une proposition de CGV qui seraient appliquées à Payot, 130 hormis la remise qui serait accordée pour un approvisionnement direct. 131 Selon Payot, deux sujets de première importance résultants des CGV Madrigall communiquées ne respectent pas les conditions usuelles de la branche en France, soit les délais de paiement ainsi que le droit de retour. 132 Payot a ainsi expressément contesté ces points auprès de Madrigall dans un courrier du 31 août 2022. 133 Selon Payot, les CGV Madrigall auraient été rédigées « sur mesure » afin de la dissuader de se diriger vers un approvisionnement direct. Les conditions précitées relatives aux délais de paiement ainsi qu'au droit de retour seraient non seulement inacceptables commercialement pour Payot et ne correspondraient pas aux usages, mais de plus elles entreraient de ce fait dans le cadre des « pratiques illicites » telles qu'elles seraient définies à l'art. 7 al. 2 LCart. Selon Payot en effet, dans les CGV Madrigall, les articles 4 (délai de paiement de [...] jours) et 7 (vente en compte ferme sans droit de retour) lui imposeraient des conditions discriminatoires vis-à-vis d'enseignes comparables françaises

127 A 1, annexe b.5, pp. 53 ss du PDF.

128 A 1, annexe b.6, pp. 56 s. du PDF.

129 A 1, annexe b.7, pp. 58 s. du PDF.

130 A 39, N 12 ; A 104, l. 355 s.

131 A 198, N 134.

132 A 1, § 4.2 ; A 1, annexe b.8, pp. 59 ss, en particulier pp. 60 et 63 du PDF.

133 A 1, annexe b.10, pp. 68 s. du PDF ; A 40, annexe 5.

(ainsi que FNAC Suisse). L'échéance de paiement serait de [...] jours pour les enseignes françaises comparables, 134 et même de [...] jours pour l'exemple de la librairie indépendante [...], étrangère à la France, mais dans un pays membre de l'UE. 135 Il en irait de même pour le droit de retour, dont bénéficieraient les enseignes françaises comparables, 136 ainsi que la librairie indépendante [...] précitée. 137 Payot ajoute qu'elle aura la même approche avec les conditions de remise qui lui seraient communiquées, qui doivent être équivalentes à celles dont bénéficient des enseignes comparables, en particulier FNAC Suisse. Finalement, Payot ajoute avoir déjà perdu beaucoup de temps avec les négociations, les premières discussions remontant à plus de 7 mois, et n'avoir reçu aucune réponse concrète et/ou acceptable aux différentes demandes qu'elle a émises et aux questions qu'elle a posées. Payot laisse alors clairement entendre qu'elle s'adresserait aux autorités suisses de la concurrence pour faire respecter la loi suisse, si elle ne devait pas obtenir des réponses à ses interrogations d'ici au 15 septembre 2022. 118. Payot n'aurait reçu aucune réponse de Madrigall dans le délai de réponse fixé au 15 septembre 2022, ce qui a, toujours selon Payot, motivé le dépôt de la dénonciation du 19 septembre 2022 auprès des autorités de la concurrence. 138 119. Payot résume la situation en indiquant que la question n'était pas seulement de savoir si Madrigall était prête à ouvrir un compte en France à Payot, mais surtout de savoir à quelles conditions elle le ferait (CGV et conditions commerciales de Madrigall). Pour être en mesure de s'approvisionner en France, il faut que Madrigall accepte d'ouvrir à Payot un compte « au prix du marché et aux conditions usuelles de la branche », ce que Madrigall refuserait de faire à ce jour selon Payot, vu que les conditions proposées ne correspondraient pas aux « conditions usuelles de la branche ». Quant au « prix du marché », Madrigall n'aurait pas envoyé à Payot de proposition concrète de remise commerciale pour mi-septembre 2022, contrairement à ce qui aurait été convenu. 139 Le fait que la remise qui serait accordée à Payot pour un approvisionnement direct ne lui ait pas été communiquée à ce stade est confirmé par Madrigall, qui considère pourtant qu'il s'agit là d'un élément essentiel pour une négociation visant à favoriser un flux français. 140 120. Immédiatement après le dépôt de la dénonciation et par courrier du 21 septembre 2022 adressé à Payot par Madrigall, 141 cette dernière lui a fait part de sa stupéfaction par rapport aux propos tenus dans l'article du quotidien Le Temps paru simultanément avec la dénonciation, 142 alors que des négociations étaient toujours en cours selon Madrigall. Celle-ci y a également contesté la manière dont les faits étaient relatés dans l'article en question et considéré comme choquante la teneur des propos utilisés. Madrigall termine toutefois en indiquant souhaiter que la négociation se poursuive avec Payot, dans un climat digne et serein.

121. Par courrier du 12 octobre 2022 adressé à Madrigall par Payot, 143 celle-ci relève que Madrigall n'a toujours pas apporté de réponses à toutes ses questions, à savoir en particulier à quelles conditions Madrigall serait prête à lui ouvrir un compte en France.

134 A 15, réponses 23 et 27 ; A 15, Commentaires finaux, pp. 20 s. du PDF.

135 A 15, réponse 23 et Commentaires finaux, p. 20 du PDF ; A 16, annexe 16.

136 A 15, réponse 24.

137 A 27, N 3.

138 A 1, § 4.2.

139 A 15, réponses 21 et 23.

140 A 198, N 134.

141 A 16, annexe 8 ; A 66, annexe 2.

142 A 3.

143 A 28, annexe 4.

E. 23

122. Le 25 octobre 2022, [...] a fait parvenir à Payot un certain nombre de réponses attendues par Payot, dont le taux de remise, annoncé à [...] % sur le PPHT français par Madrigall. 144 Il ressort de ces réponses qu'en ce qui concerne les questions du droit de retour ainsi que des échéances de paiement, des possibilités d'amélioration, respectivement de compromis, pourraient se dessiner entre Payot et Madrigall, même si les conditions précises resteraient à négocier. En ce qui concerne toutefois le niveau de la remise commerciale maximale de [...] % « afin de tenir compte notamment des différents coûts de diffusion/distribution inhérents à [l'activité de Madrigall] en Suisse », Payot estime que ces [...] % maximum ne correspondent à rien, en tout cas pas aux conditions commerciales usuelles de la branche (qui sont généralement de [...] % maximum, N 208 ss). Cette remise commerciale de [...] % est totalement inacceptable selon Payot. Toujours selon elle, l'argument avancé pour justifier un tel niveau de remise n'aurait aucun sens, vu que Payot assurerait elle-même la distribution, étant entendu que les coûts des autres activités de Madrigall en Suisse n'ont pas à être financés par Payot. Quant à la diffusion selon Payot, elle devrait faire l'objet d'une remise supplémentaire pour la librairie, plutôt qu'une pénalité. Payot ajoute qu'elle n'envisage pas, dans le schéma d'un approvisionnement direct, de maintenir le système actuel des visites mensuelles dans chaque point de vente, qui n'auraient aucune valeur ajoutée selon elle. Finalement, Payot qualifie d'« indécente » cette proposition de conditions commerciales et comme étant une nouvelle manœuvre destinée à la dissuader de s'orienter vers un approvisionnement direct. Le but de Madrigall serait de maintenir Payot dans un marché suisse verrouillé. 123. Vu ce qui précède et par courrier du 28 octobre 2022, 145 Payot a ainsi indiqué à Madrigall que le taux de remise de [...] % maximum ne correspondait à rien, et en tout cas pas aux « Conditions de vente applicables aux catalogues de la diffusion Gallimard réservées aux librairies », édition d'août 2021, que Payot dit s'être procurées et qui prévoient une remise totale maximale de [...] %. A l'exception de la Pléiade ([...] %), Payot indique que vu ses volumes et configurations d'achats, qu'il s'agisse des remises quantitatives ou qualitatives, elle atteindrait bien [...] % dans toutes les catégories d'ouvrages. Quant aux « coûts de distribution en Suisse » avancés par Madrigall pour justifier sa proposition de remise maximale théorique de [...] %, Payot indique que Madrigall n'aurait aucun coût de distribution « suisse » pour ce qui concerne les flux Payot, en cas d'approvisionnement direct par Payot. Celle-ci ajoute encore que dans leurs contrats avec les éditeurs, les diffuseurs français prélèvent une commission (de [...] à [...] %) sur les ventes, qui comprend la diffusion, la distribution et la remise des libraires « world wide », et par conséquent la Suisse y est incluse. 146 De ce fait selon Payot, les coûts de diffusion « de base » sont déjà financés par les éditeurs, y compris pour la Suisse. Seul un « surcoût » suisse, lié au niveau de salaire plus élevé – encore que ce surcoût soit sensiblement atténué par de moindres frais pour les représentants suisses par rapport aux équipes de diffusion françaises de province, puisque la taille du pays limite leurs déplacements kilométriques et qu'il n'y a pas de nuitées d'hôtel – pourrait se justifier selon Payot. Elle conclut en indiquant que les arguments que Madrigall avance pour limiter à [...]

% la remise commerciale de Payot ne sont pas recevables, et qu'elle estime légitimement (et légalement) pouvoir bénéficier des conditions de vente applicables aux différentes diffusions Madrigall réservées aux librairies françaises. Il résulte donc très clairement du courrier de Payot du 28 octobre 2022 que la remise commerciale maximale de [...] % proposée par Madrigall était refusée par Payot. 124. Madrigall a répondu à Payot par courrier du 22 novembre 2022. 147 Encore une fois, en ce qui concerne les questions du droit de retour ainsi que des échéances de paiement, des

144 A 31, N 3 ; A 32, annexe 2 ; A 42, annexe F.

145 A 33 ; A 40, annexe 8.

146 Madrigall conteste ce chiffre et indique que chaque diffuseur/distributeur fonctionne de façon différente, A 103, l. 287 s. 147 A 36 en lien avec A 40, annexe 6.

E. 24

compromis semblent possibles, même si les conditions précises resteraient à négocier. 148 En ce qui concerne toutefois le niveau de la remise commerciale – déjà annoncée à [...] % sur le PPHT français par [...] le 25 octobre 2022 et fortement critiquée par Payot –, ce niveau de remise est confirmé par DLM, soit le diffuseur des livres Madrigall. Madrigall indique à ce sujet que ce taux de remise tient compte d'un coût de diffusion spécifique à la Suisse et supporté intégralement par E5F, autant pour ses représentants que pour leur encadrement. Les points de vente Payot représenteraient plus de [...] % du chiffre d'affaires que les représentants de Madrigall réaliseraient en Suisse à travers leurs visites. Toujours selon [...], cette organisation correspondrait à l'engagement que Madrigall aurait vis-à-vis de ses éditeurs d'assurer une représentation commerciale de leurs marques sur les marchés étrangers. Cela permettrait à Madrigall, au-delà de la présentation du programme de nouveautés à tous ses clients, d'animer ses fonds, qui représenteraient [...] % de son activité. Madrigall considère ses équipes de ventes comme un atout, que ce soit en France ou à l'étranger, dans un environnement concurrentiel qui se renforcerait. A cela s'ajouterait un coût de distribution additionnel par rapport à la configuration précédente, lié au doublement des flux selon Madrigall : l'ensemble des flux Payot se rajouterait au flux actuel de l'OLF qui continuerait d'exister, pour ce qui est de la préparation et du suivi des commandes, de la gestion des retours ainsi que du recouvrement. Le niveau de remise maximale proposé par Madrigall de [...] % est ainsi confirmé par celle-ci, malgré le fait que Payot s'y était expressément opposée et avait en outre mentionné les raisons pour lesquelles ce taux n'était pas acceptable. 125. Dans sa prise de position devant le Secrétariat du 14 décembre 2022, 149 Madrigall indique que les conditions d'une éventuelle relation commerciale entre elle et Payot seraient encore en phase de négociations, et que la dénonciation de Payot serait intervenue à un stade particulièrement prématuré de cette future relation commerciale. Payot n'aurait tout simplement pas attendu l'aboutissement des négociations avec DLM avant de procéder à sa dénonciation. Payot se serait contentée d'envoyer un unique courrier après avoir reçu le projet de CGV, de fixer unilatéralement de multiples délais serrés, puis de déposer sa dénonciation quatre jours après l'écoulement de ces délais sans même prendre la peine de recontacter DLM. Madrigall conclut en indiquant qu'il n'est tout simplement pas possible de déterminer l'existence d'un abus si les négociations ne sont pas à un stade avancé ou dans une impasse. 150 Les CGV seraient le point de départ des négociations selon Madrigall, les conditions particulières retenues à la fin des négociations s'en écartant très fréquemment, voire systématiquement, pour autant

que le libraire puisse fournir certaines assurances quant à son organisation et sa solidité financière. Selon Madrigall, c'est sur cette base que Payot et DLM « discuteraient actuellement » de l'éventuelle organisation d'un droit de retour en parallèle de la relation OLF et des garanties financières permettant d'allonger les délais de paiement qui seraient applicables à Payot. Madrigall considère donc que l'état des négociations avec Payot ne permettrait pas d'établir l'existence ou non d'un abus de pouvoir de marché relatif. 151 126. Spécifiquement en ce qui concerne le droit de retour, Madrigall indique dans ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat qu'en pratique, les retours étant négociables avec la diffusion, la vente en compte ferme de livres sans droit de retour ne peut pas être considérée comme faisant partie des conditions usuelles de la branche en France, applicables à toutes les librairies ou enseignes françaises, sauf pour certaines catégories

148 A 39, N 81 ; Madrigall relativise toutefois les réponses de DLM du 22 novembre 2022 dans sa prise

de position du 14 décembre 2022, et laisse entendre qu'en l'état actuel, un droit de retour intégral et permanent ne pourrait être accordé à Payot dans le cadre d'un approvisionnement direct, A 39, N 78 s. ; A 41, réponse 7, où Madrigall indique finalement que les retours sont négociables avec la diffusion, mais qu'il serait impératif de pouvoir identifier les comptes et les flux de retours afin de pouvoir générer les avoirs pour retour. 149 A 39, remarques introductives et N 13.

150 A 39, N 53 s.

151 A 39, N 57 s. ou encore N 69.

E. 25

comme La Pléiade ou dans le cas d'opérations de baisse de prix. Pour les ventes export hors UE, la vente en compte ferme sans droit de retour serait toutefois le postulat de départ, premièrement en raison de l'obligation impérative d'identifier les flux retour et de garantir la gestion des flux, mais également pour limiter le risque financier du diffuseur/distributeur. Il existerait donc toujours des CGV, et parallèlement des Conditions particulières de vente, qui constitueraient le résultat final de la négociation commerciale propre à chaque client. 152 127. Spécifiquement en ce qui concerne les délais de paiement, Madrigall indique dans ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat qu'en matière de vente de livres, les échéances de paiement sont définies librement et se situent en France généralement autour des [...] jours selon le contenu des contrats négociés. 153 128. Au final, Madrigall indique qu'elle est disposée à ouvrir un compte en France à toute librairie ou enseigne suisse qui en ferait la demande, et cela aux conditions suivantes : 154 - vente ferme (pas de droit de retour) et paiement à [...] jours, étant entendu que ces deux points pourraient être négociés dès lors que le client apporterait des garanties suffisantes pour la gestion des flux retours et concernant sa solvabilité financière ; - niveau de remise proposée allant d'un minimum garanti de [...] % à [...] % du PPHT français, afin de tenir compte notamment des différents coûts de diffusion/distribution inhérents à l'activité suisse ; - acceptation par le client des visites des représentants suisses de E5F ; - gestion du compte par DLM, interlocuteur direct du client ; et - mise à disposition des marchandises uniquement selon les modalités ex works. 129. A la question supplémentaire du Secrétariat de savoir si Madrigall serait disposée à appliquer les prix du marché français et les conditions usuelles de la branche en France à toute librairie ou enseigne suisse qui

obtiendrait l'ouverture effective d'un compte en France, celle-ci répond que s'agissant des conditions de retour et de paiement, sous réserve d'obtenir les garanties attendues, le droit de retour pourrait être autorisé (sauf exception) et le paiement à [...] jours admis. Concernant le niveau de la remise, Madrigall indique que DLM ne peut pas appliquer aux libraires et enseignes suisses la même remise que celle garantie à toutes les librairies françaises indépendantes. Une remise maximale de [...] % intègre les coûts spécifiques à la Suisse selon Madrigall. 155 Madrigall affirme avoir justifié en détail les surcoûts allégués auprès de Payot. 156 Cela ne ressort toutefois pas du dossier, les explications de Madrigall se limitant à indiquer que la remise maximale de [...] % se justifie par un surcoût pour un libraire suisse par rapport à un libraire français. 130. Par courrier du 27 février 2023, 157 Madrigall indique à nouveau au Secrétariat que les autorités de la concurrence se sont, selon elle, immiscées dans des négociations en cours entre des parties privées, respectivement que l'ouverture de l'enquête serait intervenue alors que des négociations commerciales étaient en cours entre Madrigall et Payot. L'ouverture de l'enquête contribuerait à une complexification des négociations, ce que Madrigall regrette. Lors de son audition du 4 avril 2023, [...] a considéré que les négociations étaient toujours en cours, que ce soit en matière d'approvisionnement direct ou dans tout autre domaine commercial. 158 Il a toutefois précisé que la dénonciation de Payot auprès de la COMCO exerçait sur Madrigall

152 A 41, réponse 12.

153 A 41, réponse 13.

154 A 41, réponse 15.

155 A 41, réponse 16.

156 A 198, N 158 ss.

157 A 68.

158 A 103, l. 74 à 82 et 134 à 138.

E. 26

une pression excessive à la fois juridique, médiatique et commerciale, et laissé entendre qu'il était très difficile de négocier dans ces conditions. 159 131. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, 160 Madrigall avance encore que la Proposition du Secrétariat du 8 avril 2024 ferait une lecture totalement erronée de l'état des négociations et du refus de Madrigall d'accepter un taux de remise supérieur à [...] %. Madrigall n'aurait jamais adressé une offre finale ou non négociable, mais aurait au contraire toujours adopté une attitude ouverte à la discussion et au dialogue avec Payot. 161 Par ailleurs, l'observation de marché menée par le Secrétariat – à ce stade n'est en effet encore ouverte aucune enquête – aurait restreint les ressources disponibles de Madrigall pour la conduite de négociations commerciales avec Payot. 162 A cela s'ajoute encore que Payot n'aurait jamais fait de contre-offre selon Madrigall, alors qu'elle aurait dû y procéder. 163 132. Vu ce qui précède, il est premièrement constaté qu'en vertu des déclarations mêmes de Madrigall, s'agissant des conditions de retour et de paiement et sous réserve d'obtenir les garanties attendues de la part de Payot, le droit de retour pourrait être autorisé (sauf exception) et le paiement à [...] jours admis. Vu les différents courriers et prises de position exposés ci-dessus, il semble dans tous les cas objectivement réaliste de retenir qu'un accord doit, le cas échéant, pouvoir être trouvé entre Payot et Madrigall sur ces deux points. A ce sujet, il peut par ailleurs être relevé que Madrigall indique expressément que « ces deux points font

l'objet de négociations toujours en cours », ce qu'elle se garde toutefois bien d'indiquer juste après, s'agissant du taux de remise. 164 133. C'est donc bien davantage la remise maximale théorique de [...] % sur le PPHT français proposée à Payot par Madrigall qui constitue en quelque sorte le nerf de la guerre en l'espèce, vu que les conditions commerciales usuelles de la branche portent généralement sur un maximum de [...] % en tout cas en France et en Belgique, étant rappelé que le système applicable sur le marché belge ne se distingue pas du marché français. 165 Il convient donc d'examiner si ce taux pouvait effectivement encore faire l'objet de négociations entre Payot et Madrigall – comme le laisse entendre cette dernière qui affirme à plusieurs reprises que les autorités de la concurrence seraient intervenues trop tôt –, ou si le taux en question était définitif et n'entendait plus être rediscuté par Madrigall, respectivement ne plus être rediscutable. 134. D'un point de vue factuel, il n'est pas contesté qu'en parallèle aux discussions commerciales avec E5F, Payot s'est rapprochée de DLM – par [...] – pour connaître son prix d'achat si elle s'approvisionnait directement en France, ainsi que les conditions logistiques d'un tel approvisionnement. Des discussions ont donc bien eu lieu entre Payot et Madrigall par DLM. Indépendamment de la question de l'existence ou non d'un refus direct d'ouvrir un compte en France – qui ne se pose pas en l'espèce –, il convient de se demander si Madrigall poursuit une stratégie de retardement ou de report vis-à-vis de Payot en ce qui concerne un éventuel approvisionnement direct. Or, il n'est souvent pas possible de prouver directement une telle stratégie et donc quasiment la volonté d'une entreprise. Il existe ainsi un certain parallélisme avec ce que l'on appelle les faits intérieurs chez les personnes physiques (connaissance et volonté). 166 Dans un tel cas, il est généralement admis que la « volonté » de l'entreprise puisse également être déduite à l'aide d'indices.

159 A 103, I. 383 à 395.

160 A 198.

161 A 198, N 130 ss.

162 A 198, N 143.

163 A 198, N 146 in fine et 164.

164 A 39, N 81 et 82.

165 A 143, réponse 27.

166 Voir à ce sujet p. ex. ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.4.

E. 27

135. En l'espèce, il est constaté que le 16 juin 2022 déjà, Payot indiquait qu'elle allait étudier « dès ce jour » avec DLM les conditions qui lui seraient octroyées en cas d'approvisionnement direct. Or, ce n'est que par courrier du 25 octobre 2022 que DLM a communiqué à Payot le niveau de la remise commerciale maximale de [...] % sur le PPHT, ce que Madrigall considère comme étant une offre. 167 Le 28 octobre 2022, Payot a immédiatement indiqué à Madrigall que le taux de remise de [...] % ne « correspondait à rien », et en tout cas pas aux « Conditions de vente applicables aux catalogues de la diffusion Gallimard réservées aux librairies ». Madrigall comprend ce courrier comme constituant une contre-offre portant sur le fait que la remise doit atteindre [...] %, sauf pour la collection de la Pléiade. 168 Madrigall était donc consciente dès réception du courrier du 28 octobre 2022 que le taux de [...] % n'était pas accepté par Payot. Cela n'a toutefois pas

empêché Madrigall de confirmer ce taux par deux fois, soit par courrier du 22 novembre 2022 – Madrigall considérant qu’il s’agit de nouvelles contre-offres alors que le taux de remise de [...] % est à nouveau identique –, 169 puis encore dans ses réponses du 14 décembre 2022 au questionnaire du Secrétariat. Dans ses réponses du 21 juin 2023, Madrigall exposera finalement et pour la première fois par le menu comment le taux de remise de [...] % offert à Payot aurait été calculé. 170 Au terme du même courrier, Madrigall indiquera certes laconiquement être « disposé[e]s à discuter de chacun de ces points avec Payot dans le cadre de la procédure actuelle », mais elle s’empresse immédiatement de mettre Payot en garde sur les risques d’affaiblissement de l’enseigne en cas d’approvisionnement direct. 171 Dans son courrier du 28 juillet 2023, Madrigall mettra ensuite plusieurs fois en doute l’intégrité et la santé financière de Payot, 172 ce qui semble pour le moins peu propice à améliorer un climat de négociation que Madrigall qualifie de délétère, mais dont elle ne serait en tout cas pas à l’origine. 173 Quant à Payot, elle confirmera le 1er septembre 2023 l’absence de toute négociation avec Madrigall depuis le début de l’année 2023, tout en ajoutant ne disposer d’aucun moyen de pression, de contrainte ou d’alternative face à un fournisseur qui ne veut pas négocier. 174 136. L’ensemble des indices mentionnés ci-dessus forment une image globale cohérente selon laquelle Madrigall n’est pas concrètement prête à proposer spontanément un taux de remise plus important, à négocier (et non pas seulement à « discuter ») le taux de remise proposé ou encore ne serait-ce qu’à prendre contact avec Payot en ce sens. Il n’y a pas de doute sérieux et insurmontable à ce sujet. A la lecture de la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024, il est même constaté que selon Madrigall elle-même, une négociation aurait bien eu lieu entre les parties, avec offre et plusieurs contre-offres. 175 Madrigall semble toutefois ignorer ici que le simple fait de confirmer systématiquement la même offre initiale ne constitue pas – quoi qu’elle en dise – en une « nouvelle contre-offre », mais simplement une confirmation qu’elle n’entendait pas s’écarter de son offre initiale, expressément refusée par Payot, cette dernière n’ayant plus alors à refuser une nouvelle fois des « contre-offres » de Madrigall qui n’en étaient en réalité jamais une. 176 Il apparaît donc, au vu de l’ensemble des circonstances, qu’il est établi sans aucun doute que Madrigall n’est pas prête à négocier le taux de remise maximale de [...] % proposé. Le fait que, depuis la dénonciation de Payot puis l’intervention des autorités de la concurrence, Madrigall avance pour la toute première fois dans sa prise de position du 10 juin 2024 et à demi-mot que Payot pourrait obtenir une remise

167 A 198, N 137.

168 A 198, N 138.

169 A 198, N 139.

170 A 143, pp. 19 s.

171 A 143, p. 20.

172 A 148, notamment pp. 7 et 9.

173 A 198, N 145.

174 A 157, chiffre 2.1 p. 4.

175 A 198, N 137 à 148.

176 A 198, N 146 in fine et 164.

E. 28

supérieure à [...] % mais qu'elle ne satisfait de toute manière pas à l'ensemble des critères, 177 est bien tardif et n'y change rien.

137. Il est également relevé qu'une dénonciation devant les autorités de la concurrence ne ferme aucunement la porte à des négociations ou des reconsidérations spontanées, en particulier au début d'une procédure. En l'occurrence, Madrigall aurait largement eu tout loisir de proposer à Payot de négocier le taux de remise, tout au long de l'observation de marché puis éventuellement au début de l'enquête des autorités de la concurrence, ou alors d'informer expressément les autorités précitées que ce taux pourrait précisément faire l'objet d'une nouvelle négociation ou d'une reconsidération suivant les circonstances. Elle ne l'a toutefois pas fait, se contentant de laisser entendre à ce sujet que les négociations étaient toujours en cours. Une telle affirmation unilatérale et dénuée d'effets concrets ne suffit pas, en l'absence de tout élément tangible qui démontrerait une volonté effective de poursuivre la négociation ou de reconsidérer les conditions commerciales proposées. Finalement, une partie visée par une enquête de droit de la concurrence ne saurait demander la suspension de celle-ci en vue de négocier un éventuel accord (cf. N 35 ss) au-delà du début de l'enquête, et en tous les cas pas lorsque l'enquête se trouve dans sa phase finale comme cela a été le cas en l'espèce. Accepter une telle façon de procéder irait à l'encontre du principe d'économie de procédure, de la sécurité du droit et rendrait dans une large mesure le droit des cartels inapplicable. Il y a lieu de relever qu'il s'est écoulé deux mois entre la demande de suspension de procédure de Madrigall et l'envoi de la Proposition du Secrétariat, temps qui aurait pu être utilisé par Madrigall pour négocier avec Payot indépendamment de la décision du Secrétariat de donner suite ou non à la demande de suspension de la procédure, étant également souligné qu'il ne s'agissait pas d'une demande commune de suspension de la procédure, mais bien d'une demande individuelle de Madrigall à laquelle Payot, interpellée par le Secrétariat, ne s'est pas opposée. 178 138. Finalement, Madrigall, dans sa prise de position du 10 juin 2024, met également en doute la volonté sérieuse de Payot de procéder à un approvisionnement direct. Ainsi, Pascal Vandenberghe aurait mentionné, lors d'une interview télévisée en 2023, que Payot ne souhaitait « pas forcément » un approvisionnement direct. Pascal Vandenberghe serait également l'auteur d'autres contradictions, par exemple en ce qui concerne sa position sur le prix unique du livre, sur la responsabilité de Payot vis-à-vis des libraires indépendants, sur la date de sa démission du poste de directeur général de Payot ou sur les prix de détail généralement plus élevés en Suisse. 179 Ces arguments sont toutefois hors sujet. La seule chose pertinente est qu'il est prouvé que Payot a souhaité mettre en place un tel approvisionnement et a entamé les démarches y relatives en demandant à Madrigall l'ouverture d'un compte en France et les conditions correspondantes (N 111 ss). Si Payot poursuit d'autres alternatives que l'approvisionnement direct, ce qui a dû être le cas au moins au début, cela ne peut pas être interprété à son détriment, d'autant plus que la volonté de Payot de procéder à un approvisionnement en direct, a été confirmé à plusieurs reprises au cours de la procédure, y compris par la nouvelle direction. 180 139. Vu ce qui précède, il y a ainsi lieu de constater, d'une part, un échec des négociations et, d'autre part, l'absence de négociations en cours en ce qui concerne le taux de remise dont bénéficierait Payot en cas d'approvisionnement direct.

B.4.3 Le cas particulier de FNAC Suisse 140. Comme vu ci-dessus, Payot estime que les conditions commerciales qui devraient lui être accordées par Madrigall devraient être

équivalentes à celles dont bénéficie FNAC Suisse 177 A 198, N 214.

178 A 161 et A 165.

179 A 198, N 174, 185 et 419.

180 A 165 et A 197.

E. 29

(N 115 et 117). Il y a donc lieu d'examiner ci-après le cas particulier que représente FNAC Suisse, et de déterminer si la situation de FNAC Suisse est comparable à celle de Payot.

141. Selon Payot, FNAC Suisse s'approvisionnerait directement en France depuis fin 2012, ce qui – par rapport à elle – constituerait une discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales au sens du droit suisse des cartels. Seule une amélioration sensible par Madrigall des prix d'achat de Payot dans le modèle actuel d'approvisionnement en Suisse pourrait mettre fin à cette discrimination selon Payot. 181 142. Dans ses réponses du 6 octobre 2022, Payot semble toutefois admettre qu'en réalité, FNAC Suisse ne s'approvisionne pas en direct en France, mais qu'elle est approvisionnée par FNAC France, qui elle s'approvisionne bien en France. C'est donc les CGV (et les conditions de remise) de FNAC France qui s'appliqueraient indirectement à FNAC Suisse. 182 143. Madrigall estime pour sa part que la comparaison que fait Payot avec la situation de FNAC Suisse n'est pas pertinente en raison du fait que FNAC Suisse n'est pas un partenaire contractuel de Madrigall, respectivement que FNAC Suisse [...]. 183 Madrigall ajoute que pour l'essentiel de son flux, FNAC Suisse s'approvisionne quasi exclusivement auprès de sa société mère française FNAC : GROUPE FNAC-DARTY (donc « FNAC France »), laquelle s'approvisionne elle-même en amont auprès de Madrigall et seulement ponctuellement [...] (N 144). C'est donc les volumes d'achat de l'entité française FNAC France qui fondent la relation commerciale entre Madrigall et FNAC France, ce à quoi s'ajoute que Madrigall n'a pas à supporter de coûts additionnels liés à la distribution et la diffusion en Suisse, vu que FNAC France – qui joue le rôle d'une centrale d'achat pour la Suisse – s'en charge pour sa filiale. 184 Les conditions commerciales qui sont décidées entre FNAC Suisse et FNAC France pour la revente des ouvrages résultent selon Madrigall de rapports intragroupes qui échappent au contrôle de Madrigall. La situation de FNAC Suisse ne serait donc aucunement comparable à celle de Payot selon Madrigall. 185 144. Madrigall précise que FNAC Suisse aurait [...] pour une toute petite partie de son activité, qui représenterait un peu moins de CHF [...] par année. [...]. Par ailleurs, les quelques créations éditoriales spécifiques suisses ne seraient disponibles qu'à travers E5F. 186 145. Vu ce qui précède et vu en particulier que Payot semble aussi l'admettre, il sera retenu que la situation de FNAC Suisse est très particulière et qu'on ne saurait affirmer sans fortes nuances que FNAC Suisse s'approvisionne en direct en France. Partant, la situation de FNAC Suisse n'est effectivement pas comparable à celle de Payot et il ne sera pas examiné plus en avant si Madrigall impose des conditions discriminatoires à Payot par rapport à FNAC Suisse, qui ne s'approvisionne pas en direct en France au sens où on l'entend dans le cadre de la présente procédure. Néanmoins, la FNAC suisse est considérée comme le principal concurrent de Payot sur le marché du livre en Suisse romande avec 20 points de vente en Suisse romande. 187

B.4.4 Les alternatives envisageables pour Payot 146. Dans le cadre de la présente enquête, les alternatives envisageables pour Payot à l'acquisition de livres Madrigall par les canaux officiels pourraient être les suivantes :

181 A 1, annexe b.6, pp. 56 s. du PDF ; A 15, réponses 11 et 33 ; voir aussi A 65, commentaire final et

conclusion, let. e. 182 A 15, réponses 29 et 30.

183 A 103, l. 547 ; A 159.

184 A 104, l. 200 ss concernant spécifiquement la diffusion pour FNAC Suisse.

185 A 39, N 72 à 76 ; voir aussi A 104, l. 190 ss.

186 A 103, l. 524 ss.

187 <<https://www.fr.fnac.ch/localiser-magasin-fnac/w-4>> (28.10.2024).

E. 30

- Payot pourrait cesser la vente de livres Madrigall (N 148 ss) ; - Payot pourrait acquérir des livres Madrigall auprès de grossistes (N 171 ss) ; - Payot pourrait acquérir des livres Madrigall sur le marché gris (N 183 ss). 147. Il sera analysé ci-après quelles seraient les conséquences pour Payot du recours à ces alternatives, respectivement si elles pourraient être considérées comme raisonnables.

B.4.4.1 Arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot ?

B.4.4.1.1 Déclarations des parties 148. Payot vend aux clients finaux des livres édités et/ou diffusés par le groupe Madrigall. Plus généralement, Payot commercialise l'intégralité des titres de tous les éditeurs faisant partie du groupe Madrigall, comme d'ailleurs de tous les éditeurs français et francophones, qu'ils soient diffusés en Suisse ou pas. 188

149. Selon Payot, il serait totalement inenvisageable si elle ne pouvait plus du tout proposer des livres Madrigall. Le catalogue du groupe Madrigall est en effet particulièrement important (environ 40'000 titres de 9'000 auteurs différents, parmi lesquels une quarantaine de récipiendaires du prix Goncourt, de même qu'une quarantaine de récipiendaires du prix Nobel de littérature). 189 Par définition et toujours selon Payot, une librairie généraliste doit pouvoir proposer l'intégralité de l'offre disponible en langue française, que ce soit par son offre en magasin, ou par les commandes clients en magasin ou en ligne (où l'intégralité des titres disponibles en langue française est présentée). Les livres ne sont pas interchangeables, et chaque livre doit pouvoir être proposé aux clients. Chaque livre fait l'objet de droits dont dispose l'éditeur. Un même livre ne peut être publié que par un éditeur, et commercialisé que par le seul diffuseur qui en a l'exclusivité. C'est ce modèle de diffusion/distribution exclusive qui est, selon Payot, à l'origine de la dépendance totale et absolue des revendeurs vis-à-vis des diffuseurs. Payot ajoute qu'aucun libraire romand, même spécialisé, ne pourrait se passer des livres du groupe Madrigall. 190 150. Madrigall quant à elle conteste la substituabilité restreinte des livres. Elle indique que pour la grande majorité du catalogue du groupe Madrigall, le choix du consommateur final se baserait en principe davantage sur un thème ou une catégorie d'ouvrages (p. ex. cuisine, tourisme, jeunesse, polar) plutôt qu'une édition ou un auteur particulier. L'existence d'une dépendance à l'assortiment doit être niée selon Madrigall, faute d'attentes particulières du consommateur. La gamme de Payot serait suffisamment étendue et diversifiée pour qu'il existe des alternatives suffisantes, sans que Payot ou son niveau de compétitivité ne souffre d'inconvénients particuliers en cas d'absence de certains ouvrages secondaires diffusés par Madrigall dans un de ses rayons. Toujours selon Madrigall, le consommateur moyen ne se rendrait pas chez un concurrent de Payot du seul fait que, parmi les très nombreux guides de

voyage pour la destination de ses vacances, ceux diffusés par Madrigall ne serait pas en rayon. Madrigall termine en indiquant qu'elle ne peut exclure que, pour certains ouvrages de littérature qu'elle distribue et qui jouissent d'une grande notoriété, il puisse exister une forte demande liée à ces ouvrages spécifiques (p. ex. les prix Nobel de littérature). 191

188 A 15, réponse 1.

189 <www.gallimard.fr/Footer/Ressources/Le-groupe-Madrigall#> (18.12.2023).

190 A 15, réponses 12 à 15 ; A 157, chiffre 2.3 p. 5.

191 A 39, N 36 ss.

E. 31

B.4.4.1.2 Confusion entre le niveau « wholesale » et le niveau « retail » 151. Dans un premier temps, il doit être constaté que dans ses écritures, Madrigall mélange indistinctement le niveau « wholesale » et le niveau « retail », en indiquant d'une part qu'en l'espèce, la relation entre Madrigall et Payot s'inscrit au niveau « wholesale », 192 mais en se plaçant immédiatement au niveau « retail » quand il s'agit de déterminer les préférences des consommateurs finaux et la substituabilité supposée des ouvrages. 193 Il est vrai que les préférences des consommateurs finaux ont certes une influence sur l'assortiment que les libraires se doivent de proposer, à savoir que ceux-ci ne vont proposer que les ouvrages qu'ils sont potentiellement amenés à pouvoir vendre. Toutefois, se placer exclusivement au niveau des consommateurs finaux pour évaluer la substituabilité des ouvrages au niveau « wholesale » ne permet pas d'appréhender la réalité du terrain au niveau des revendeurs de livres, comme cela sera encore confirmé dans les titres qui vont suivre. En d'autres termes, c'est bien au niveau « wholesale » – à savoir au niveau du marché de gros – que la question de la substituabilité des ouvrages doit être examinée en priorité, et non au niveau « retail » – à savoir au niveau du consommateur final qui se rendrait chez un libraire pour acquérir un livre.

B.4.4.1.3 Importance de l'assortiment Madrigall 152. Avant d'analyser l'importance concrète du catalogue Madrigall pour Payot, il convient de relever plusieurs éléments. A titre préliminaire, il est précisé que le catalogue Madrigall sera examiné comme un ensemble (assortiment complet), car il ressort de l'enquête que les libraires généralistes romands comme Payot proposent et se doivent de proposer à leurs clients l'intégralité du catalogue Madrigall, sur commande ou directement du stock. Cela correspond aux déclarations de Céline Besson (détaillées sous N 163 ci-dessous) ainsi qu'aux constatations du Tribunal administratif fédéral dans la précédente enquête des autorités de la concurrence sur les livres en français (N 165 ss). Au-delà des livres individuels, dont il est évident que certains sont plus connus et/ou réputés que d'autres, c'est donc bien l'ensemble des livres Madrigall, l'assortiment complet, dont il est question en l'espèce. 153. Cela étant, il est premièrement relevé que les livres sont des produits dont la substituabilité est très faible, 194 comme cela a déjà été reconnu par la jurisprudence fédérale (N 164 ss). Cela vaut d'autant plus en ce qui concerne la littérature et a fortiori pour les ouvrages récents, qui ne sont pas encore tombés dans le domaine public. 195 Or, ces livres constituent la quasi-intégralité des livres Madrigall figurant dans la liste des cent livres les plus vendus par Payot en 2021 196, de telle sorte que les exemples avancés par Madrigall dans sa prise de position du 10 juin 2024 (exemples au demeurant isolés et non chiffrés) 197 revêtent une importance très négligeable dans l'appréciation du poids de l'assortiment Madrigall pour Payot. Cette forte différenciation entre les ouvrages avait par ailleurs déjà été constatée à

l'occasion de la première enquête des autorités suisses de la concurrence. 198

192 A 148, p. 4.

193 A 148, p. 6 ; A 39, N 38.

194 Au niveau « retail » et sans qu'elle ne se transpose au niveau « wholesale », une certaine substituabilité a été reconnue pour les titres d'un genre déterminé, p. ex. pour les livres de cuisine ou les guides de voyages, cf. N 165 ss ; cf. également A 136, l. 114 ss. 195 A 136, l. 310 ss ; à ce sujet, il est relevé que le droit français, à l'instar du droit suisse (cf. art. 29 al. 2

let. b de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins), prévoit en principe une protection du droit d'auteur jusqu'à 70 ans après le décès de l'auteur (art. L123-1 du Code français de la propriété intellectuelle). 196 A 16, annexe 2 et 2bis.

197 A 198, N 385 ss.

198 DPC 2018/2, 283 N 591 ss, Marché du livre écrit en français.

E. 32

154. A ce qui précède s'ajoute qu'en tant que biens d'expérience, les livres se caractérisent par le fait que leurs particularités – alors même que celles-ci sont centrales pour le lecteur – ne sont vraiment connues du lecteur qu'au moment de sa consommation, respectivement au moment de la lecture du livre. 199 Il existe donc une asymétrie d'information entre l'éditeur ou le libraire et les acheteurs potentiels de livres, qui doivent supporter des coûts de transaction sous forme de coûts d'information lorsqu'ils cherchent l'ouvrage qui leur convient. En d'autres termes, lorsqu'ils se rendent dans une librairie, une partie des clients ne savent pas forcément quel(s) livre(s) ils achèteront : ils doivent donc procéder à une sélection parmi les ouvrages proposés. Une offre de livres des différents genres couvrant tous les éditeurs importants peut réduire considérablement cette asymétrie d'information et faciliter le choix des clients. Les acheteurs potentiels de livres reçoivent ainsi des informations pertinentes sur l'offre de manière groupée et – à tout le moins dans une librairie – de manière tangible (p. ex. en lisant le quatrième de couverture, en comparant différents titres ou grâce aux conseils des libraires). 200 Ainsi, plus l'assortiment d'un libraire est exhaustif, plus celui-ci est attractif pour les clients, et en particulier pour ceux qui ne souhaitent pas acquérir un livre spécifique. Contrairement à ce que prétend Madrigall dans sa prise de position du 10 juin 2024 201, c'est justement pour ces clients qu'une librairie doit avoir le plus grand assortiment possible. 202 En outre, la caractéristique inhérente au marché du livre « Nobody knows » plaide en faveur d'un grand assortiment : il est difficile d'estimer à l'avance la demande pour un seul livre et donc son succès. La gestion d'un maximum de titres contribue à la diversification des risques des libraires. 203 155. De manière générale, les clients privilégient en principe également les revendeurs disposant de l'assortiment le plus large possible. C'est d'autant plus le cas, en matière de livres, si les clients connaissent l'absence chez Payot d'un groupe éditorial aussi populaire que Madrigall, proposant des ouvrages régulièrement primés et bénéficiant ainsi d'une publicité particulière auprès des lecteurs. Il existe aussi une plus grande diversité du côté de l'offre au niveau « retail » qu'au niveau « wholesale » : étant établi que, dans la règle, tout libraire généraliste doit offrir (au moins sur commande) les catalogues des principaux éditeurs français, le client final peut en principe effectuer l'intégralité de ses achats en livres auprès de n'importe quelle librairie généraliste romande, y compris FNAC (qui dispose de 22

points de vente répartis dans toute la Suisse romande, 204 soit 9 de plus que Payot). A cette concurrence traditionnelle s'ajoute celle de sites de vente en ligne tels qu'Amazon, accessibles à tout un chacun sans déplacement. Dans ce contexte, l'hypothèse selon laquelle les clients de Payot continueraient à acheter auprès de Payot leurs livres édités par des éditeurs autres que Madrigall et se fourniraient en livres Madrigall auprès d'autres revendeurs est pour le moins improbable, respectivement la part des clients de Payot qui procéderait ainsi serait vraisemblablement minoritaire, car un tel comportement reviendrait à multiplier le temps et les déplacements de la clientèle. 205 156. L'importance du catalogue Madrigall et sa popularité pour la clientèle de Payot se reflètent d'ailleurs dans les ventes de Payot. Il ressort en effet du dossier qu'environ [...] %

199 CARL SHAPIRO, Optimal Pricing of Experience Goods, *The Bell Journal of Economics* (1973), 14(2),

497-507. 200 Voir à ce sujet MONOPOLKOMMISSION, *Die Buchpreisbindung in einem sich ändernden Marktumfeld* –

Sondergutachten 80, 2018, N 15 et 56 ss. 201 A 198, N 434 ss.

202 MONOPOLKOMMISSION (n. 200), N 59.

203 Voir à ce sujet MARCEL CANOY/JAN C. VAN OURS/FREDERICK VAN DER PLOEG, *The Economics of*

Books, in: *Handbook of the Economics of Art and Culture*, Ginsburgh/Throsby (éd.), 2006, 721- 761. 204 <www.fr.fnac.ch/localiser-magasin-fnac/w-4> (19.02.2024).

205 Dans le même sens : A 136, l. 124 ss.

E. 33

des livres vendus par Payot en 2021 (représentant [...] % de son chiffre d'affaires) 206 étaient des livres Madrigall, derrière les livres diffusés par Diffulivre. Les livres diffusés par Diffulivre ont représenté environ [...] % des ouvrages vendus par Payot en 2021 (et [...] % de son chiffre d'affaires), mais recourent des livres de plusieurs gros éditeurs indépendants (notamment Hachette – troisième groupe éditorial au niveau mondial –, 207 Albin Michel ou encore Glénat). 208 En analysant plus précisément les listes des 100 meilleures ventes de Payot en 2021 (par nombre d'ouvrages vendus et par chiffres d'affaires), il en ressort que [...] des 100 livres les plus vendus par Payot étaient des livres Madrigall, 209 et que [...] livres Madrigall figurent parmi les 100 livres ayant généré le plus de chiffre d'affaires pour Payot. 210 Concernant les 100 livres les plus vendus (en termes de nombre d'ouvrages), [...] sont édités par Madrigall comme on l'a vu – soit le groupe éditorial le plus représenté (devant Albin Michel, Médias Participations et Hachette) –, et correspondent à [...] livres vendus en 2021. Il s'agit là encore du groupe éditorial le plus représenté (devant Albin Michel [...], Médias Participations [...] et Hachette [...]). Ces chiffres témoignent déjà de l'importance des livres Madrigall également aux yeux des clients de Payot. En faisant abstraction des dictionnaires, des lois fédérales ainsi que des livres d'enseignement (soit 11 ouvrages), les livres Madrigall représentaient quasiment [...] % des ouvrages vendus parmi les 100 meilleures ventes de Payot. 211 Il doit également être rappelé à ce stade que le catalogue du groupe Madrigall comprend 39 récipiendaires du prix Goncourt – largement en tête parmi les éditeurs 212 – et 44 récipiendaires du prix Nobel de littérature, également un record parmi les éditeurs 213, ainsi que de nombreux best-sellers ayant eu un succès planétaire, comme la saga Harry Potter. 157. Dans sa prise de position du 10 juin 2024,

Madrigall souligne que Hachette et Editis sont les deux « grands » du marché de l'édition française, comme le montrent entre autres leurs parts de marché en Suisse dans différentes catégories de livres, alors que Madrigall n'a la plus grande part de marché dans aucune catégorie. 214 En se basant sur les données de la société de conseil GFK pour l'année 2023 utilisées par Madrigall, on constate cependant que Madrigall a la deuxième plus grande part de marché en Suisse dans les deux catégories Littérature générale grand format et Littérature générale poche, avec [...] % et [...] %, après Hachette ([...] % et [...] %). Madrigall est donc particulièrement forte dans les catégories où la substituabilité au niveau « retail » est la plus faible (cf. N 152).

206 A noter que, dans la pratique judiciaire allemande sur le pouvoir de marché relatif, la dépendance d'un

revendeur de ski envers le fabricant de skis Rossignol avait été retenue alors même que la vente de skis de cette marque ne constituait que 8 % du chiffre d'affaires du revendeur concerné, en raison de la popularité des skis de la marque Rossignol, proposés par ailleurs par tous les concurrents du revendeur en question ; BGH du 20.11.1975, KZR 1/75, Rossignol. 207 <www.hachette.com/le-groupe-hachette-livre-en-bref/> (23.02.2024).

208 A 16, annexe 1 ; <www.diffulivre.ch/nos-editeurs> (23.02.2024).

209 A son poste 97 de l'annexe 2bis, l'A 16 mentionne un ouvrage des éditions Table Ronde

(appartiennent au groupe Madrigall) qui n'est – à tort – pas listé dans les parts de marché du groupe Madrigall au début de l'annexe. 210 A 16, annexes 2 et 2bis. Les classements des dix meilleures ventes hebdomadaires de Payot

contiennent également une part importante de livres Madrigall : ainsi, le classement hebdomadaire de la semaine du 12 au 17 février 2024, partagé dans le supplément « culture » du journal Le Temps, mentionne quatre livres Madrigall sur 10. Il en va de même dans les classements des meilleures ventes « grands formats » hebdomadaires partagés par Payot sur son site Internet (<www.payot.ch/fr/meilleures-ventes> [4.3.2024]), qui contenait p. ex. trois livres Madrigall sur 10 lors de la semaine du 26 février au 3 mars 2024. 211 [...] livres sur [...] ; A 16, annexe 2bis.

212 <[www.cnews.fr/culture/2023-11-07/prix-goncourt-quelle-est-la-maison-dedition-la-plus-primee-](http://www.cnews.fr/culture/2023-11-07/prix-goncourt-quelle-est-la-maison-dedition-la-plus-primee-depuis-1903-1265508)

[depuis-1903-1265508](http://www.cnews.fr/culture/2023-11-07/prix-goncourt-quelle-est-la-maison-dedition-la-plus-primee-depuis-1903-1265508)> (28.03.2024). 213 <[www.courrierinternational.com/article/vu-d-italie-gallimard-l-editeur-francais-aux-quarante-quatre-](http://www.courrierinternational.com/article/vu-d-italie-gallimard-l-editeur-francais-aux-quarante-quatre-nobel)

[nobel](http://www.courrierinternational.com/article/vu-d-italie-gallimard-l-editeur-francais-aux-quarante-quatre-nobel)> (28.03.2024) 214 A 198, N 101 ss. ; annexes B et C.

E. 34

158. Madrigall soutient par ailleurs que le chiffre d'affaires réalisé par Madrigall avec ses [...] titres parmi les 1'000 titres les plus vendus de janvier à octobre 2022 ne représente que [...] % du chiffre d'affaires du marché total du livre. 215 Ce constat est trompeur. Madrigall tente ainsi de marginaliser l'importance de ses livres les plus vendus avec les auteurs à forte notoriété en prenant comme référence non pas le chiffre d'affaires des 1'000 livres les plus vendus mentionnés, mais le chiffre d'affaires du marché du livre dans son ensemble.

L'exemple hypothétique suivant permet d'illustrer ce point : Supposons qu'il y ait un livre qui soit de loin en tête de la liste des best-sellers depuis des années. La part de ce livre –

dont aucune librairie ne pourrait se passer – dans le chiffre d'affaires de l'ensemble du marché du livre serait néanmoins négligeable. En revanche, si l'on prend comme base de comparaison les 1'000 livres les plus vendus mentionnés, la part de Madrigall est de [...] % (chiffre d'affaires) et de [...] % (volumes vendus). Ces chiffres confirment les calculs précédents (cf. N 156). 159. Partant, il convient de retenir que Payot doit avoir la possibilité de commercialiser des livres Madrigall, vu l'importance du catalogue. 160. Enfin, et même si leur pertinence doit être relativisée, il convient d'évoquer les conséquences financières directes d'un arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot. Ces pertes directes résulteraient de la disparition immédiate du chiffre d'affaires réalisé avec les livres Madrigall et sont grossièrement quantifiables. Il ressort des données fournies par Payot que cette dernière a, en 2021 et en 2022, réalisé un chiffre d'affaires annuel de CHF [...] millions, dont environ CHF [...] millions ont été réalisés grâce à la vente de livres Madrigall, soit environ [...] %. 216 Les coûts d'achat nets liés aux livres Madrigall s'élevaient à environ CHF [...] millions par année. Selon Payot, d'autres coûts d'un montant de près de CHF [...] million seraient liés au traitement « base arrière » à l'OLF ainsi qu'au transport de l'OLF vers les librairies Payot. Il en résulte un coût de revient d'environ CHF [...] millions. La différence entre le chiffre d'affaires et le coût de revient est donc d'environ CHF [...] millions (soit CHF [...] millions de chiffre d'affaires moins CHF [...] millions de coûts d'acquisition), même si ce montant devrait encore être légèrement réduit en raison d'autres coûts liés aux retours. 217 Finalement, en cas de résiliation de la relation d'approvisionnement avec Madrigall, les moyens financiers correspondants ne seraient plus à la disposition de Payot ni pour couvrir les coûts fixes généraux et les frais généraux (marges de contribution, soit la différence entre le chiffre d'affaires et les coûts variables d'une entreprise) ni comme bénéfice. 161. Concernant les adaptations comportementales de Payot, cette dernière pourrait essayer de se procurer des livres Madrigall par un autre canal afin de compenser une partie de la perte de chiffre d'affaires liée à la vente des livres en question. Comme il le sera toutefois démontré plus loin, cette possibilité est quasiment inexistante pour une librairie comme Payot (N 171 ss). Il est en outre possible que Payot économise d'autres coûts variables afin de compenser la perte du chiffre d'affaires réalisé avec les livres Madrigall (p. ex. quelques frais de personnel). Toutefois, nombre de ces coûts sont en grande partie de nature fixe, voire de nature incompressible (p. ex. frais liés à la location des points de vente), raison pour laquelle on ne peut supposer qu'un potentiel d'économie limité et que la perte directe pour Payot ne serait, là encore, que très faiblement réduite.

162. En résumé, la perte financière directe de Payot devrait s'élever, en ce qui concerne les marges de contribution et les bénéfices, à environ CHF [...] millions correspondant aux ventes manquantes en cas de résiliation de la relation de livraison avec Madrigall, ce qui est déjà un 215 A 198, N 437 ; A 39, N 39 et annexe 4 ; A 219, slide 27 de la présentation de Madrigall. La part de

[...] % résulterait du fait que le chiffre d'affaires réalisé avec les 1'000 pendant la période mentionnée s'élèverait à environ [...] % du chiffre d'affaires total des ventes de livres, tous éditeurs confondus. 216 A 16, annexe 1.

217 Dans ses calculs du prix d'achat et du coût de revient, Payot se base sur le coût d'achat brut (« Valeur

en Prix d'achat »), c'est-à-dire que les retours ne sont pas pris en compte. D'après les données fournies par Payot (A 143, réponse 5), les coûts d'achat bruts s'élèvent à CHF [...] millions et les retours à environ CHF [...] millions. Il en résulte des coûts d'achat nets

d'environ CHF [...] millions.

E. 35

montant considérable qui ne pourrait que très légèrement être atténué par Payot. Par ailleurs, ce montant ne tient absolument pas compte des pertes, à moyen terme, sur les ventes des ouvrages des autres groupes éditoriaux (N 154 s.).

B.4.4.1.4 Déclarations de Céline Besson 163. A l'occasion de son audition, Céline Besson a indiqué qu'un libraire généraliste romand – Payot en est un – doit être en mesure d'obtenir tous les livres francophones, ce qui ne signifie toutefois pas forcément qu'il doit les avoir en stock. 218 Selon elle, un livre reste un exemplaire unique. Il y a des catégories de livres qui pourraient être substituables, comme les livres sur la cuisine par exemple. Pour ce genre de livres substituables sur le contenu, on pourrait imaginer privilégier les livres distribués en Suisse plutôt que ceux qui ne le sont pas. De façon générale selon Céline Besson, il s'agit plutôt de livres qui concernent la vie pratique (bricolage, cuisine, etc.). Les guides touristiques sont plutôt complémentaires ou en tout cas différents. 219 A la question de savoir si un libraire généraliste romand pourrait se passer des ouvrages de l'un ou de plusieurs grands groupes éditoriaux français, Céline Besson indique que non, car il risque de ne pas pouvoir servir ses clients dans un tel cas, et le risque en fin de compte est que la librairie ne génère pas assez de chiffre d'affaires. Pour Gallimard par exemple, si leurs livres ne peuvent être obtenus, les clients vont aller les chercher ailleurs alors que la majorité des livres que les libraires généralistes romands vendent au quotidien provient précisément de ces grands groupes français. 220 Finalement, Céline Besson indique que pour un libraire généraliste romand, le catalogue du groupe Madrigall est indispensable et qu'il n'est pas possible de s'en passer. 221 Sur question de Madrigall, Céline Besson précise qu'en ce qui concerne les livres « classiques » (libres de droits) publiés par différents éditeurs, ceux-ci pourraient être considérés comme substituables, bien que là encore, il y a des présentations différentes. Les préfaces, postfaces ainsi que les critiques – le travail d'édition ou les commentaires – font la différence. Le texte est certes substituable, mais les autres éléments, « l'emballage », non. 222

B.4.4.1.5 Jurisprudence des tribunaux fédéraux 164. Finalement, il doit être relevé que dans sa pratique concernant les livres en français – confirmée par les instances de recours comme cela sera abordé ci-après –, les autorités de la concurrence ont également distingué le niveau de marché « wholesale » (acquisition de livres en vue de leur revente) du niveau de marché « retail » (soit la vente aux clients finaux). Les libraires tels que Payot se trouvent en position de demandeur au niveau « wholesale » et d'offreur au niveau « retail », alors que le groupe Madrigall se trouve dans une position d'offreur au niveau « wholesale ». A l'instar de la première enquête (N 86 ss), la présente enquête concerne également et exclusivement le niveau « wholesale ».

165. La question de la substituabilité des ouvrages au niveau « wholesale » a précisément déjà été examinée récemment par le Tribunal administratif fédéral, dans le cadre de la procédure de recours menée par E5F à la suite de la première procédure portant sur les livres

218 A 136, I. 103 à 111 et 325 à 328. On peut donc considérer que le taux de distribution – soit le

pourcentage d'acheteurs comparables (au niveau « wholesale ») qui proposent un ou des produits correspondants dans leur assortiment – est proche de 100 % (ce que l'on appelle le

taux de distribution est le pourcentage d'acheteurs comparables qui ont un ou des produits correspondants dans leur assortiment ; voir JÖRG NOTHDURFT, *Relative Marktmacht – Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber marktmächtigen Unternehmen*, 17.1.2015, 37). 219 A 136, l. 114 ss.

220 A 136, l. 121 à 128.

221 A 136, l. 148 et 156.

222 A 136, l. 301 à 309.

E. 36

écrits en français (N 86 ss). Les considérants qui suivent se trouvent sous le titre « Concurrence sur le plan intermarques » et portent sur la délimitation et la description du fonctionnement du marché de référence (consid. 13 ss). C'est la raison pour laquelle cette appréciation des faits à laquelle a déjà procédé le Tribunal administratif fédéral est pertinente également dans le cadre de la présente enquête, d'autant plus que les mêmes acteurs économiques étaient concernés. Concrètement, le Tribunal administratif fédéral avait jugé ce qui suit dans son arrêt entré en force concernant E5F : 223 « Sur le marché du livre, la concurrence sur le plan intermarques 224 se joue avant tout sur l'échelon « retail ». Du point de vue du consommateur final, c'est-à-dire du lecteur, les titres d'un genre déterminé (p. ex. les livres de cuisine ou les livres de voyage) peuvent, jusqu'à un certain point, être substituables. Ainsi, on doit admettre, à l'instar de ce que certains diffuseurs/distributeurs ont soutenu, que le lecteur peut, dans une certaine mesure, substituer, par exemple, le « Guide Michelin » par le « Gault et Millau » ou le « Guide du Routard » par le « Lonely Planet ». Toutefois, cette substituabilité ne se transpose pas au niveau « wholesale ». Un détaillant ne peut en effet pas choisir d'offrir à ses clients un seul guide de voyage, à l'exclusion d'un autre par exemple. De même, pour les ouvrages de littérature générale, il ne peut pas non plus faire le choix d'intégrer dans son offre uniquement les titres les plus répandus. Il en va de même des bandes dessinées. Pour pouvoir satisfaire à la demande de leurs clients, les détaillants doivent être en mesure d'offrir à ceux-ci un large assortiment de références, le cas échéant, sur commande [...] ». « C'est la raison pour laquelle, sur le marché « wholesale », les détaillants ne commandent pas des titres individuels, mais un assortiment de titres (p. ex. un assortiment de livres policiers). Aussi, pour pouvoir offrir à leurs clients un choix satisfaisant de références, les détaillants sont tenus d'avoir un compte ouvert auprès des principaux – si ce n'est de l'ensemble – des diffuseurs/distributeurs suisses, dès lors qu'aucun de ceux-ci ne peut être substitué à un autre comme canal d'approvisionnement. Cet état de fait réduit considérablement le pouvoir de négociation des détaillants sur l'échelon « wholesale ». Un détaillant ne peut en effet pas menacer un diffuseur/distributeur d'aller acheter les livres de son catalogue auprès d'un autre diffuseur/distributeur suisse si, par exemple, celui-là ne lui fait pas un meilleur prix. De même, il ne peut pas exclure de son réseau d'approvisionnement un diffuseur/distributeur pour le motif qu'il ne serait pas concurrentiel [...] ». « [L]a forte différenciation des produits plaide en défaveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence [...] ». « [I]l ressort que la forte différenciation des livres limite les possibilités de substitution à tous les niveaux. L'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs/distributeurs fondés sur un régime d'exclusivité – indépendamment de la forme de celle-ci – a couvert plus de 95 % du marché

sur la période visée par l'enquête. Ainsi, compte tenu de la nécessité pour les détaillants d'être en relation avec l'ensemble des distributeurs/diffuseurs, la concurrence actuelle sur le plan intermarques entre ces derniers a été très largement insuffisante pour qu'il subsiste une concurrence sur le marché de référence [...] ». « Il résulte de ce qui précède qu'en raison de la forte différenciation du produit du livre, et de la nécessité pour les détaillants de devoir s'approvisionner auprès de l'ensemble des principaux diffuseurs-distributeurs exclusifs, il n'a subsisté, durant la période de l'enquête, aucune concurrence, actuelle ou potentielle, au niveau intermarques sur le marché de référence ».

223 TAF, B-4669/2013 du 30.10.2019 consid. 15.2 à 15.5. L'affaire n'a pas été portée devant le Tribunal

fédéral. 224 Concurrence entre produits théoriquement substituables appartenant au même marché relevant

(marché « wholesale »), fournis par des offreurs différents.

E. 37

166. Partant, en vertu de la jurisprudence fédérale entrée en force et pour la filiale E5F de Madrigall – étant précisé que le Tribunal administratif fédéral est arrivé à la même conclusion pour toutes les autres parties, Flammarion y compris 225 –, il a déjà été jugé qu'au niveau « wholesale » et pour les livres en français, il est nécessaire pour les revendeurs de livres d'être en relation avec l'ensemble des principaux distributeurs/diffuseurs. En tant qu'un des plus importants groupes éditoriaux français, le groupe Madrigall fait assurément partie des principaux distributeurs/diffuseurs de livres en français.

B.4.4.1.6 Conclusion

167. Vu ce qui précède, il est premièrement retenu qu'en raison de la nature particulière des livres, de la qualité du catalogue Madrigall et de l'importance qu'il revêt pour les ventes de Payot, il est nécessaire pour Payot de pouvoir proposer le catalogue Madrigall pour son activité. Partant, les pertes que subirait Payot en cas de cessation de la vente de livres Madrigall s'élèveraient bien au-delà des seules pertes financières correspondant à la seule perte de chiffre d'affaires et de bénéfice engendrés par la vente de livres Madrigall. 168. Cela est corroboré par les déclarations de Céline Besson, selon qui les libraires généralistes romands ne pourraient pas se passer des ouvrages de l'un ou de plusieurs grands groupes éditoriaux français. Concernant en particulier le catalogue du groupe Madrigall, celui-ci est indispensable et il n'est pas possible de s'en passer. Si les livres Madrigall ne peuvent être obtenus, les clients se tourneraient vers d'autres librairies, entraînant ainsi une baisse substantielle du chiffre d'affaires. 169. Finalement, vu les arrêts du Tribunal administratif fédéral qui se prononcent déjà sur cette question très spécifique – étant précisé que le Tribunal fédéral n'a pas remis en question ce point dans toutes les procédures de recours qui ont fait suite aux arrêts du Tribunal administratif fédéral portant sur le premier cas des livres en français –, il sera retenu en l'espèce qu'au niveau « wholesale », les revendeurs sont tenus d'avoir un compte ouvert auprès de tous les principaux groupes éditoriaux, dès lors qu'aucun de ceux-ci ne peut être substitué à un autre. Le livre est un bien particulier qui se démarque par une forte différenciation, dont découle corrélativement une substituabilité très limitée, voire inexistante. 170. Partant et en conclusion, l'arrêt de la vente de livres Madrigall ne constitue pas une alternative raisonnable pour Payot.

B.4.4.2 Acquisition par Payot de livres Madrigall auprès de grossistes ? 171. Selon Payot, en raison de la diffusion/distribution exclusive (N 98 ss), la seule alternative à un approvisionnement en Suisse par les canaux officiels est celle de l'ouverture d'un compte en France par Madrigall et d'un approvisionnement direct par leurs centres de distribution centraux SODIS et UD. 226 172. Il convient en conséquence d'analyser ci-après si Payot ne dispose effectivement d'aucune source d'approvisionnement alternative en Suisse ou à l'étranger en mesure de lui procurer l'intégralité des ouvrages Madrigall à des conditions commerciales acceptables et objectivement praticables.

225 TAF, B-3975/2013 du 30.10.2019 consid. 13.2 à 13.5. L'arrêt du TF 2C_44/2020 du 3.3.2022 a

entièrement confirmé l'arrêt du TAF sur ce point. 226 A 1, § 3.4.

E. 38

B.4.4.2.1 Les grossistes en Suisse 173. Il s'agit premièrement de déterminer si Payot serait en mesure de s'approvisionner en livres Madrigall en Suisse, mais ailleurs qu'auprès d'E5F, respectivement de l'OLF. 174. A la question de savoir quelles étaient les possibles sources d'approvisionnement en livres Madrigall pour un libraire en Suisse romande, Céline Besson a mentionné le Buchzentrum (BZ) de Hägendorf (Suisse) lors de son audition le 31 mai 2023, en précisant qu'elle pensait que le Buchzentrum ne distribuait pas tous les livres et en supposant qu'il les achetait auprès de l'OLF. Selon Céline Besson, le Buchzentrum serait un grossiste qui proposerait des prix plus élevés et des remises moindres, raisons pour lesquelles les libraires en Suisse romande n'auraient pas d'intérêt à se fournir en livres francophones auprès du Buchzentrum. Au final, Céline Besson estime que le Buchzentrum ne serait pas une alternative à l'OLF. 227 175. Les déclarations de Céline Besson ont été confirmées par les réponses du Buchzentrum du 13 juillet 2023 au questionnaire du Secrétariat du 5 juillet 2023. 228 Selon le Buchzentrum, les livres en français représentent pour lui une activité secondaire et marginale. Sa clientèle pour les livres en français est principalement constituée de librairies et de détaillants en ligne en Suisse alémanique, pour lesquels les livres français constituent d'ailleurs également une activité secondaire. Le Buchzentrum ne propose par ailleurs qu'un choix très limité de livres en français. La plupart des titres sont intégrés dans leur assortiment sur la base des commandes des clients. En stock, ils ont principalement les livres pour l'enseignement du français. 229 Comme supposé par Céline Besson, le Buchzentrum se fournit effectivement en livres principalement auprès de l'OLF. Il indique expressément que l'achat de livres en français auprès de lui n'est pas attractif pour les libraires spécialisées dans les livres en français. En effet, le Buchzentrum est un second niveau de distribution (grossiste) et se fournit en livres auprès du même fournisseur suisse (en l'occurrence l'OLF) que celui auprès duquel les libraires peuvent s'approvisionner directement. Un achat auprès du Buchzentrum implique ainsi des délais de livraison plus longs et des prix plus élevés. 230

B.4.4.2.2 Les grossistes en France 176. Il convient ensuite d'examiner si Payot serait en mesure de s'approvisionner en livres Madrigall à l'étranger, et en particulier en France, mais ailleurs que directement auprès de Madrigall en approvisionnement direct. En l'occurrence, les grossistes français doivent être examinés. 177. Payot est d'avis que les « grossistes » français ne seraient en aucun cas une solution pour une entreprise comme Payot : d'une part, ils ne pourraient offrir à Payot des conditions commerciales acceptables et, d'autre part, ils ne seraient pas en mesure de traiter des flux d'une telle importance. 231

178. Lors de son audition, Céline Besson a indiqué qu'elle pensait qu'il était possible, pour un libraire romand et pour tous les livres Madrigall qu'il commercialise, de s'approvisionner auprès de grossistes en France, mais qu'elle ne savait pas si c'était réaliste en matière de remises et de conditions. Par la suite et après avoir demandé quelques précisions par rapport aux questions posées, elle indiquera que ce n'est pas réaliste de s'adresser à un grossiste ou « pire », à un libraire français. Les coûts d'importation (transport, douane, etc.) seraient énormes, les remises minimales et les délais très longs. Il faudrait de toute façon commander

227 A 136, l. 170 à 183.

228 A 144 et 147.

229 A 147, réponses 1 et 2.

230 A 147, réponses 4A, 6, 7 et 8.

231 A 1, p. 10, commentaire concernant l'annexe b.4.

E. 39

beaucoup pour rentabiliser les frais, alors qu'à l'OLF, il est possible de commander un ou deux livres et les délais sont très courts. 232 179. Madrigall indique pour sa part qu'en France, les grandes enseignes comme [...], [...] ou encore [...] se fournissent habituellement en livres Madrigall directement auprès des centres de distribution centraux de Madrigall (SODIS et UD), et non auprès des grossistes. 233 Toujours selon Madrigall, les « grossistes » régionaux français ne sont pour les groupes comme Madrigall que des clients (N 80) qui ont pour vocation d'approvisionner les petits points de vente, et qui peuvent éventuellement être amenés à « dépanner ponctuellement » une grande enseigne pour quelques titres, ce qui s'explique par le fait que ces grossistes manquent d'espace de stockage et de la couverture financière nécessaire pour disposer et assurer leurs stocks, ainsi que par la difficulté que représente la gestion des différents flux parallèles. Par ailleurs et dans les faits, Madrigall constate de plus en plus l'arrêt de l'activité des grossistes, le grossiste le plus important en Belgique ayant même cessé ses activités pour cause de faillite. 234 Par ailleurs, à la question de savoir si Payot serait objectivement en mesure de basculer l'entier de son approvisionnement en livres Madrigall auprès de grossistes en France, [...] a indiqué lors de son audition que cela serait difficile compte tenu du fait que le nombre de grossistes en France est limité et qu'ils n'ont pas la surface économique qui s'y prête. 235 A la question de savoir si des importations parallèles auprès de grossistes français pour l'ensemble des livres Madrigall n'étaient pas simplement impraticables, [...] a répondu que compte tenu des volumes qui seraient nécessaires, il faudrait que le grossiste élargisse son périmètre et ses capacités de stockage. 236 Au final, il voit mal qu'un flux suffisant peut être créé auprès d'un grossiste pour que Payot soit en mesure d'acquérir des quantités suffisantes de livres Madrigall ailleurs qu'auprès de l'OLF en Suisse, ou en approvisionnement direct en France auprès de la SODIS ou de l'UD. 237 Par rapport à la situation actuelle avec l'OLF, [...] considère également que le service serait moindre avec un grossiste. Cela nuirait selon lui à la situation de Payot. 238 180. A ce qui précède s'ajoute encore qu'au cours de la première enquête du cas des livres, l'OLF avait elle-même déclaré que les libraires suisses ne disposent en principe pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que les diffuseurs officiels, sauf par le marché gris, 239 ce qui laissait déjà entendre à l'époque qu'il n'était pas possible de se tourner vers des offreurs alternatifs en France. Concrètement, le Tribunal administratif fédéral avait retenu

que « si seul un approvisionnement sur le « marché gris » est possible, toute autre alternative d'approvisionnement sur le marché français – telle que celui auprès des diffuseurs/distributeurs, grossistes ou coursiers actifs en France – est exclue [...] ». 240

B.4.4.2.3 Conclusion 181. Vu ce qui précède, en ce qui concerne les grossistes en Suisse, le Buchzentrum de Hägendorf ne saurait constituer une alternative d'approvisionnement pour Payot, déjà pour le seul fait qu'il s'agit d'un intermédiaire supplémentaire par rapport à l'OLF. La même réflexion s'applique à l'approvisionnement par le biais de libraires suisses autres que Payot. La diffusion/distribution exclusive des ouvrages Madrigall en Suisse par E5F/l'OLF étant ainsi

232 A 136, l. 190 à 214.

233 A 41, réponse 10.

234 A 41, réponse 11.

235 A 104, l. 58 s.

236 A 104, l. 69 s.

237 A 104, l. 74 s.

238 A 104, l. 83 à 85.

239 TF, 2C_44/2020 du 3.3.2022 consid.10.6.3 ; TAF, B-4669/2013 du 30.10.2029 consid. 11.6.2 et

11.7.1.3. 240 TAF, B-4669/2013 du 30.10.2029 consid. 11.7.1.3.

E. 40

confirmée, Payot ne dispose pas d'alternative en Suisse lui permettant de basculer l'entier de son approvisionnement en ouvrages Madrigall.

182. Quant aux grossistes français, vu en particulier les déclarations de Madrigall elle-même, il sera retenu que Payot ne serait pas en mesure de basculer l'entier de son approvisionnement en livres Madrigall sur des grossistes en France, tout en y obtenant des conditions commerciales acceptables et praticables. Céline Besson arrive par ailleurs à la même conclusion en considérant qu'il n'est pas réaliste de s'adresser à un grossiste en France.

B.4.4.3 Acquisition par Payot de livres Madrigall sur le marché gris ?

183. Finalement, il convient de déterminer si Payot serait en mesure de s'approvisionner en livres Madrigall sur le « marché gris », étant rappelé que le volume concerné est important, soit près de [...] millions de livres vendus par année par Payot, dont [...] livres Madrigall. 241 184. La notion de « marché gris » correspond à la pratique du « faux-nez », telle qu'elle est également dénommée dans la branche. Cette pratique consiste à contourner la diffusion/distribution en Suisse – le canal traditionnel d'approvisionnement – par des achats par l'intermédiaire de revendeurs situés en France ou dans d'autres pays, sans que ces revendeurs ne révèlent le nom de celui qui leur demande d'effectuer de tels achats. 242 185. En réalité, le Tribunal administratif fédéral a déjà répondu récemment à cette question dans le cadre du premier cas des livres écrits en français (N 86 ss), respectivement dans le cadre des procédures de recours. Ainsi, dans son arrêt consacré à E5F, il a jugé ce qui suit : « Quant aux librairies françaises, il ressort de l'évaluation des questionnaires adressés aux

détaillants que ceux-ci ne voient pas les librairies françaises comme une alternative crédible d'approvisionnement. Elles ne peuvent en réalité que constituer un « marché gris » au niveau de l'offre « Wholesale », dès lors qu'elles représentent des intermédiaires supplémentaires dans le réseau de distribution et sont, à ce titre, elles-mêmes tributaires des diffuseurs- distributeurs exclusifs français. Dans ces conditions, elles ne sauraient constituer des partenaires potentiels de l'échange à part entière. Au surplus, les importations par l'intermédiaire d'un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », sont marginales et se font à l'insu des éditeurs et des diffuseurs-distributeurs. Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des libraires français ne permet pas aux détaillants d'obtenir les mêmes conditions et services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses, en particulier s'agissant des remises et du droit de retour. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement auprès des librairies en France effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances spécifiques, en particulier pour les ouvrages non diffusés et non distribués en Suisse. Elles ne permettent pas de conclure que les librairies françaises sont des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre « Wholesale », ce que confirme, du reste, l'expérience de Payot [...] ». 243 Le Tribunal administratif fédéral est par ailleurs parvenu à une conclusion identique dans son arrêt consacré à Flammarion. 244 186. La question pourrait également se poser de savoir si FNAC Suisse ou FNAC France pourrait constituer un offreur alternatif vers lequel Payot pourrait se tourner afin d'y basculer officiellement l'ensemble de son approvisionnement en livres Madrigall. Il doit premièrement être relevé que FNAC n'est ni un grossiste ni un distributeur de livres, mais un revendeur de livres en France ainsi que le plus gros concurrent de Payot en Suisse. Sur un plan purement commercial, en tant que principale concurrente de Payot en Suisse, FNAC n'aurait très probablement aucun intérêt à proposer – si tant est qu'elle puisse le faire tout en retirant un bénéfice – des prix de gros qui permettraient à Payot de la concurrencer efficacement sur le

241 A 16, annexe 1.

242 DPC 2018/2, 273 N 237 et 289 N 359 et les références citées, Marché du livre écrit en français.

243 TAF, B-4669/2013 du 30.10.2029 consid. 13.3.1.2, E5F.

244 TAF, B-3975/2013 du 30.10.2029 consid. 11.3.1.2, Flammarion.

E. 41

marché « retail » et de gagner des parts de marché sur elle. Partant et déjà pour cette première raison, il semble pour le moins très peu probable que FNAC accepte de fournir Payot avec plus de [...] livres annuellement et avec tous les services associés, en particulier le droit de retour. Il s'ajoute à ce qui précède que FNAC ne saurait constituer une alternative d'approvisionnement pour Payot également en raison du fait qu'il s'agirait d'un intermédiaire supplémentaire par rapport à la propre source d'approvisionnement de FNAC. En tant que second niveau de distribution, les prix FNAC seraient forcément très peu attractifs pour Payot, et potentiellement même plus élevés qu'auprès de l'OLF. Partant et vu ce qui précède, en tant que principal revendeur de livres concurrent de Payot en Suisse, FNAC ne représente pas une alternative crédible d'approvisionnement à des conditions acceptables pour Payot au niveau « wholesale ».

187. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall évoque encore – sans développer ou justifier – deux autres sources potentielles d'approvisionnement, à savoir

l'approvisionnement en Suisse auprès d'E5F et l'approvisionnement auprès de plateformes de vente en lignes telles qu'Amazon. 245 La première ne constitue évidemment pas une alternative puisqu'E5F fait partie du groupe Madrigall. Les développements ci-dessus concernant les grossistes et le marché gris, en tant qu'intermédiaire supplémentaire, s'appliquent mutatis mutandis à la seconde. 188. Vu ce qui précède et vu qu'aucun développement sur le marché susceptible de remettre en cause cette appréciation n'est perceptible, il est illusoire pour Payot d'être en mesure de basculer l'ensemble de son approvisionnement en livres Madrigall – soit plus de [...] livres annuellement – sur le « marché gris ». Il doit ainsi être retenu que pour une entreprise comme Payot, cela ne serait pas envisageable en raison du volume important, qui exclut toute solution bancaire. En tout état, une telle construction impliquerait forcément un intermédiaire supplémentaire, avec les coûts et difficultés que cela entraînerait.

B.4.4.4 Conclusion intermédiaire concernant les alternatives envisageables pour Payot 189. Vu l'ensemble de ce qui précède et étant donné qu'aucune autre source d'approvisionnement n'a été évoquée au cours de l'enquête, il est constaté qu'en raison de la diffusion/distribution exclusive des livres Madrigall et des spécificités qui sont liées à une telle exclusivité, la seule alternative pour Payot à un approvisionnement en Suisse par les canaux officiels est celle de l'ouverture d'un compte en France par Madrigall et d'un approvisionnement direct par ses centres de distribution centraux SODIS et UD. Quant à l'arrêt pur et simple de la vente de livres Madrigall, celui-ci ne constitue pas une alternative raisonnable pour Payot. 190. Avant toutefois d'examiner les conditions auxquelles un approvisionnement direct devrait intervenir, il convient d'analyser s'il est vraisemblable que Payot serait concrètement en mesure de procéder à un tel approvisionnement. C'est l'objet du prochain titre.

B.4.5 La praticabilité effective pour Payot d'un approvisionnement direct

B.4.5.1 Sur le coût de revient 191. Selon Payot et en cas d'approvisionnement direct, la remise maximale de [...] % proposée par Madrigall sur le PPHT français serait volontairement dissuasive, car le coût de revient des ouvrages serait sensiblement égal au prix de revient actuel. Payot ajoute que la

245 A 198, N 432.

E. 42

volonté de Madrigall serait de conserver d'une manière ou d'une autre le surbénéfice réalisé au détriment de Payot, y compris en approvisionnement direct.

192. Si Payot obtenait des conditions de remise similaires à celle d'un libraire français comparable ([...] % maximum de remise sur le PPHT français), le coût de revient des ouvrages serait de [...] à [...] % moins élevé qu'actuellement selon Payot. En partant d'une hypothèse (basse) d'une moyenne de [...] % sur l'ensemble des achats nets de Payot, celle-ci indique qu'elle arriverait à une différence de [...] francs. En effet, le coût de revient actuel sur achats nets serait de CHF [...] millions, alors qu'avec des achats directs aux conditions similaires à un libraire français, le coût de revient sur achats nets serait de CHF [...] millions selon Payot, soit une différence de CHF [...] million. 246 La baisse des coûts de revient d'environ [...] % représenterait selon Payot une réelle et durable solution pour elle. Payot pourrait ainsi devenir maître de ses prix et répercuter dans le prix final une réelle baisse du prix de vente consécutive à une baisse de ses prix d'achat. De plus, elle serait en mesure de retrouver de la compétitivité face à FNAC Suisse. 247 A préciser qu'avec des

achats directs, mais aux conditions proposées par Madrigall à Payot (remise maximale de [...] %), le coût de revient sur achats nets serait de CHF [...] millions selon Payot, soit une différence d'un peu plus de CHF [...]. Dans ce dernier cas, le gain serait trop modeste pour offrir un intérêt selon Payot. 248 193. Il n'appartient pas en priorité aux autorités de la concurrence de déterminer – pour le compte d'une société active depuis de nombreuses années sur le marché et disposant de connaissances approfondies de celui-ci – si un approvisionnement en direct à l'étranger aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche serait en quelque sort « intéressant » pour elle. Celle-ci est bien plus à même de le confirmer, le cas échéant, calculs à l'appui comme cela a été fait ici. 194. Partant et vu ce qui précède, il est retenu en l'espèce qu'un approvisionnement en livres Madrigall en France, par approvisionnement direct, serait possible et économiquement praticable pour Payot. Dans tous les cas, cette dernière rend suffisamment vraisemblable qu'un tel approvisionnement serait praticable.

B.4.5.2 Sur la logistique, le transport, le stockage ainsi que le dédouanement 195.

Concernant la logistique, les flux de transmission des commandes existent déjà selon Payot et pourront être réutilisés en cas d'approvisionnement direct. Le transport depuis la France pourrait faire l'objet d'une mutualisation avec l'OLF, qui pratique déjà des enlèvements chez SODIS et UD via un transporteur transitaire. Le stockage se ferait quant à lui principalement en magasin. Si nécessaire toutefois, le contrat de prestation de service « base arrière » avec l'OLF permet déjà à Payot d'avoir la possibilité de stocker certains titres « en centrale ». Afin de limiter les risques de ruptures de stock, un « stock tampon » de [...] références (nouveau titres fortes et titres à forte rotation) serait géré par Payot à l'OLF, comme c'est déjà modestement le cas actuellement. 249 Finalement, le dédouanement serait réalisé comme aujourd'hui par le transporteur transitaire, comme il le fait déjà pour l'OLF, sur la base des documents fournis par la SODIS et l'UD (poids et position douanière). 250 196. A l'instar de la question du coût de revient (N 191), il n'appartient pas en priorité aux autorités de la concurrence de déterminer si un approvisionnement direct est réalisable sur un plan pratique. Payot est bien plus à même de le confirmer, le cas échéant comme elle le fait ici en expliquant concrètement comment un tel approvisionnement serait mis en œuvre.

246 A 65, réponse 4.

247 A 65, Commentaire final et conclusion, let. c.

248 A 82, réponse 4.

249 A 156, chiffre II p. 3.

250 A 65, réponse 5.

E. 43

197. Vu ce qui précède, la logistique, le transport, le stockage ainsi que le dédouanement en cas d'approvisionnement direct sont rendus suffisamment vraisemblables par Payot, en particulier en lien avec les structures déjà existantes auprès de l'OLF.

B.4.5.3 Le délai de mise en place d'un approvisionnement direct 198. Selon Payot, il lui faudrait au maximum trois mois pour mettre en place un approvisionnement direct avec la France, étant entendu que ce qui serait mis en place pour Madrigall pourrait ensuite être aisément dupliqué pour les autres diffuseurs. Concrètement, selon Payot, les points suivants devraient encore être mis en place : 251 1. l'ouverture d'un compte auprès de la SODIS et de l'UD aux conditions françaises (remise de [...] %) ; 2. la finalisation des négociations

sur les conditions de vente (date de mise à disposition des nouveautés, conditions de retour, échéance de paiement notamment) ; 3. la mise en place d'une formule de diffusion satisfaisante pour Madrigall et Payot ; 4. la refonte de la base arrière à l'OLF pour absorber davantage de flux.

B.4.5.4 Conclusion intermédiaire concernant la praticabilité 199. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il est constaté que Payot a rendu suffisamment vraisemblable qu'elle serait – sur un plan pratique – en mesure de procéder à un approvisionnement direct en France en livres Madrigall.

B.4.6 Conclusion intermédiaire concernant les circonstances préalables à un approvisionnement direct de Payot 200. Dans un premier temps ci-dessus, l'échec des négociations ainsi que l'absence de négociations en cours entre Payot et Madrigall ont été constatés (N 139). Il a également été relevé que FNAC Suisse constituait un cas très particulier, qui n'est pas comparable à la situation dans laquelle se trouve Payot (N 145). A la suite de cela, l'absence de substituabilité des livres au niveau « wholesale » (N 169 ss) ainsi que l'impossibilité pour Payot de se tourner vers des offreurs alternatifs (N 189 s.) ont été constatées. Finalement, il a été constaté qu'un approvisionnement direct serait objectivement praticable pour Payot (N 199). 201. Vu l'issue de l'examen des circonstances préalables ci-dessus, il sera déterminé ci-après quelles sont les conditions et prix usuels de la branche en France, en quoi l'offre de Madrigall à Payot s'en écarte et comment Madrigall l'explique. Enfin, les indications de Madrigall seront analysées tant dans leur principe que, en ce qui concerne les surcoûts, dans leurs différents montants.

251 A 65, réponses 6 et 7.

E. 44

B.5 Les conditions spécifiques d'un approvisionnement direct en livres Madrigall

B.5.1 Les « conditions usuelles »

B.5.1.1 En France

B.5.1.1.1 Selon Payot 202. Selon Payot, le système français des remises fonctionne de la façon suivante : après l'entrée en vigueur de la loi Lang, le législateur a voulu la compléter par un dispositif destiné à rendre équitables et transparentes les relations entre les groupes d'édition et les revendeurs, à savoir le protocole Cahart. Ce dispositif repose sur deux axes : les CGV, d'une part, et les conditions commerciales, d'autre part. 252 203. Concernant les CGV et selon Payot, chaque diffuseur doit appliquer aux revendeurs des CGV qui doivent être identiques pour tous. Payot estime que celles que Madrigall lui a proposées ne sont pas conformes aux « conditions usuelles de la branche », en matière de droit de retour et de conditions de paiement (échéance). En effet, toujours selon Payot, les enseignes comparables françaises bénéficieraient d'un droit de retour, ainsi que d'une échéance de paiement de [...] jours (N 117). 204. Concernant les conditions commerciales (remises) et toujours selon Payot, la loi française prévoit qu'elles s'articulent selon trois mécanismes qui s'additionnent :

a. la remise de base : c'est celle qui est appliquée à tout revendeur ouvrant un compte auprès du diffuseur concerné. Selon les CGV de Flammarion, cette remise de base est de [...] % (N 212) ; b. une remise quantitative : elle vient s'ajouter à la remise de base sur la base d'un barème en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le client. Le barème est spécifique à chaque diffuseur, mais chaque barème d'un diffuseur doit s'appliquer indistinctement à tous

ses clients, selon Payot ; c. une remise qualitative : la loi de « prix unique » étant destinée dans son fondement même à protéger et préserver les librairies indépendantes selon Payot, cette remise vise à compenser la quantité (le CA) par la qualité, là aussi sur des critères fixés par chaque diffuseur. Cette remise a pour but d'éviter que certains fournisseurs soient tentés de privilégier les « très gros » clients, avec pour résultat des écarts de remise trop importants entre ces derniers et les plus modestes en matière de chiffre d'affaires, mais qui font un vrai travail de fonds et de qualité pour les éditeurs selon Payot. 205. Généralement, l'addition de ces trois remises est plafonnée à [...] %. Payot indique que vu ses volumes et configurations d'achats, qu'il s'agisse des remises quantitatives ou qualitatives, elle atteindrait bien [...] % dans toutes les catégories d'ouvrages, respectivement elle remplirait les exigences pour une remise maximale de [...] % (à l'exception de la Pléiade : [...] %). 253 C'est pour cette raison que dans ses calculs, Payot a pris [...] % comme base de calcul du différentiel entre le prix d'achat dont elle bénéficierait en achetant directement en France et celui qu'elle a en Suisse.

252 A 15, Commentaires finaux, pp. 20 ss du PDF.

253 A 33, courrier du 28 octobre 2022.

E. 45

206. Les conditions commerciales remises par la librairie [...] (édition d'août 2021) à Payot suivent le même système de remises, avec une remise totale maximale de [...] % sur le PPHT France en euros dans la plupart des catégories d'ouvrages. 254 207. Au moment de la dénonciation de Payot du 19 septembre 2022, Madrigall ne lui avait pas encore communiqué les conditions commerciales (remises) pour un approvisionnement direct. Selon Payot toutefois, il y avait fort à parier qu'elles seraient, à l'instar des CGV, « dégradées », donc dissuasives. Effectivement, par courrier du 25 octobre 2022, Madrigall par DLM annonce à Payot un niveau de remise commerciale maximale de [...] % sur le PPHT français « afin de tenir compte notamment des différents coûts de diffusion/distribution inhérents à [l'activité de Madrigall] en Suisse » (N 122).

B.5.1.1.2 Selon Madrigall

208. Le système français des CGV et des remises décrit par Madrigall correspond à celui décrit par Payot, comme cela sera abordé ci-après. 209. S'agissant tout d'abord du droit de retour et de l'échéance de paiement, il ressort des déclarations de Madrigall a contrario que le droit de retour fait partie, sauf exception, des conditions usuelles en France (N 126), de même qu'une échéance de paiement de [...] jours (N 127). Les actes au dossier le confirment, puisque tant les CGV du périmètre Gallimard/SODIS que du périmètre Flammarion/UD prévoient un droit de retour ainsi qu'une échéance de paiement de [...] jours. 255 210. S'agissant du prix d'achat des libraires, dans le contexte légal français relatif à la loi Lang ou tout autre système comparable de prix unique fixé par l'éditeur et imposé au revendeur, la remise accordée au libraire détermine de facto l'assiette de sa marge. Sa marge maximale est la différence entre son prix d'achat et le prix de revente imposé. La remise du libraire est établie par chaque diffuseur en fonction d'une première remise de base, qui est fixée à [...] % par Madrigall et qui est accordée à tous les revendeurs, complétée d'une première remise additionnelle attribuée selon des critères qualitatifs (selon l'art. 2 de la loi Lang précisé dans le protocole Cahart) et d'une seconde remise additionnelle attribuée selon des critères quantitatifs. De manière générale, les remises accordées par Madrigall aux libraires français sont comprises entre [...] et [...] % du PPHT,

256 une remise de [...] % étant même un minimum dans la mesure où le libraire remplit un certain nombre de conditions, et notamment que la moitié de son activité consiste en la vente de livres ainsi que l'acceptation de visites de représentants. 257 211. Il ressort des actes au dossier et de l'audition de [...] qu'en ce qui concerne les revendeurs français et le périmètre Gallimard/SODIS, leur prix d'achat est fixé de la manière suivante : 258 1. les différents rabais se calculent sur la base du prix de vente public hors taxe (PPHT), fixé unilatéralement par l'éditeur ; 2. une remise de base de [...] % est appliquée par Madrigall à tous les revendeurs ayant un compte ouvert ; 3. des critères qualitatifs généraux permettent une remise additionnelle maximale de [...] % environ ;

254 A 27, N 3 ; A 28, annexe 5.

255 A 42, annexe A pp. 88 ss et 210 ss. du PDF.

256 A 39, N 16 s. ou encore N 70.

257 A 104, l. 317 ss.

258 A 42, annexe A pp. 92 ss du PDF, annexe C pp. 245 ss du PDF, annexe D1 pp. 279 ss du PDF et

annexe D5 pp. 300 ss du PDF.

E. 46

4. des remises qualitatives s'y ajoutent, permettant une remise additionnelle maximale de [...] % ; 5. des remises quantitatives s'y ajoutent, permettant une remise additionnelle maximale de [...] % ; 6. de façon générale, la totalité des remises appliquées par Madrigall est comprise entre [...] et [...] % du PPHT. 212. Il ressort des actes au dossier ainsi que de l'audition de [...] que pour les revendeurs français et en ce qui concerne le périmètre Flammarion/UD, leur prix d'achat est fixé de la manière suivante : 259 1. les différents rabais se calculent sur la base du PPHT, fixé unilatéralement par l'éditeur ; 2. une remise de base de [...] % est appliquée par Madrigall à tous les revendeurs ayant un compte ouvert ; 3. une remise qualitative s'y ajoute, permettant une remise additionnelle maximale de [...] % ; 4. une remise quantitative s'y ajoute, permettant une remise additionnelle maximale de [...] % ; 5. de façon générale, la totalité des remises appliquées par Madrigall est comprise entre [...] et [...] % du PPHT. 213. Concernant les critères qualitatifs, ils sont généralement liés aux activités de promotion de l'offre éditoriale, au fond disponible en librairie ou encore aux compétences du personnel de librairie. Quant aux critères quantitatifs, ils dépendent de différents niveaux de chiffres d'affaires. Le protocole Cahart détermine que certains critères sont obligatoires et que d'autres sont facultatifs, étant entendu que les critères qualitatifs doivent être plus importants que les quantitatifs. Ces différents critères sont mesurables par les représentants, raison pour laquelle Madrigall souhaite des visites de ceux-ci. Les critères qualitatifs obligatoires – qui ressortent également des documents remis par Madrigall – sont les suivants selon [...] : les commandes à l'unité, la compétence du personnel, la réception du représentant et les opérations d'animation à l'initiative du libraire. Les critères complémentaires sont la promotion du fond du catalogue, la possibilité d'effectuer des recherches bibliographiques, ainsi que le suivi du service des nouveautés. 260 214. A la question de savoir si Payot remplirait tous les critères permettant d'obtenir l'intégralité des remises mentionnées ci-dessus (de base, qualitative et quantitative) si elle était une librairie française, [...] a indiqué lors de son audition que les plus gros points de vente de Payot pourraient effectivement disposer d'une remise maximale dans la mesure où Payot remplit

les critères qualitatifs, mais il faudrait que Payot accepte les visites de représentants et que Madrigall ait accès à un certain nombre d'informations, notamment sur le taux de retour. Pour des points de vente plus petits, les critères permettant d'obtenir l'intégralité des remises ne seraient pas remplis selon [...]. 261 215. Toujours dans sa prise de position du 14 décembre 2022, Madrigall indique que les CGV proposées par DLM à Payot auraient pour vocation à s'appliquer à tous les partenaires commerciaux hors UE de manière uniforme, et qu'elles ne seraient pas limitées au marché

259 A 42, annexe B pp. 235 ss du PDF, annexe C3 pp. 254 ss du PDF, annexe D4 pp. 295 ss du PDF

et annexe D6 pp. 305 ss du PDF ; A 116. 260 A 104, l. 270 ss ; A 42, annexe A, pp. 92 ss du PDF, annexe B pp. 235 ss du PDF, annexe C pp. 245

ss du PDF, annexe C3 pp. 254 ss du PDF, annexe D1 pp. 279 ss du PDF, annexe D4 pp. 295 ss du PDF, annexe D5 pp. 300 ss du PDF et annexe D6 pp. 305 ss du PDF. 261 A 104, l. 325 à 328.

E. 47

suisse ou aux pays à fort pouvoir d'achat. Selon Madrigall, ces CGV n'auraient pas été préparées « sur mesure » pour Payot, [...]. 262 [...]. 263

B.5.1.2 Hors France

B.5.1.2.1 Pour les revendeurs de l'UE 216. Il ressort du dossier qu'en ce qui concerne les librairies en Belgique, celles-ci sont soumises aux mêmes CGV qu'en France, et les mêmes principes sont ainsi appliqués, tant en matière de fixation des prix d'achat qu'en matière de droit de retour et de condition de paiement. 264 Plus généralement, le système applicable sur le marché belge ne se distingue pas du marché français. 265 Payot précise au surplus que les libraires belges bénéficiaient des conditions françaises bien avant que la Belgique adopte une loi de réglementation du prix du livre dès janvier 2021 (à tout le moins en Wallonie selon Payot, la loi en vigueur en Flandre étant différente), et que cette loi wallonne n'est au demeurant pas identique à la loi française. 266 217. Selon des informations fournies par Payot, la librairie [...] semble effectivement obtenir un rabais majoritairement de [...] % sur les ouvrages distribués par la SODIS (Gallimard), et également de [...] % sur les ouvrages distribués par l'UD (Flammarion). 267 218. Madrigall confirme par ailleurs que les libraires belges sont soumis aux mêmes CGV que « celles déjà transmises », à savoir en l'occurrence celles des libraires français [...], [...] et [...]. S'agissant des libraires belges, Madrigall ajoute que la Belgique est membre de l'UE avec accès au marché unique européen (contrairement à la Suisse), que la Belgique dispose d'une législation sur le prix unique du livre similaire à la loi Lang française 268 (aussi contrairement à la Suisse), et que la représentation commerciale de Madrigall qui visite les clients en Belgique est la même que celle qui visite les clients en France, 269 étant toutefois entendu que certains représentants de Madrigall vivent et travaillent en Belgique. 270 [...] précisera en audition qu'il y a un grossiste belge qui livre des petits points de vente, qu'il dispose d'un stock, mais non d'un dépôt. Il n'y a toutefois pas d'équivalent de l'OLF en Belgique, toujours selon [...]. 271 219. Sur la question de savoir ce qui empêcherait Madrigall d'appliquer le même système en Suisse, [...] a indiqué que la différence est le dépôt, il n'y en a pas en Belgique. D'une certaine façon, la Belgique est traitée comme si elle faisait partie de la France. En Suisse, les ouvrages arrivent dédouanés et doivent être pourvus de nouvelles étiquettes, ce qui ne serait pas le cas en Belgique. L'existence du

dépôt est la garantie d'avoir un approvisionnement rapide des libraires indépendants en Suisse. Cela serait précisément un problème avec le projet de Payot : Madrigall n'a pas d'idée de la volumétrie et de la gestion de ce dépôt. 272 220. En audition, [...] et [...] ont indiqué que l'Allemagne procédait également à des approvisionnements directs de livres Madrigall, sans toutefois en indiquer les conditions. 273

262 A 39, N 68.

263 A 103, l. 509 s.

264 A 41, réponse 14 ; A 42, annexe E, pp. 307 ss du PDF ; A 104, l. 456 à 462 ; A 143, réponses 26 et

27. 265 A 143, réponse 27.

266 A 156, chiffres 7 et 27 ; A 157, chiffre 2.2.

267 A 16, annexe 17.

268 A 198, N 196.

269 A 41, réponse 6 ; A 104, l. 460 à 462 et 485 ; A 143, réponses 26 et 27 ; A 156, chiffre 23.

270 A 104, l. 493 à 496.

271 A 104, l. 466 à 468.

272 A 104, l. 469 à 475.

273 A 103, l. 443 ; A 104, l. 444 s.

E. 48

Quant à [...], il indiquera de tête en audition que les CGV des grossistes français sont très proches de celles des revendeurs indépendants. 274 [...] précisera encore que mis à part la Belgique, le Québec et la Suisse, sur l'export, la plupart des pays sont approvisionnés en direct et les prix sont calculés en partant du PPHT. 275 221. En annexe de ses réponses du 21 juin 2023 et sur questions du Secrétariat, Madrigall a en outre déposé une liste des pays de l'UE vers lesquels les diffusions de Madrigall exportent leurs ouvrages, ainsi que les rabais minimal et maximal pour chacun. Cette liste, qui porte sur un ensemble de clients (libraires, grossistes, institutionnels) et de produits (toutes diffusions, y compris hors groupe Madrigall), est reproduite ici : 276

Remise la Remise la Grossiste(s) Pays plus basse plus haute local/aux Allemagne [...] % [...] % [...] Autriche [...] % [...] % [...] Belgique [...] % [...] % [...] Bulgarie [...] % [...] % [...] Chypre [...] Croatie [...] % [...] % [...] Danemark [...] % [...] % [...] Espagne [...] % [...] % [...] Estonie [...] Finlande [...] % [...] % [...] Grèce [...] % [...] % [...] Hongrie [...] % [...] % [...] Irlande [...] % [...] % [...] Italie [...] % [...] % [...] Lituanie [...] % [...] % [...] Malte [...] Pays-Bas [...] % [...] % [...] Pologne [...] % [...] % [...] Portugal [...] % [...] % [...] Rép. Tchèque [...] % [...] % [...] Roumanie [...] % [...] % [...] Suède [...] % [...] % [...]

Il ressort de ces données que la remise la plus haute maximale, en l'occurrence octroyée [...], se monte à [...] %, et la plus haute minimale, en l'occurrence octroyée [...], se monte à [...] %. La moyenne des remises les plus hautes se situe à [...] %. Il est ainsi constaté qu'avec une proposition à [...] % de remise maximale pour Payot, Madrigall se situe bien

en dessous de la moyenne européenne, et même en dessous de la remise la plus haute minimale. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall compare la remise proposée à Payot à la remise

274 A 104, l. 341 s.

275 A 104, l. 408 à 416.

276 A 143, réponse 25 et annexe J.

E. 49

minimale moyenne de [...] % pour les revendeurs européens 277, mais celle-ci n'est que légèrement inférieure à [...] % et est en outre tirée vers le bas par deux exceptions ([...] avec [...] % et [...] avec [...] %). Madrigall ne peut rien déduire de cette comparaison en sa faveur. Au contraire, c'est un indice supplémentaire que le rabais proposé à Payot est exceptionnellement bas en comparaison internationale. C'est d'autant plus étonnant que, selon Madrigall, Payot occupe également une position économique importante en comparaison internationale. 278

B.5.1.2.2 Pour les revendeurs hors UE

222. En audition, [...] a indiqué – en ce qui concerne les rabais maximaux que les revendeurs hors UE obtiennent en matière d'approvisionnement direct – qu'ils étaient de l'ordre de [...] %, voire [...] % dans certains cas. Il précise par ailleurs que Madrigall travaille dans 90 pays différents, avec des différences importantes entre les pays et les clients. Au Maroc par exemple, la diffusion [...]. 279 223. En ce qui concerne les CGV exports hors UE qui ont été présentées à Payot, [...] a indiqué qu'il s'agit de conditions basiques contenant une remise de base sujette à discussion. 280 Or, comme constaté précédemment, cela n'est pas le cas en réalité (N 139). 224. En annexe de ses réponses du 21 juin 2023 et sur questions du Secrétariat, Madrigall a en outre déposé une liste de 87 pays situés hors UE vers lesquels les diffusions de Madrigall exportent leurs ouvrages, ainsi que les rabais minimal et maximal pour 62 d'entre eux. Selon Madrigall, cette liste porte sur un ensemble de marchés différents avec des spécificités très variables (clients libraires, grossistes, institutionnels), toutes diffusions comprises. 281 225. Il ressort de ces données que la remise la plus haute maximale, en l'occurrence octroyée [...], se monte à [...] %, et la plus haute minimale, en l'occurrence octroyée [...], se monte à [...] %. La moyenne des remises les plus hautes se situe à [...] %. Il est ainsi à nouveau constaté qu'avec une proposition à [...] % de remise maximale pour Payot, Madrigall se situe bien en dessous de la moyenne mondiale (hors Europe), et également à nouveau en dessous même de la remise la plus haute minimale. Pour les revendeurs dans les pays hors de l'UE, Madrigall chiffre dans sa prise de position du 10 juin 2024 le rabais minimal moyen à [...] %. 282 Cette donnée est toutefois sujette à une erreur de calcul. En se basant sur les valeurs indiquées au N 221 ci-dessus, le rabais minimal moyen est de [...] %. Cette comparaison suggère également que le rabais (maximal) proposé par Payot est très bas en comparaison internationale.

B.5.1.3 Conclusion intermédiaire concernant les conditions usuelles 226. Vu ce qui précède, il y a lieu de constater que les remises accordées par Madrigall aux libraires français sont comprises entre [...] et [...] % du PPHT, 283 une remise de [...] % étant même un minimum dans la mesure où le libraire remplit un certain nombre de conditions de base. Il y a également lieu de constater que les librairies en Belgique sont soumises aux

mêmes CGV qu'en France ; la Belgique est traitée comme si elle faisait partie de la France. En dehors de la Belgique, du Québec et de la Suisse et en ce qui concerne l'export, la plupart des pays sont approvisionnés en direct et les remises sont calculées en partant du PPHT.

277 A 198, N 197.

278 A 198, N 112 ou 232.

279 A 103, l. 489 à 491.

280 A 104, l. 361 s.

281 A 143, réponses 28 et 29 ainsi qu'annexe K.

282 A 198, N 197.

283 A 39, N 16 s. ou encore N 70.

E. 50

Partant, il est constaté qu'en ce qui concerne l'approvisionnement en livres Madrigall, la Suisse fait l'objet d'un traitement particulier et inhabituel à double titre : d'une part, elle n'est – en tout cas à l'heure actuelle – pas approvisionnée en direct, et d'autre part, si elle était approvisionnée en direct, elle ne pourrait pas bénéficier d'une remise comprise entre [...] et [...] % du PPHT français, mais seulement d'une remise maximale de [...] % sur le PPHT français. En particulier par rapport aux autres pays européens, mais également au reste du marché mondial, le traitement dont fait l'objet le marché suisse par Madrigall interpelle. 227. Enfin, il y a lieu de retenir que le droit de retour et l'échéance de paiement de [...] jours, prévus dans les CGV de Madrigall, font partie des conditions usuelles de la branche en France. 228. Il convient ainsi d'examiner ci-après de quelle(s) façon(s) Madrigall explique ce traitement particulier du marché suisse, et en particulier comment ce « surcoût » suisse que constitue la différence entre la remise maximale proposée à Payot et les remises sensiblement plus importantes pratiquées, semblerait-il, dans le reste du monde est justifié par Madrigall.

B.5.2 La justification du « surcoût » suisse par Madrigall 229. Selon Payot, la diffusion est payée en amont par l'éditeur à son diffuseur. Cela étant dit, il y a certainement un « surcoût » suisse pour la diffusion que Payot peut comprendre. Payot en arrive à un total de [...] % de surcoût maximum sur le prix d'achat hors taxe acceptable à ses yeux, « all inclusive », 284 étant entendu que Payot parle ici de surcoût pour un achat en Suisse, et non en cas d'approvisionnement direct. 230. Toujours selon Payot, jusqu'à l'envoi de la dénonciation de Payot aux autorités de la concurrence, Madrigall n'avait pas justifié le contenu des CGV présentées à Payot ni n'était revenue vers Payot avec une version revue ou corrigée, malgré sa demande. 285 231. Dans sa prise de position du 14 décembre 2022, Madrigall avance pour la première fois que la différence entre les conditions appliquées aux partenaires commerciaux en France et celles proposées à Payot dans le cadre d'un approvisionnement direct de la France vers la Suisse s'expliquerait par des considérations commerciales légitimes, en particulier des motifs techniques et économiques qui persisteraient – dans les circonstances actuelles – à faire obstacle à l'octroi de conditions commerciales identiques à celles appliquées aux libraires français. Le taux de remise maximale de [...] % proposé par DLM à Payot aurait été calculé et estimé en tenant compte : - du surcoût que représenterait la diffusion en Suisse par rapport à la France ; - du surcoût que représenterait la distribution

en Suisse par rapport à la France ; - de l'organisation d'un approvisionnement direct de la France vers le marché suisse ; et - des coûts qui en découleraient et que devrait supporter Madrigall. 286 Ces derniers seraient liés notamment aux coûts de préparation et suivi des commandes, à la gestion des retours et du recouvrement additionnel en cas de flux parallèle (activités jusqu'à présent gérées par l'OLF), supportés intégralement par E5F. 287 232. Concernant en particulier les coûts de diffusion, Madrigall indique que le salaire d'un représentant en Suisse romande serait en moyenne 80 % supérieur à celui d'un représentant en France. Compte tenu du poids très significatif de Payot sur le marché romand, près de [...] % de l'activité des représentants en Suisse se ferait auprès de Payot selon Madrigall, auprès de qui les coûts correspondants seraient ainsi répercutés, étant encore précisé que la 284 A 1, annexe b.2, pp. 47 s. du PDF.

285 A 1, § 4.3 et 4.4.

286 A 39, N 77 et 82 ss.

287 A 39, N 86.

51 diffusion est une obligation légale des éditeurs et constitue dès lors – toujours selon Madrigall – une partie intégrante des conditions usuelles de la branche. 288 233. Dans ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat, Madrigall indique au surplus qu'en Suisse, les points de vente Payot représenteraient plus de [...] % du chiffre d'affaires réalisé dans le pays et plus de [...] % de l'activité réalisée en lien avec les représentants suisses de E5F, et donc de manière corrélative une part similaire des différents coûts liés à l'activité de E5F en Suisse. A mentionner que cette répartition des coûts totaux entre Payot et le reste du marché est contestée par Payot. 289 A ce coût de diffusion expliqué ci-dessus s'ajouterait un coût de distribution additionnel en cas de flux parallèles. 290 Selon Madrigall, c'est l'ensemble de ces coûts qui amène DLM à indiquer que le niveau de remise qui peut être proposé en Suisse est compris entre la remise de base en France qui est de [...] % et qui figure dans les conditions commerciales, et un maximum de [...] % selon le niveau de chiffres d'affaires et de retours constatés en sus des coûts évoqués. Il ne peut selon Madrigall être exigé d'elle de calquer des conditions usuelles en France strictement identiques dans un contexte légal, économique et commercial suisse différent. A l'instar d'une remise maximale de [...] % qui tiendrait compte des coûts liés à l'activité française, une remise maximale de [...] % intégrerait les coûts spécifiques à la Suisse selon Madrigall. 291 234. Lors de son audition du 5 avril 2023 et sur la question du surcoût en Suisse par rapport à la France, [...] a répondu ce qui suit : - concernant le surcoût que représenterait la diffusion en Suisse par rapport à la France : Le salaire des représentants serait environ 80 % plus élevé en Suisse qu'en France. La diffusion étant une activité essentielle en Suisse, l'équipe suisse de [...] représentants doit être maintenue selon [...], que l'approvisionnement se fasse en direct ou non. Le coût de cette équipe (salaire, structure) serait plus élevé qu'en France, et représenterait une part significative du coût additionnel, respectivement le poste principal du surcoût. C'est principalement sur la diffusion que la différence de coût se fait, étant encore précisé que pour la Suisse, [...] ; 292 - concernant le surcoût que représenterait la distribution en Suisse par rapport à la France : [...] indique dans un premier temps qu'il n'a pas de clarté suffisante quant à la façon dont Payot fonctionnerait, respectivement quant à l'organisation des flux aller et retour. Il y a lieu de s'assurer qu'il n'y ait pas de confusion avec le système actuel de l'OLF, ce qui est envoyé, comment cela est réparti par point de vente et ce qui est retourné. La discussion n'aurait pas

encore eu lieu avec Payot à ce sujet. Madrigall part du principe qu'il y aura un surcoût par rapport à cela. Par ailleurs, [...] indique que les livres devront être étiquetés en Suisse, et il faudra savoir quelle part des livres reviendra étiquetée ou non, un livre retourné étiqueté étant pilonné (détruit), car l'étiquette abîmerait le livre. Si la création d'un flux parallèle amène à augmenter la part de livres pilonnés, cela entraînerait un surcoût. S'ils ne sont pas étiquetés, les livres sont en principe remis en stock. Le surcoût dépendrait donc aussi de la nature des flux qui seraient retournés. Pour certains ouvrages (p. ex. de la collection La Pléiade), Madrigall essaierait d'enlever les étiquettes. Pour les livres de poche en revanche, dont le coût de revient est très bas, ils seraient pilonnés. Le pilonnage représenterait ainsi un coût pour Madrigall, ce qui expliquerait le surcoût lié à la distribution ; 293

288 A 39, N 83 s.

289 A 156, chiffre 1.

290 A 198, N 205.

291 A 41, réponse 16.

292 A 104, l. 105 à 119.

293 A 104, l. 123 à 142 ; A 104, l. 370 ss.

52 - concernant le surcoût de l'organisation d'un approvisionnement direct de la France vers le marché suisse : Selon [...], ce surcoût serait lié à la démutualisation des dépôts. Madrigall a actuellement un accord avec l'OLF, qui fournit une prestation dont la rémunération est dégressive selon l'ampleur des mouvements pris en charge. Si les mouvements de Payot devaient s'arrêter, Madrigall subirait un surcoût pour les autres libraires, surcoût qui a été estimé. Selon Madrigall, il n'y aurait pas de raison que les autres libraires indépendants subissent ce surcoût, qui serait ainsi mis à la charge de Payot. 294 235. Selon Payot, les motifs avancés par Madrigall ne tiendraient pas, cela pour les raisons suivantes : 295 - le surcoût que représenterait la diffusion en Suisse par rapport à la France : Payot estime que la diffusion telle qu'elle existe aujourd'hui est bâtie sur le même modèle qu'il y a 40 ans, avant l'éclosion des moyens modernes de communication. Elle estime ainsi que le modèle de présentation des nouveautés serait dépassé, chronophage et inutile, et qu'il n'offrirait aucune réelle valeur ajoutée. Un nouveau modèle basé sur l'envoi préalable du programme annoté, des visioconférences et des visites beaucoup moins fréquentes dans les librairies permettrait d'optimiser la diffusion et d'en réduire les coûts pour les diffuseurs. Finalement, Payot indique plus généralement que le surcoût pour la diffusion suisse devrait être réparti équitablement entre tous les clients par une règle de trois ; 296 - le surcoût que représenterait la distribution en Suisse par rapport à la France : Vu que c'est Payot qui prendrait en charge l'enlèvement des palettes chez la SODIS et l'UD, le transport, le dédouanement, ainsi que le transit par sa base arrière avant de livrer ses magasins physiques, il n'y aurait aucun coût pour Madrigall, contrairement à la situation actuelle. Payot ne se prononce toutefois pas sur la question de l'étiquetage ; - l'organisation d'un approvisionnement direct de la France vers le marché suisse : Payot ne voit pas en quoi il y aurait ici le moindre surcoût. Les centres de distribution de la SODIS et de l'UD reçoivent les commandes, les traitent, les préparent et les facturent en hors taxe, comme elles le font déjà pour les clients du « grand export ». Pour Payot, chaque distributeur ne reçoit qu'une seule commande à traiter pour l'ensemble de ses librairies, ce qui simplifie grandement la tâche logistique pour eux, avec une seule préparation à effectuer et une seule facture à

émettre. Par rapport à des chaînes de librairies comparables en France, dont chaque point de vente envoie ses commandes sans centralisation, cela constituerait selon Payot de fait une économie non négligeable pour la SODIS et l'UD 297 ; - les coûts qui en découleraient et que devrait supporter Madrigall : Le seul coût pour Madrigall serait le maintien du système actuel pour les autres revendeurs, coûts que Payot n'a toutefois pas à supporter.

L'approvisionnement direct réduirait les coûts pour Madrigall selon Payot, y compris en matière de coûts des « mouvements chez OLF », qui n'auraient plus lieu d'être pour Payot. Sur la partie logistique et distribution, il n'y aurait donc aucun surcoût pour Madrigall par rapport à un revendeur français similaire, et même une économie substantielle en raison du regroupement des commandes. 236. A la suite de ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat ainsi qu'aux déclarations de [...] du 5 avril 2023, Madrigall a indiqué dans ses réponses du 21 juin 2023 qu'il lui paraissait essentiel de préciser comment le taux de remise maximale théorique

294 A 104, l. 145 à 150 ainsi que 417 à 423.

295 A 65, réponse 16.

296 A 156, chiffre 3.

297 Madrigall semble également confirmer la centralisation des achats concernant Payot, A 103, l. 251 s.

et 582.

53 de [...] % offert à Payot avait été calculé par DLM, 298 chose qui n'avait jamais été expliquée et détaillée jusqu'alors. Concrètement, l'offre de DLM résulterait de la démarche suivante : - Estimation de la remise moyenne : Application à l'ensemble des points de vente Payot des CGV de chacune des diffusions du groupe Madrigall en s'appuyant sur les critères quantitatifs (chiffre d'affaires et taux de retours) et critères qualitatifs (largeur de l'offre, nombre d'opérations, etc.) sur la base des informations disponibles au titre de l'année 2022 ; - Calcul de la moyenne pondérée par le chiffre d'affaires de chaque point de vente : Selon Madrigall, l'enseigne française [...] est celle qui se rapprocherait le plus de Payot par son chiffre d'affaires et son nombre de points de vente, mais avec un assortiment qui serait beaucoup plus large et un fond animé de façon beaucoup plus régulière. Sa remise moyenne liée à l'application des CGV serait de [...] %. Pour Payot et toujours selon Madrigall, la remise moyenne « théorique » obtenue serait de [...] % (moyenne pondérée par le chiffre d'affaires, mais Payot estime que le mode de calcul utilisé par Madrigall ne serait pas transparent et que la remise annuelle serait volontairement abaissée ; 299 - Estimation du coût additionnel : Pour une activité en Suisse s'appuyant selon Madrigall sur les représentants actuels de E5F, par rapport à une activité opérée en France pour des clients ayant des magasins en France, l'estimation du coût additionnel serait de [...] % du CA PPHT, taux qui se décomposerait comme suit : o Coût lié aux frais de personnel de la diffusion : Le coût d'une équipe de représentants et du compte clé serait de [...] % en France contre [...] % en Suisse (en raison principalement du salaire plus élevé de 80 % en Suisse selon Madrigall). Ce surcoût serait donc de [...] % du CA PPHT ; 300 o Coût lié à la garantie du risque crédit : Sur la base d'un chiffre d'affaires de € [...] millions, le coût estimé de l'assurance-crédit serait de [...] % des sommes facturées selon Madrigall, soit près de € [...]. Le surcoût serait donc de [...] % du CA PPHT, étant précisé que l'obtention d'une garantie ne serait pas acquise ; o Coût additionnel Service Relation Clients et Recouvrement : Selon Madrigall, le temps nécessaire à l'analyse des flux en provenance de

Payot en complément de celui de l'OLF nécessiterait [...]. De la même manière, [...] serait nécessaire toujours selon Madrigall pour le service recouvrement, eu égard à la spécificité d'un client suisse (fonctionnements bancaires et mécanismes de garantie différents). Ces surcoûts de € [...] représenteraient [...] % du CA PPHT ; o Coût lié à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution : Les prestations de l'OLF (commissions sur les flux aller et retour) étant liés à la volumétrie totale des libraires et de Payot, dans l'hypothèse d'un approvisionnement direct en France de l'ensemble des flux Payot, le coût selon Madrigall pour les autres clients serait majoré de € [...], soit un surcoût de [...] % du CA PPHT. Selon Payot, ces coûts ne seraient pas son affaire, mais ceux d'OLF et Madrigall. En aucun cas Payot n'aurait à en supporter les conséquences selon elle ; 301 o Perte sur les retours : Selon Madrigall, tout ouvrage arrivant non désétiqetue ou abimé par un désétiqetue mal fait est pilonné dans les entrepôts de Madrigall

298 A 143, pp. 19 ss.

299 A 156, chiffre 7.

300 Selon Payot, le compte-clé, dont le [...] % serait consacré au suivi exclusif du compte de Payot,

serait une invention récente de Madrigall au sein de E5F et sa formule actuelle, quasiment intégralement dédiée à Payot. Elle serait inutile et trop coûteuse, A 156, chiffre 1. 301 A 156, chiffre 3 et conclusion.

54 (pratique commune aux distributeurs français). En moyenne, selon Madrigall, Payot retournerait [...] exemplaires tous les ans, dont [...] seraient pilonnés. Sur les [...] exemplaires restants, habituellement [...] % (soit [...] exemplaires) sont réintégrés. En cas d'approvisionnement direct et selon Madrigall, les [...] exemplaires précités ne pourraient toutefois pas être réintégrés. Sur la base d'un coût de revient de fabrication unitaire de € [...], 302 cette perte représenterait un total d'environ € [...] selon Madrigall ([...] x € [...]). Le surcoût serait donc de [...] % du CA PPHT. A cela s'ajouterait un manque à gagner lié à la perte de marge sur ces retours pilonnés estimé à € [...], soit [...] % du CA PPHT. 303 Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall se base désormais – comme le Secrétariat dans sa Proposition – sur les chiffres de l'année 2022 ([...] exemplaires retournés par Payot) 304 et constate que, sur [...] exemplaires en principe réintégrables, [...] % sont « “impropre[s]” à la réintégration » dans le cas de Payot en raison de dommages. Néanmoins, Madrigall se base sur les quelque [...] (soit [...] % de [...]) exemplaires restants réellement réintégrables pour déterminer les surcoûts, ce qui donnerait un montant de € [...] ([...] x € [...]), soit [...] % du CA PPHT lié à la perte sur les retours pilonnés (sans la perte de marge). 305 En ce qui concerne la réduction de la remise maximale théorique pour Payot, Madrigall semble quand même s'en tenir à son estimation initiale basé sur les [...] retours de Payot. 306 Payot quant à elle estime que cette perte n'a aucun sens. Laisser entendre que ce poste n'existerait pas en France, ce qui reviendrait à dire que tous les ouvrages retournés y sont remis en stock et en circulation, serait faux, comme cela serait confirmé par [...]. 307 Les titres pilonnés pour Payot le seraient uniquement pour les titres pour lesquels Madrigall, dans la fiche- article, indique « pilon ». Il n'y aurait donc aucune « perte sur retours pilonnés » spécifique à Payot à prévoir, et ces surcoûts seraient imaginaires. 308

237. Il résulte de ce qui précède selon Madrigall que la remise maximale proposée par DLM de [...] % tiendrait compte des points ci-dessus, qui aboutissent à une remise de [...] %, soit

la remise moyenne théorique (N 236) diminuée des surcoûts mentionnés ([...] % – [...] %). En outre, selon Madrigall, si le chiffre d'affaires venait à baisser, le coût additionnel serait mécaniquement plus élevé, sans tenir compte de l'impact sur la remise moyenne théorique calculée. Madrigall souligne finalement encore les risques d'affaiblissement de l'enseigne Payot en cas d'approvisionnement direct (le dépôt ne pouvant plus jouer son rôle essentiel selon Madrigall). Payot indique quant à elle qu'elle a du mal à comprendre que son traitement coûterait [...] % de plus qu'un équivalent français. La comparaison des coûts détaillés montrerait des surcoûts pour Payot liés au fait que dans le mode de calcul pour l'équivalent français, ce seraient des moyennes nationales (tous réseaux confondus) qui seraient appliquées, et non les coûts réels. Plus généralement concernant la remise de [...] %, Payot la considère comme totalement irréaliste, vu qu'elle ferait supporter à Payot des coûts qui sont

302 L'A 143 p. 20 mentionne vraisemblablement € [...] par erreur, cela a été corrigé d'office ici.

303 A 143, p. 20.

304 Madrigall mentionne dans sa prise de position du 10 juin 2024 [...] exemplaires retournés par Payot

en 2022 au lieu de [...] exemplaires. Selon les chiffres mis à disposition par Madrigall dans le cadre de l'enquête (A 143, réponse 5, annexe C et fichier Excel), ce dernier chiffre devrait être correct. Pour cette raison, les chiffres utilisés – d'office – dans la présente décision diffèrent légèrement de ceux utilisés dans la prise de position de Madrigall, sans que cela n'affecte en rien les conclusions. 305 A 198, N 289 ss.

306 A 198, N 519 ss.

307 A 104, l. 130 à 140, où il est toutefois indiqué qu'un livre étiqueté qui est retourné est pilonné (détruit),

et s'il n'est pas étiqueté, il est en principe remis en stock. 308 A 156, chiffres II.8 et 3 (« Autres remarques et informations »).

55 du ressort du fournisseur, en l'occurrence Madrigall. Payot maintient que c'est sur la base des conditions françaises – et elles seules – que le niveau de remise doit être calculé. 309 238. Pour justifier le surcoût suisse proposé par Madrigall à Payot – à savoir une remise maximale théorique de [...] % du PPHT français proposé par DLM à Payot au lieu d'une remise comprise entre [...] et [...] % du PPHT français –, Madrigall invoque donc principalement cinq motifs différents. Ces cinq motifs sont analysés en détail sous le titre suivant.

B.5.3 L'évaluation des surcoûts invoqués par Madrigall

B.5.3.1 Remarques préalables 239. En ce qui concerne premièrement les surcoûts invoqués par Madrigall, le second questionnaire envoyé par le Secrétariat à Madrigall le 18 avril 2023 – auquel celle-ci a répondu le 21 juin 2023 – portait presque exclusivement sur ces différents points. 310 C'est donc avant tout les informations livrées par Madrigall le 21 juin 2023 et résumées ci-dessus au N 236 qui sont évaluées ci-après, et en particulier celles portant sur la manière dont le taux de remise maximale de [...] % offert à Payot a été calculé.

240. De façon générale, il est relevé qu'en 2022, le chiffre d'affaires brut PPHT 311 réalisé par Madrigall avec Payot s'est monté à € [...] millions. 312 En y appliquant un taux de remise de [...] % – étant rappelé qu'il s'agirait d'un taux de remise maximum –, un chiffre d'affaires net de € [...] millions serait obtenu, soit une remise effective de € [...] millions. Si le taux de remise moyenne théorique de [...] % était appliqué (N 236 ci-dessus), le chiffre d'affaires net s'élèverait à € [...] millions, soit une remise effective de CHF [...] millions. En appliquant un taux de remise de [...] % plutôt que de [...] %, la remise effective serait ainsi supérieure de [...] %, soit € [...] million de plus (différence entre € [...] et € [...] millions). Toutefois, le montant de cette différence est potentiellement trop faible, car selon Payot, le mode de calcul utilisé par Madrigall pour obtenir le taux de [...] % ne serait pas transparent et la remise annuelle serait volontairement abaissée. 313 A noter enfin que la différence entre la remise maximale de [...] % proposée à Payot et celle dont bénéficient les libraires français se monte à € [...] en partant du CA PPHT réalisé par Madrigall avec Payot en 2022 ([...] % de € [...] millions).

B.5.3.2 L'estimation de la remise moyenne 241. Concernant l'estimation de la remise moyenne (voir en page 54), à première vue et si cette façon de procéder correspond à la pratique en France, elle semble correcte. Il est relevé que Madrigall ne fait pas valoir de coûts spécifiques pour ce poste. Quant à Payot, elle n'a pas remis en cause cette façon de procéder. Le point central aux yeux des autorités de la concurrence, c'est que les différents calculs des remises soient effectués de façon identique pour les enseignes françaises que pour les enseignes suisses qui procéderaient à un approvisionnement direct, et qu'aucun biais ne soit introduit à l'occasion de ces calculs.

309 A 156, chiffres II.8 et 3 (« Autres remarques et informations »).

310 A 143.

311 C'est-à-dire le chiffres d'affaires sans remise ; ci-après : CA PPHT.

312 A 143, annexe H. Madrigall mentionne systématiquement un CA PPHT de € [...] millions pour Payot,

alors que celui-ci s'élevait à € [...] millions en 2022. Par souci de simplification, il est par la suite tenu compte d'un CA PPHT de € [...] millions, comme y procède Madrigall dans ses calculs. Cette simplification n'a aucune influence sur les résultats des calculs et les conclusions qui en découlent. 313 A 156, chiffre 7.

56 B.5.3.3 Le calcul de la moyenne pondérée par le chiffre d'affaires de chaque point de vente

242. Concernant ce point (voir en page 54), Madrigall calcule les taux de remise maximaux théoriques pour chaque filiale de Payot et pour son site Internet à l'aide des objectifs fixés dans les CGV Gallimard, Flammarion, ainsi que CDE 314 et Sofédis (deux autres diffuseurs de Madrigall). L'attribution des points sur la base desquels est établie la remise maximale théorique relève par nature de la compétence de Madrigall et ne peut être évaluée en définitive que par Madrigall, respectivement et le cas échéant, par Payot. Alors que le système d'attribution des points pour les critères quantitatifs semble en principe compréhensible pour les autorités de la concurrence, il n'en va pas de même pour les critères qualitatifs, ou alors seulement partiellement. Par exemple, Madrigall n'explique initialement pas pourquoi tous les magasins Payot obtiennent 0 point pour le critère « Réassortiment Fonds » (Gallimard). Madrigall affirme à ce sujet que Payot n'aurait pas droit

à cette remise de qualité en raison d'une décision de Payot. 315 Il ne ressort pas non plus des explications de Madrigall ni des pièces au dossier pourquoi différentes filiales n'obtiennent pas de points ou obtiennent moins de points que le nombre maximal possible, par exemple pour le critère « Promo » (Gallimard, Flammarion, et Sofédis). Madrigall explique cela par le fait que certains magasins ne remplissaient pas les critères correspondants. 316 Il faudrait en outre tenir compte du fait que Payot comprend des petites, moyennes et grandes librairies et ne pourraient donc pas bénéficier de la remise maximale de [...] %, car les critères sont évalués par magasin. 317 En comparaison avec l'enseigne française [...] (taux de remise sur CA PPHT de [...] %, N 245) et selon toute vraisemblance, le taux de remise maximal théorique calculé par Madrigall pour Payot semble trop bas par rapport à ce dont bénéficierait une enseigne française comparable. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Payot réaffirme qu'elle remplirait tous les critères qui donneraient droit au rabais de [...] %. 318 A l'occasion de son plaidoyer devant la COMCO, elle s'est limitée à affirmer qu'au moins ses magasins de Genève et Lausanne obtiendraient ces remises. 319 243. Vu ce qui précède, la question de savoir si le taux de remise moyenne théorique de [...] % pour Payot correspond effectivement au taux de remise que l'enseigne obtiendrait aux conditions françaises ne peut être tranchée sur la base des informations fournies par Madrigall. Les explications énumérées dans la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024 concernant la remise maximale ne le remettent pas fondamentalement en cause. Les affirmations – en partie tout à fait plausibles – restent toujours improuvées. Il faut également tenir compte du fait que les critères prétendument non remplis par Payot (par exemple en ce qui concerne les retours ou le critère « Promo ») sont des instantanés et peuvent être évalués différemment d'une année à l'autre. Dans l'ensemble, Madrigall ne parvient pas à justifier de manière crédible pourquoi un rabais de [...] % est a priori exclu pour Payot. Peu importe que Payot n'explique pas non plus de manière convaincante pourquoi elle aurait droit au rabais maximal de [...] %. Faute d'explications tangibles à ce sujet et vu les biais de calcul mis en évidence, il est constaté que Madrigall échoue à démontrer que la remise moyenne théorique que Payot obtiendrait en France serait « seulement » de [...] %. L'impact pratique de ce point est toutefois limité dans la mesure où l'aspect central de la présente enquête est constitué par la différence de remise entre Payot et une enseigne française comparable, soit remplissant les mêmes critères que Payot selon les CGV et conditions commerciales de Madrigall. Ainsi, si une

314 Le Centre de Diffusion de l'Édition (CDE) diffuse une quarantaine d'éditeurs et appartient au groupe

Madrigall. Les éditeurs diffusés par le CDE sont distribués par la SODIS, filiale de distribution de Gallimard. 315 A 198, N 210.

316 A 198, N 210.

317 A 198, N 214.

318 A 197, p. 2.

319 A 219, p. 5 s des notes de plaidoiries de Payot.

57 différence justifiable du taux de remise devait pouvoir être calculée entre les enseignes suisses et les enseignes françaises, elle devrait être fixée en points de pourcentage, et non en déduction d'un certain taux maximum.

B.5.3.4 L'estimation des coûts additionnels

B.5.3.4.1 Généralités 244. Pour déterminer le rabais effectif, Madrigall part dans un premier temps du taux de remise moyenne théorique de [...] % du CA PPHT. Les différents surcoûts identifiés par Madrigall pour justifier l'abaissement du taux de remise maximale à [...] % sont calculés sur la base des différences entre Payot et l'enseigne [...], en déduisant le pourcentage du CA PPHT de Payot de la remise théorique de [...] %. 245. Madrigall qualifie les enseignes [...] et Payot de comparables en ce qui concerne le CA PPHT ([...] € [...] millions ; Payot € [...] millions) et le nombre de points de vente. 320 Cette comparaison semble plausible à première vue : pour les composantes des coûts de diffusion/distribution pour lesquelles Madrigall n'identifie pas de coûts supplémentaires de Payot (commissions de distribution, frais personnels de diffusion autres, et diffusion frais généraux), [...] et Payot présentent des montants très similaires. Le rabais de [...] sur leur CA PPHT est de [...] %. 321 Ce rabais plus élevé par rapport au rabais théorique de Payot serait justifié – selon Madrigall – par le fait que l'enseigne [...] disposerait d'un « assortiment plus large et un fonds animé de façon beaucoup plus régulière ». 322 246. Le coût total de diffusion/distribution concernant Payot dans le cadre d'un approvisionnement direct est estimé par Madrigall à € [...] million (soit [...] % du CA PPHT). En ce qui concerne [...], ces coûts s'élèveraient à € [...] million (soit [...] % du CA PPHT). Pour Payot, ces coûts seraient donc supérieurs d'environ € [...] à ceux de [...], soit [...] %. Madrigall y ajoute les coûts liés à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution, ce qui se traduit par un surcoût revendiqué de € [...]. Ce surcoût correspond à la diminution de la remise moyenne théorique de [...] % à la remise maximale théorique de [...] % proposée par Madrigall. 247. Payot conteste, d'une part, certaines composantes des coûts de diffusion/distribution qui lui sont imputables (p. ex. en ce qui concerne la répartition des coûts des frais de personnel des représentants et compte-clé entre Payot et les autres libraires suisses) et, partant, le montant total de ces coûts. 323 D'autre part, les surcoûts seraient dus au fait que les coûts de diffusion/distribution concernant [...] ne correspondraient pas aux coûts réels, mais à une moyenne française sur l'ensemble des clients de Madrigall. 324 248. En ce qui concerne [...], il est constaté que la part des coûts de diffusion/distribution dans le chiffre d'affaires net ainsi que les parts des différentes composantes des coûts (p. ex. frais professionnels des représentants et compte-clé) sont relativement proches des valeurs moyennes françaises. Les bases de données disponibles ne permettent pas de déterminer directement si les valeurs indiquées pour [...] correspondent à la réalité. En ce qui concerne les frais professionnels des représentants et compte-clé, Madrigall mentionne dans sa prise de position du 10 juin 2024 avoir utilisé la moyenne sur l'ensemble de la diffusion de

320 [...] compte [...] magasins en France selon son propre site Internet, voir [...] (18.12.2023).

321 A 143, réponses 9 et 11. Par souci de simplification et parce que le CA PPHT de Payot 2022 était

également légèrement supérieur à € [...] millions, il est par la suite tenu compte d'un CA PPHT de € [...] millions pour les deux enseignes, comme y procède d'ailleurs également Madrigall dans ses calculs. Cette simplification n'a aucune influence sur les résultats des calculs et les conclusions qui en découlent. 322 A 143, réponse 29, chiffre 2.

323 A 156, chiffres 1 et 8.

324 A 156, chiffre 8.

58 Madrigall en France pour les déterminer. 325 Il ressort néanmoins des données fournies par Madrigall que la part des coûts de diffusion/distribution concernant [...], soit environ [...] % du total des coûts de diffusion/distribution de Madrigall en France (€ [...] millions), est similaire à la part du chiffre d'affaires net de [...] (environ € [...] millions) par rapport au chiffre d'affaires net total de Madrigall en France (environ € [...] millions), soit environ [...] %. 326 249. De façon très générale, les enseignes [...] et Payot peuvent donc être considérées comme étant comparables. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall remet en question la comparabilité des enseignes [...] avec Payot. 327 [...] ne serait ainsi comparable à Payot qu'en ce qui concerne le CA PPHT et le nombre de points de vente. Cependant, Madrigall avait déjà souligné les limites de la comparaison, par exemple en ce qui concerne l'assortiment. 328 Cependant, Madrigall utilise [...] pour calculer avec précision les surcoûts de la diffusion par rapport à Payot – répartis sur différents postes de coûts – et en déduire la réduction du rabais maximal possible à [...] %. Par exemple, en raison des surcoûts liés aux frais de personnel de la diffusion, il y a une réduction de [...] points de pourcentage, ce qui correspond à la différence des coûts concernés entre Payot ([...] % du CA PPHT) et [...] ([...] % du CA PPHT). 329 La justification de la réduction proposée à Payot repose donc sur la comparaison directe des coûts de diffusion de Payot et de [...]. Par ailleurs, Payot et [...] semblent disposer d'une valeur presque identique pour les postes de coûts de diffusion pour lesquels Madrigall n'identifie pas de surcoûts par rapport à Payot (p. ex. Frais personnels de diffusion autres et Frais généraux). 330 Rien ne s'oppose donc à ce que les autorités de la concurrence s'inspirent de cette comparaison avancée par Madrigall pour justifier les surcoûts et leur montant dans le cadre de la diffusion.

B.5.3.4.2 Les coûts liés aux frais de personnel de la diffusion et de compte-clé 250. Il convient de noter que Madrigall identifie les surcoûts les plus importants pour ce poste de coûts. Les justifications avancées par Madrigall reposent en partie sur des affirmations non étayées, ce qui a amené les autorités de la concurrence à évaluer la plausibilité des affirmations de Madrigall au moyen de scénarios. 251. Concernant ce point (voir en page 54), la principale raison évoquée par Madrigall pour expliquer les coûts de personnel plus élevés pour la diffusion en Suisse par rapport à la France (ou à d'autres pays) est que les salaires seraient 80 % plus élevés en Suisse. Selon Madrigall, il n'y aurait cependant pas d'autres coûts supplémentaires spécifiques à la Suisse en ce qui concerne les coûts liés aux frais de personnel de la diffusion en Suisse par rapport à la France (ou à d'autres pays). 331 252. Même si ces coûts étaient effectivement 80 % plus élevés en Suisse qu'en France – ce qui est examiné ci-après – cela ne permettrait de compenser qu'une partie des frais de personnel des représentants et compte-clé plus élevés que Madrigall fait valoir comme surcoût par rapport à l'enseigne française [...] : pour Payot en effet, Madrigall estime le coût lié aux frais de personnel de la diffusion à € [...] et pour [...] à € [...], ce qui correspond à un facteur de [...] ([...] %). 253. Les représentants d'E5F sont stationnés en Suisse et ne se déplacent pas depuis la France, contrairement à la Belgique par exemple. De ce fait, dans l'organisation actuelle de la

325 A 198, N 236.

326 A 143, réponse 12.

327 A 198, N 529.

328 A 143, réponse 11.

329 A 143, réponse 29.

330 A 143, réponse 29.

331 A 39, N 83 ; A 104, l. 105 ss.

59 diffusion/distribution via E5F, des coûts supplémentaires sont avancés en raison du niveau de salaire plus élevé en Suisse qu'en France, ce que Payot reconnaît sur le principe. 332 254. Le point de départ des considérations suivantes est constitué par les frais de personnel des représentants et comptes clés que Madrigall fait valoir pour la librairie française [...]. Pour [...], Madrigall chiffre ces frais à € [...] (= [...] % du CA PPHT), et pour Payot à € [...] (= [...] % du CA PPHT). Ces coûts sont donc [...] fois plus élevés chez Payot que chez [...], ce qui correspond à [...] % du CA PPHT. Pour une différence de niveau de salaire entre la Suisse et la France de 80 % comme avancée par Madrigall (facteur de 1.8), les coûts pour Payot s'élèveraient à € [...] (= [...] % du CA PPHT), en partant de € [...]. Dans un tel cas, le surcoût serait de [...] % du CA PPHT. Comme cela sera démontré ci-après, les différences entre la Suisse et la France en ce qui concerne le niveau des salaires ainsi que le niveau des coûts de la main-d'œuvre, en l'occurrence pertinents pour la comparaison des coûts, 333 sont en réalité inférieurs à 80 %. Les coûts supplémentaires correspondants sont donc surestimés par Madrigall.

255. Dans ce qui va suivre, les éléments suivants seront analysés : - les différences de salaires et de charges salariales accessoires entre la Suisse et la France (N 256 ss) ; - les différences de productivité de la main-d'œuvre et du temps de travail effectif entre la Suisse et la France (N 265 ss), étant précisé que les conclusions restent générales, faute de bases de données détaillées. Ces différences ne seront toutefois pas prises en considération dans les calculs, ce qui est en faveur de Madrigall ; 334 - les coûts de la diffusion/distribution en lien avec Payot (N 268 ss) ; - le temps investi et les coûts de main-d'œuvre des représentants d'E5F (N 273 ss), ainsi que - les frais de personnel et du compte clé (N 288 ss).

I. Différence de salaires et de charges salariales accessoires entre la Suisse et la France 256. Selon les fiches de salaire de novembre 2022 des quatre représentants d'E5F en Suisse, le salaire mensuel moyen net s'élève à CHF [...]. 335 Sur la même période, les Editions Gallimard ont payé un salaire net moyen de € [...] à quatre représentants en France. En

332 A 83, réponse 14.

333 En fait, ce sont les coûts salariaux unitaires, c'est-à-dire les coûts par unité de prestation ou les coûts

salariaux en tenant compte des charges salariales accessoires, de la productivité de la main-d'œuvre et des heures de travail effectives, qui seraient décisifs pour le calcul des coûts supplémentaires admissibles (cf. REINER EICHENBERGER, Hochpreisinsel Schweiz: Ursachen, Folgen, wirkungsvolle Rezepte, Agrarwirtschaft und Agrarsoziologie, 2005, Cahier 2, pp. 41 à 54 ; Surveillant des prix [2014], Preise und Kosten, 2014, 44, <www.preisueberwacher.admin.ch/pue/fr/home/documentation/publications/etudes---analyses/2014.html> [18.12.2023]). En raison de la disponibilité incomplète de données fiables, il est finalement renoncé, en faveur de Madrigall, d'utiliser les coûts salariaux unitaires comme base de calcul et de comparaison (N 265 ss). Il est néanmoins important d'aborder les coûts salariaux unitaires, au moins qualitativement. 334 Les données relatives au temps de travail effectif ainsi qu'à la productivité de la main-d'œuvre dans

différents pays sont souvent disponibles à un niveau agrégé. Un calcul exact des différences dans un secteur spécifique n'est pas possible ou seulement au moyen d'hypothèses et

d'approximations. Une analyse des données sectorielles disponibles montre toutefois qu'il peut généralement être parti du principe que les différences qui se manifestent au niveau agrégé sont également valables pour les différentes branches (avec des variations potentiellement marquées). 335 A 40, annexe 9B.

60 supposant une parité entre le franc suisse et l'euro comme c'était pratiquement le cas tout au long de l'année 2023, les salaires nets versés en Suisse sont supérieurs de [...] %. 336 257. Si l'on compare les salaires bruts des fiches de paie des représentants d'E5F avec la « RÉMUNÉRATION BRUTE » des fiches de paie des Editions Gallimard, la différence est en moyenne de [...] %. 337 La différence plus importante par rapport aux salaires nets s'explique par le fait que dans deux cas, les paiements des représentants français sont supérieurs à la « RÉMUNÉRATION BRUTE », car les allocations (p. ex. remboursements de frais) dépassent les déductions (p. ex. pour les assurances sociales), alors que les bulletins de salaire des représentants d'E5F ne contiennent pas de suppléments. 258. Dans l'une de ses prises de position, Madrigall mentionne les salaires versés annuellement pour cinq maisons d'édition du groupe Madrigall : 338 - Gallimard : € [...] à € [...] (valeur médiane : € [...]) ; - Flammarion : € [...] à € [...] (valeur médiane : € [...]) ; - Livre Diffusion : € [...] à € [...] (valeur médiane : € [...]) ; - CDE : € [...] à € [...] (valeur médiane : € [...]) ; - SOFEDIS : € [...] à € [...] (valeur médiane : € [...]). 259. Il en résulte des paiements mensuels moyens de € [...], € [...], € [...], € [...] et € [...] et une valeur moyenne non pondérée de € [...]. En comparaison, les salaires nets des représentants de E5F sont supérieurs de [...] %. 339 260. Ces comparaisons montrent que les différences de salaires nets et bruts entre la Suisse et la France sont nettement inférieures à 80 %, et cela d'autant plus qu'une approche conservatrice a été suivie. 261. Le coût total de la main-d'œuvre comprend, outre les salaires bruts, les charges salariales accessoires telles que les cotisations patronales aux assurances sociales. L'Office fédéral de la statistique calcule régulièrement la composition des coûts de la main-d'œuvre en Suisse dans le cadre de l'enquête « Structure des coûts de la main-d'œuvre par heure

336 A 40, annexe 9A. Une fiche de salaire d'un représentant français n'a pas été prise en compte (p. 46),

car elle comprend un 13^e mois de salaire. Selon la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024, cela fausserait l'image. Si l'on tenait correctement compte de la moitié de ce salaire, les salaires nets en Suisse seraient supérieurs de [...] % (au lieu de [...] %) et les salaires bruts de [...] % (au lieu de [...] %) à ceux de la France (cf. A 198, N 218). Cette correction n'est pas contestée en l'espèce, et pour ce qui est de sa pertinence, il est renvoyé au N 263 ci-dessous. Si les médianes étaient utilisées au lieu de la moyenne arithmétique, la différence concernant les salaires nets se réduirait à [...] %. En effet, dans les certificats de salaire de E5F, un salaire est particulièrement élevé par rapport aux autres et tire ainsi la moyenne arithmétique vers le haut, ce qui ne se produirait pas en tenant compte des valeurs médianes. En retenant ici la moyenne arithmétique, une approche plus « conservatrice » est suivie, ce qui est en faveur de Madrigall. 337 Si les valeurs médianes étaient considérées plutôt que la moyenne arithmétique, la différence se

réduirait à [...] %. En retenant ici la moyenne arithmétique, une approche plus « conservatrice » est suivie, ce qui est en faveur de Madrigall. 338 A 143, réponse 18.

339 Si l'on considère que toutes les maisons d'édition versent 13 mois de salaire à leurs représentants,

les versements mensuels seraient réduits en conséquence et l'écart se creuserait pour atteindre [...] %. Selon la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024, certaines fiches de salaire contiendraient un 13e salaire. Cela engendrerait une différence de salaire net de [...] % au lieu de [...] % (cf. A 198, N 218). Cette correction n'est pas contestée en l'espèce, et pour ce qui est de sa pertinence, il est renvoyé au N 263 ci-dessous. Si les valeurs médianes étaient considérées plutôt que la moyenne arithmétique, la différence descendrait à [...] %. En retenant ici la moyenne arithmétique, une approche plus « conservatrice » est suivie, ce qui est en faveur de Madrigall.

61 travaillée selon les sections économiques ». 340 Selon les calculs effectués pour l'année 2020, les salaires et traitements (salaires bruts) représentent, toutes branches économiques confondues, environ 80 % du coût total de la main-d'œuvre. Les 20 % restants se composent des cotisations sociales des employeurs (environ 17.5 points de pourcentage) ainsi que d'autres dépenses (environ 2.5 points de pourcentage). Ainsi, en Suisse, les coûts de la main- d'œuvre sont supérieurs de 25 % aux salaires bruts, cette valeur étant stable au fil des ans. 262. Pour la France, Eurostat indique que les charges salariales accessoires représentent 32 % du coût total de la main-d'œuvre en 2022. 341 En conséquence, les coûts salariaux sont supérieurs de 47 % aux salaires bruts. Ceci est confirmé par les données contenues dans les quatre fiches de paie des Editions Gallimard concernant les cotisations patronales aux assurances sociales : 342 ces cotisations s'élèvent à [...] % pour la « RÉMUNÉRATION BRUTE » et à [...] % pour les versements. Ces valeurs reflètent vraisemblablement plus précisément la situation de la branche que les estimations générales d'Eurostat. 263. En ce qui concerne le coût de la main-d'œuvre, il apparaît en fin de compte que les différences entre la Suisse et la France sont plus faibles que les différences entre les salaires nets et bruts respectifs. En partant d'une valeur (haute) de [...] % selon le N 257 ci-dessus, on obtient une différence de [...] % 343 en ce qui concerne les coûts de la main-d'œuvre. Les frais de personnel des représentants et comptes clés passeraient ainsi de € [...] à environ € [...]. Le surcoût correspondant de € [...] équivaut à [...] % du CA PPHT de Payot (alors le surcoût calculé par Madrigall s'élevait à hauteur de [...] % ; cf. N 236). Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall ne conteste pas fondamentalement ces calculs. En tenant compte des informations fournies ultérieurement concernant les treizièmes salaires, la différence entre les coûts du travail en Suisse et en France serait de [...] % (au lieu de [...] %). 344 Bien que Madrigall ne fournisse aucune preuve à l'appui, cette correction n'est pas contestée en l'espèce. Cependant, même en tenant compte des valeurs actualisées, les conclusions tirées des comparaisons des coûts du travail ne changent pas de manière significative. Ainsi, les surcoûts liés aux frais de personnel de la diffusion justifiés sur la base de ces comparaisons n'augmentent que légèrement par rapport à [...], passant de [...] % à [...] % du CA PPHT, ce qui correspond à une augmentation de moins de CHF [...] en valeur absolue. Les autorités de la concurrence ont suivi une approche conservatrice à plusieurs reprises lors de l'évaluation des surcoûts éventuellement admissibles. Ainsi, elles se basent sur les différences de coûts du travail et non sur les coûts salariaux unitaires (cf. note de bas de page 333) et utilisent systématiquement la moyenne arithmétique au lieu de la médiane (cf. notes de bas de page 336, 337 et 339). 264. En outre, dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall relativise tous ces calculs. En particulier, Madrigall conclut que la différence entre [...] et Payot en ce qui concerne la part des frais de personnel des représentants et compte-clé n'est que de [...] point de pourcentage. La justification avancée par Madrigall est la suivante : La part de ces coûts dans le CA PPHT français (€ [...]) est de [...] % pour [...]. En y appliquant des coûts du

travail plus élevés de

340 <www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/salaires-revenus-cout-travail/cout-travail.html> (18.12.2023).

341 <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/LC_LCI_LEV__custom_7982219/default/table?%20lang%20=de> (18.12.2023).

342 A 40, p. 39 ss, colonne « EMPLOYEUR MONTANT ».

343 En partant d'un salaire français de 100, si le salaire brut suisse est supérieur de [...] %, on obtient

un salaire brut suisse de [...] pour un salaire brut français de 100. Le coût français de la main-d'œuvre est [...] % plus élevé que le salaire brut français, soit [...] (100 x [...]). Le coût suisse de la main-d'œuvre est [...] % plus élevé que le salaire brut suisse, soit [...] ([...] x [...]). En comparant le coût français de la main-d'œuvre ([...]) avec le coût suisse de la main-d'œuvre ([...]), il est constaté que le coût suisse de la main-d'œuvre est [...] % plus élevé que le coût français de la main-d'œuvre. 344 A 198, note de bas de page 140.

62 [...] % (comme en Suisse 345), cette part s'élève à [...] %. En revanche, dans le cas de Payot, la part s'élève à [...] % du CA PPHT « suisse » (soit le CA PPHT augmenté via les tables), qui s'élève à CHF [...]. La différence serait alors de [...] point de pourcentage, ce qui correspondrait à un prétendu abus de la part de Madrigall. 346 Cette présentation est manifestement trompeuse, car le calcul de la part des frais de personnel des représentants et compte-clé doit être effectué sur la même base (en l'occurrence le CA PPHT français, pertinent dans le cadre d'un approvisionnement direct) afin d'obtenir une comparaison pertinente des coûts correspondants entre [...] et Payot. En revanche, le CA PPHT suisse correspond au CA PPHT français augmenté des tables (cf. N 375) et est donc manifestement surévalué, à moins qu'une conversion analogue ne soit effectuée pour [...]. Le calcul entrepris par Madrigall doit donc être qualifié de non-pertinent.

II. Différence dans la productivité de la main-d'œuvre et le temps de travail effectif entre la Suisse et la France 265. Les coûts salariaux unitaires tiennent compte non seulement des coûts de la main-d'œuvre, mais aussi de la productivité de la main-d'œuvre et du temps de travail effectif. La productivité est généralement mesurée à l'aide du produit intérieur brut (PIB) par heure travaillée, tandis que le temps de travail effectif représente les heures de travail effectivement consacrées à la production (p. ex sans les vacances, les absences pour cause de maladie, les congés maternité, etc.). 347 266. D'une part, plus le temps de travail effectif est élevé, plus les coûts salariaux unitaires sont bas, toutes choses restantes égales par ailleurs. D'autre part, une plus grande productivité de la main-d'œuvre permet d'obtenir une production avec moins d'intrants. En d'autres termes, plus la productivité de la main-d'œuvre est élevée, plus les coûts salariaux unitaires sont faibles. 348 267. Les données publiquement disponibles sur la durée effective du travail et, en particulier, sur la productivité de la main-d'œuvre se rapportent généralement à l'ensemble de l'économie et ne peuvent pas être appliquées directement à des branches individuelles. C'est pourquoi il est renoncé en l'espèce à prendre en compte ces deux indicateurs dans les calculs et les comparaisons. Étant donné que, selon les données agrégées disponibles, tant la durée effective du travail que la productivité de la main-d'œuvre sont plus élevées en Suisse qu'en France, on peut toutefois partir du principe que l'écart entre les coûts de la main-d'œuvre en France et en Suisse devrait donc être réduit. En d'autres termes, le fait de ne pas utiliser la

durée effective du travail et la productivité de la main-d'œuvre – les coûts salariaux unitaires – pour les calculs et les comparaisons joue vraisemblablement en faveur de Madrigall. 349

345 L'application de la valeur légèrement supérieure de [...] % (cf. N 263) ne change fondamentalement

rien aux développements qui suivent. 346 A 198, N 236 ss.

347 OECD, OECD Compendium of Productivity Indicators, 2023, p. 19 et 22, <www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/oecd-compendium-of-productivity-indicators-2023_74623e5b-en> (18.12.2023). 348 Selon les chiffres de l'OCDE actuellement disponibles, les heures de travail effectives moyennes par

habitant et par an sont en règle générale légèrement plus élevées en Suisse qu'en France. En plus et toujours selon les données de l'OCDE, la productivité de la main-d'œuvre en Suisse, mesurée en USD, est en général supérieure à celle de la France (cf.

<<https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm>> et

<<https://data.oecd.org/lprdy/gdp-per-hour-worked.htm>> (18.12.2023). Une source alternative suggère des différences bien plus substantielles en matière de productivité de la main-d'œuvre (Penn World Table, <www.rug.nl/ggdc/productivity/pwt/> [18.12.2023]).

349 Des études plus anciennes retiennent de faibles différences de coûts salariaux unitaires entre la

Suisse et la France. Selon BAKBASEL (2017), les coûts de la main-d'œuvre dans le commerce de détail en Suisse sont certes supérieurs de 45 % aux coûts salariaux bruts en France en 2015. La différence

63 III. Coûts de la diffusion/distribution en lien avec Payot 268. Même à considérer que le coût de la main-d'œuvre serait supérieur de 80 % en Suisse, cela n'expliquerait que [...] % 350 de la différence des frais de personnel des représentants et comptes clés entre Payot et [...] (cf. N 252 ss). Comme démontré ci-dessus, la différence entre la Suisse et la France en matière de coûts de mains-d'œuvre est en réalité nettement inférieure à 80 %. La différence dans les frais de personnel des représentants et comptes clés nécessite donc une justification supplémentaire. 269. Selon Madrigall, [...] % des coûts totaux actuels de E5F pour la diffusion/distribution (CHF [...] million) sont imputables à Payot, [...] % aux libraires indépendants et [...] % à LivreServices 351, alors que le chiffre d'affaires brut réalisé par E5F avec Payot ne représente que [...] % du chiffre d'affaires brut actuel de E5F (prix public conseillé HT). Madrigall justifie la part plus élevée des coûts de diffusion/distribution par le fait que LivreServices ne reçoit pas de visites, et que les coûts correspondants sont entièrement à la charge de Payot et des libraires indépendants. 352 270. La part de Payot dans les dépenses d'E5F est donc plus élevée que la part de Payot dans le chiffre d'affaires net de E5F (2022 : [...] % ; 2021 : [...] %). 353 La différence est encore plus grande si l'on considère le nombre de visites des représentants de E5F chez les libraires indépendants. Selon les chiffres de Madrigall, 18 points de vente Payot et 78 points de vente de libraires indépendants sont visités. Payot gère donc 20 % des magasins visités et reçoit [...] % de toutes les visites des représentants de E5F. En ce qui concerne les postes avancés par Madrigall « frais de personnel compte-clé, coût encadrement commercial Madrigall et fonctions support » et « frais généraux », Madrigall attribue également et de façon surprenante une part plus importante à Payot, vu le chiffre d'affaires net réalisé avec Payot.

354 271. Les coûts de diffusion/distribution proportionnellement plus élevés que ceux des autres libraires suisses s'expliqueraient selon Madrigall par 1) des visites plus fréquentes des représentants de E5F, 2) des coûts nettement plus élevés pour les visites individuelles, et 3) l'attribution presque complète à Payot des postes « compte-clé » et « coût encadrement commercial Madrigall et fonctions support ». Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall affirme en revanche que, pour Payot, la part des frais de personnel des représentants et du compte clé dans le CA PPHT « suisse » (prix suisses tabellisés) est plus faible ([...] %) que pour les libraires indépendants ([...] %). 355 Cette considération, même si elle n'a qu'une importance secondaire, est au moins partiellement trompeuse. D'une part, la comparaison faite au N 269 porte sur l'ensemble des coûts de diffusion revendiqués par Madrigall, c'est-à-dire y compris le Coût encadrement commercial Madrigall et fonctions support ainsi que les Frais généraux autres (qui ne sont toutefois pas considérés comme surcoût). D'autre part, pour une comparaison plus pertinente en ce qui concerne les frais de personnel des représentants et du compte clé, le chiffre d'affaires net réellement généré serait déterminant, c'est-à-dire le CA PPHT « suisse » corrigé de la remise actuelle. Il faut tenir

se réduit à 3% pour les coûts salariaux unitaires (<www.bak-economics.com/fileadmin/documents/reports/BAKBASEL_Kosten_Detailhandel_internationaler_Vergleich_Studie.pdf> [18.12.2023]). 350 80 % de plus (facteur 1.8) que [...] (€ [...]), soit € [...] (=+€ [...]). Les frais de personnel concernant

Payot sont cependant de € [...] (=+€ [...]). Les salaires plus élevés de 80 % revendiqués par Madrigall n'expliquent donc que [...] % des frais de personnel revendiqués par Madrigall (= [...]/ [...]). 351 A 143, réponse 1.

352 A 143, réponses 1 et 20 ainsi qu'Annexe A.

353 A 39, N 61 ; la part de Payot dans le CA PPHT de E5F est légèrement plus élevée en 2022 ([...] %)

que sa part dans le chiffre d'affaires net, ce qui s'explique par le fait que Payot bénéficie d'un rabais sur le prix public conseillé HT plus élevé ([...] %) que les autres libraires suisses ([...] % à [...] %), cf. A 39, N 23. 354 A 143, réponse 1.

355 A 198, N 236.

64 compte du fait que Payot bénéficie actuellement d'un rabais nettement plus important sur le CA PPHT « suisse » que les libraires indépendants (cf. note de bas de page 353). Enfin, il est indéniable que Payot supporte une part plus importante des coûts de distribution totaux ([...] %) et des frais de personnel des représentants et du compte clé ([...] %) par rapport à sa part du chiffre d'affaires net de E5F (environ [...] %).

272. Il sera analysé ci-après le détail des coûts de la main-d'œuvre des représentants d'E5F (N 273 ss) et du compte clé relatifs à Payot invoqués par Madrigall (N 288 ss). Dans la mesure où Madrigall fait valoir des frais supplémentaires en ce qui concerne le coût « encadrement commercial Madrigall et fonctions Support », il est renvoyé aux explications de la section B.5.3.4.4.

IV. Coûts de la main-d'œuvre des représentants d'E5F

273. Selon Madrigall, les quatre représentants d'E5F ont effectué en 2022 un total de [...] visites dans 18 filiales Payot. Ce chiffre comprend les « visites du site Internet de

Corminboeuf », des salons en collaboration avec Payot et des boutiques du Musée cantonal des beaux-arts et du musée Photo Élysée. 356 274. Selon Madrigall, une visite dure en moyenne [...] heures, ce qui correspond à un total de [...] heures par an. Comme les visites dans les filiales des libraires indépendants ne durent en moyenne que [...] heures, les filiales Payot représenteraient [...] % du temps consacré aux visites des représentants de Madrigall. 357 [...] heures correspondent environ à une année de travail avec un taux d'occupation de [...] %. 358 275. Au temps consacré aux visites, Madrigall ajoute le temps de déplacement des représentants. Pour l'ensemble des libraires suisses, ceux-ci s'élèvent à près d'une heure par visite, ce qui correspond à [...] heures pour Payot. 359 [...] heures correspondent à un taux d'occupation de [...] %. 276. Les représentants ont également besoin de temps pour préparer les visites. Pour une visite moyenne d'un magasin Payot, Madrigall chiffre ce temps à [...] heures, pour les libraires indépendants à [...] heures. Le temps de travail correspondant pour Payot s'élève donc à [...] heures, ce qui correspond à un taux d'occupation de [...]. 360 277. Au total, les heures de travail des représentants attribuées par Madrigall à Payot correspondent à un taux d'occupation d'environ [...] %, soit [...] % de l'ensemble des activités des quatre représentants d'E5F. Ces [...] % représentent, selon Madrigall, un coût de CHF [...] par an. 361

356 A 143, réponses 1 et 20 ; Annexe A.

357 A 143, réponses 1 et 20.

358 Un taux d'occupation de 100 % correspond selon Madrigall à 210 jours de travail de 8 heures (soit

1'680 heures, cf. A 143, réponse 1). Si une visite d'une filiale de Payot durait en moyenne aussi longtemps que la visite d'un libraire indépendant ([...] heures), cela correspondrait à un total de [...] heures, soit un taux d'occupation d'environ [...] %. 359 A 143, réponse 20 : sur un total de [...] heures pour les tâches des représentants, [...] % du temps

a été consacré à des déplacements, soit [...] heures, dont [...] % du temps pour Payot, soit [...] heures. 360 A 143, réponse 20 : sur un total de [...] heures pour les tâches des représentants, [...] % du temps

a été consacré à la préparation des visites, soit [...] heures, dont [...] % du temps pour Payot, soit [...] heures. 361 Cela implique un coût de CHF [...] pour un poste à temps plein. Par mois et sur la base de 12 (13)

salaires mensuels, le coût d'un poste à plein temps s'élève donc à CHF [...] (CHF [...]), ce qui est comparable au coût moyen de la main-d'œuvre des quatre représentants de E5F, estimé à CHF [...] (moyenne des quatre salaires bruts à hauteur de CHF [...], multipliés par le facteur 1.25 selon N 261).

65 278. De son côté, Payot conteste d'abord le nombre de visites des représentants d'E5F, ainsi que la durée des visites. 362 Selon Payot, le nombre de visites s'élève à [...] dans 13 filiales au total. Cela représente environ [...] % de visites en moins que ce qu'affirme Madrigall. D'une part, les magasins de Berne et de Montreux ne seraient pas visités, car l'achat de nouveautés pour ces filiales serait effectué par les filiales de Vevey et de Lausanne. Payot ne mentionne pas non plus les « visites du site Internet de Corminboeuf », des salons en collaboration avec Payot et des boutiques du Musée cantonal des beaux-arts et de Photo Élysée. Finalement, à une exception près (Fribourg), il y aurait selon Payot 1 à 9 visites de moins dans les autres filiales que ce qu'affirme Madrigall. 363 Dans sa prise de

position du 10 juin 2024, Madrigall mentionne à nouveau les [...] visites 364, mais n'aborde pas la différence avec les données de Payot et ne dissipe donc pas les doutes mentionnés ci-dessus. Les autorités de la concurrence continuent donc de penser que le nombre de visites avancé par Madrigall est exagéré. Toutefois, il est démontré ci-dessous que les frais de personnel de la diffusion relativement élevés en ce qui concerne les visites des représentants chez Payot sont principalement dus aux heures moyennes consacrées par Madrigall aux visites et à leur préparation. 279. Payot conteste également la durée moyenne des visites. Même dans les grandes succursales, les visites ne dureraient pas plus de [...] heures. En outre, les visites de la direction commerciale (selon Madrigall : [...] visites ; selon Payot : [...] visites) se feraient principalement par téléphone et ne dureraient donc que [...]. Au total, Payot estime la durée moyenne des visites à [...] heures, ce qui donne un total de [...] heures pour [...] visites. 365 Cela correspond à un taux d'occupation d'environ [...] %. Madrigall relève une contradiction dans sa prise de position du 10 juin 2024, car la Proposition du Secrétariat semble se baser sur une durée de visite maximale de [...] heures, alors que Payot lui-même se base sur une durée de visite moyenne de [...] heures pour certaines librairies (Pepinet à Lausanne et Rive Gauche à Genève). 366 La proposition ne conteste en aucun cas le fait que la visite d'un représentant dans certaines grandes librairies peut durer nettement plus longtemps que la moyenne de toutes les visites. Cependant, le plafond de [...] heures estimé par Payot concerne précisément cette moyenne, qui est finalement utilisée pour calculer le total des heures consacrées et donc les frais de personnel de la diffusion. Il n'y a pas de contradiction entre le calcul de Payot et la Proposition. D'ailleurs, Madrigall ne fait que justifier dans sa prise de position pourquoi les visites des magasins Payot durent plus longtemps que les visites des libraires indépendants. Madrigall ne justifie donc pas pourquoi les heures de travail des représentants sont manifestement beaucoup plus importantes que celles d'une librairie française comparable (cf. également N 283 ci-après). C'est en effet la seule façon de justifier les frais de personnel de diffusion nettement plus élevés de Payot par rapport à [...], qui, comme il l'a été démontré ci-avant, dépassent largement les coûts de travail plus élevés en Suisse. 280. Madrigall estime donc le nombre des visites supérieur de [...] % et la durée moyenne des visites supérieure de [...] % aux chiffres avancés par Payot, ce qui correspond à un nombre d'heures consacrées aux visites des représentants de E5F supérieur de [...] % ([...] contre [...] heures).

281. Pour les temps de déplacement, une petite heure en moyenne par visite semble appropriée, d'autant plus que Madrigall ne fait pas de distinction entre Payot et les libraires indépendants. Cette hypothèse n'est pas non plus contestée par Payot. Pour [...] visites à Payot, le nombre d'heures de trajets est également de [...], ce qui correspond à environ [...] % du temps de travail.

362 A 156, § I.1. ainsi que § V.19. et 20.

363 A 82, réponse 12.

364 A 198, N 223 et 225.

365 A 82, réponse 12 ; A 156, p. 2.

366 A 198, N 229.

66 282. Payot ne se prononce pas sur les heures consacrées par Madrigall à la préparation des visites, car Madrigall qualifie ces informations de secret d'affaires. Il n'est toutefois pas contesté que les visites des représentants entraînent des dépenses. Madrigall n'apporte

toutefois pas la preuve du montant des charges de préparation liées aux visites des points de vente Payot, ni les différences importantes entre Payot et les libraires indépendants ([...] contre [...] heures, ce qui correspond à un facteur de [...] (+[...] %). Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall fait valoir que les réunions éditoriales, auxquelles les représentants participent [...] fois par an et qui durent [...], sont comprises dans la préparation des visites, ce qui représente [...] heures pour Payot et [...] heures pour les libraires indépendants par visite. En conséquence, le temps de préparation sans réunions éditoriales serait encore de [...] heures par visite pour Payot et de [...] heures pour les libraires indépendants. 367 Ce calcul n'est cependant pas correct. Selon les données antérieures de Madrigall, le temps de préparation pour les visites aux libraires indépendants est de [...] heures (voir ci-dessus). Si l'on déduit de ce chiffre les [...] heures consacrées à la participation des représentants aux réunions éditoriales, on obtient [...] heures. Le rapport entre le temps de préparation des visites de Payot et des visites des libraires indépendants reste donc inchangé. Compte tenu de la taille des points de vente Payot par rapport aux magasins des libraires indépendants, 368 un temps de préparation un peu plus important pourrait se justifier, en plus d'un nombre moyen de visites plus élevé, respectivement d'une durée de visite plus longue. Madrigall justifie d'abord cette différence par le fait que Payot gère environ 35'000 titres, ce qui ne serait pas comparable à une librairie indépendante de taille moyenne. Madrigall explique ensuite les raisons pour lesquelles elle a besoin de beaucoup plus de temps pour préparer les visites des représentants auprès de Payot. 369 L'envoi des programmes à venir de Madrigall, avec les arguments de vente et les bons de commandes à tous les points de vente de Payot ; la présentation des titres sélectionnés par formulaire ainsi que des visuels, des arguments de vente et éventuellement du matériel de promotion ; la présentation des titres livrés au directeur des magasins Payot pour qu'il puisse décider des quantités qui seront impérativement présentées en magasins ; le travail de coordination avec le service export de Madrigall concernant les titres sélectionnés par Payot, entre autres. Ce travail de préparation ne concernerait en Suisse que Payot, et non pas les libraires indépendants. Toutefois, un nombre moyen de visites élevé dans les mêmes enseignes et dans des enseignes comparables permet généralement de réaliser d'importantes économies d'échelle. Des synergies sont obligatoirement possibles et forcément réalisées. Dans ce contexte, un temps de préparation moyen de [...] heures par visite semble pour le moins improbable aux yeux des autorités de la concurrence. L'estimation de Payot et les données de Madrigall concernant les libraires indépendants semblent davantage réalistes. Madrigall fonde son argumentation dans sa prise de position du 10 juin 2024 sur l'hypothèse que la préparation des visites des magasins Payot prend environ [...] fois plus de temps que pour les visites des libraires indépendants. 370 Comme expliqué ci-dessus, cette hypothèse ne correspond pas aux informations fournies par Madrigall au cours de l'enquête. Le temps consacré à la préparation d'une visite d'une filiale Payot est, même en tenant compte de la participation des représentants aux réunions éditoriales, plus long d'un facteur [...] (et non [...]) que le temps de préparation d'une visite d'un libraire indépendant. En tenant compte du facteur de [...] avancé par Madrigall, il en résulte, sur la base d'un temps de préparation des libraires indépendants de [...] heures, un temps de préparation correspondant de [...] heures en moyenne pour la visite d'un magasin Payot, ce qui est même parfois moins que dans les scénarios présentés au N 284. 283. En résumé, dans sa prise de position, Madrigall aborde la différence entre les charges liées aux visites des représentants chez Payot et les libraires indépendants, pour justifier les hypothèses sur les charges correspondantes relatives à Payot, hypothèses qui, comme il l'a

367 A 198, N 225 s.

368 A 15, réponse 5 ; A 156, chiffre I.1.

369 A 198, N 227.

370 A 198, N 226.

67 été démontré précédemment, ne sont pas documentées ou justifiées et ne semblent pas plausibles. Outre les coûts de travail plus élevés en Suisse, déjà traités plus haut, la seule justification de Madrigall consiste à déduire mathématiquement les frais de personnel de la diffusion de € [...] à l'aide de données sur le nombre de visites et les heures de travail correspondantes. La raison pour laquelle ces coûts sont plus élevés d'un facteur [...] que pour une librairie française comparable (en l'occurrence [...] ; cf. N 252) n'est pas justifiée. Il convient de souligner une fois de plus que, selon Madrigall, [...] dispose d'un assortiment beaucoup plus large, et d'un fonds animé de façon beaucoup plus régulière (cf. N 290). Il est donc difficile de comprendre pourquoi les représentants devraient avoir une charge de travail aussi faible dans le cas de [...]. Il semble également évident (et n'est contesté nulle part par Madrigall) que les représentants qui visitent les filiales de [...] participent aux réunions éditoriales. En général, si l'on suit la logique de raisonnement de Madrigall, plus une librairie est grande, plus les frais de personnel de la diffusion sont élevés. Par conséquent, les grandes librairies devraient obtenir des rabais plus faibles, ce qui n'est pas évident et n'a pas été avancé par Madrigall. Madrigall semble plutôt partir du principe que Payot doit prendre en charge tous les coûts liés à la diffusion – même le travail de préparation interne des représentants, comme la participation aux réunions éditoriales. Cela va à l'encontre du fait que, comme Madrigall le souligne régulièrement, la diffusion est essentielle pour elle et que, par conséquent, elle dédommage parfois Payot pour l'organisation d'activités commerciales. 371 284. En ce qui concerne les heures consacrées à la préparation des visites dans les filiales Payot, Madrigall part d'un facteur de [...] sur la durée moyenne des visites ([...]/[...]). 372 Si l'on applique ce facteur à la durée moyenne des visites de [...] heures selon Payot ou à la limite supérieure de [...] heures par visite mentionnée par Payot, 373 on obtient une durée moyenne de préparation de [...] ou [...] heures. 374 Il en résulte, pour [...] visites, un total d'heures de [...] respectivement [...], ce qui correspond à un taux d'occupation d'environ [...] % respectivement [...] %. 285. En raison des différences entre les données et les hypothèses de Madrigall et de Payot, ainsi que de différentes combinaisons qui en résultent, plusieurs scénarios sont comparés ci-dessous en ce qui concerne les charges horaires et les coûts de main-d'œuvre des représentants de E5F : - le scénario « Madrigall 1 » porte sur les heures de travail et les coûts avancés par Madrigall ; - le scénario « Madrigall 2 » est basé sur le scénario « Madrigall 1 », mais s'appuie sur la durée moyenne de visite des libraires indépendants ([...] heures) et sur un temps de préparation moyen selon le facteur de [...] découlant des affirmations de Madrigall ; - le scénario « Payot 1 » se base sur les données et les hypothèses de Payot lorsque celles-ci sont disponibles et, pour le reste, sur les heures de travail avancées par Madrigall pour les libraires indépendants (1 heure de déplacement, [...] heure pour le temps de préparation) ; - le scénario « Payot 2 » est basé sur le scénario « Payot 1 », mais prend en compte le temps de préparation moyen selon le facteur [...] sous-entendu par Madrigall.

371 A 198, N 375

372 Pour les libraires indépendants, Madrigall part d'un facteur correspondant de seulement [...] (temps

de préparation moyen de [...] heures divisé par la durée moyenne de la visite de [...] heures). 373 A 156, p. 2.

374 Pour rappel, Madrigall avance, dans sa prise de position du 10 juin 2024, que la préparation des

visites des magasins Payot prend environ [...] fois plus de temps que pour les visites des libraires indépendants. Pour un temps de préparation moyen de [...] heures pour les libraires indépendants, cela entraîne un temps de préparation moyen de [...] heures pour Payot, ce qui se trouve dans cette intervalle (cf. N 282).

68 - le scénario « Payot 3 » est basé sur le scénario « Payot 1 », mais s'appuie sur la durée moyenne de visite des libraires indépendants ([...] heures) et un temps de préparation moyen selon le facteur de [...] sous-entendu par Madrigall. Ces scénarios ne sont en aucun cas une estimation exacte des frais de personnel de la diffusion. Il s'agit plutôt de classer les chiffres avancés par Madrigall, et de vérifier la plausibilité des différences calculées plus haut entre la Suisse et la France en termes de coût du travail. Cela se fait dans un premier temps en tenant compte des données quantitatives apportées par Payot sur les visites des représentants. Dans un deuxième temps (voir section VI), les scénarios sont complétés par une comparaison directe avec [...] et les coûts du travail plus élevés en Suisse. 375

Scénario Madrigall 1 Madrigall 2 Payot 1 Payot 2 Payot 3

Visites [...] h [...] h [...] h (Ø [...] h) [...] h (Ø [...] h) [...] h (Ø [...] h) (Ø [...] h) (Ø [...] h)

Voyages [...] h [...] h [...] h (Ø [...] h) [...] h (Ø [...] h) [...] h (Ø [...] h) (Ø [...] h) (Ø [...] h)

Préparation [...] h [...] h [...] h [...] h [...] h (Ø [...] h) (Ø [...] h) (Ø [...] h) (Ø [...] h) (Ø [...] h)

Total des [...] h [...] h [...] h [...] h [...] h heures

Taux d'activité [...] % [...] % [...] % [...] % [...] %

Coûts en CHF [...] [...] [...] [...] [...]

Tableau 1

286. Le Tableau 1 montre que les coûts des représentants de E5F imputés par Madrigall à Payot sont nettement plus élevés que ceux calculés sur la base d'autres méthodes. Cela est principalement dû à trois facteurs, respectivement à leur combinaison : - le nombre de visites des points de vente de Payot avancé par Madrigall est nettement plus élevé que le nombre déclaré par Payot ; - la durée moyenne des visites est nettement plus longue selon Madrigall que selon Payot (et également par rapport à la durée moyenne des visites aux libraires indépendants) ; - Madrigall déclare un temps de préparation des visites de Payot nettement plus important que celui consacré aux visites des libraires indépendants. 287. Il apparaît également que, dans les deux scénarios « Madrigall 1 » et « Madrigall 2 », les coûts des seuls représentants de E5F sont plus élevés que le total des frais de personnel des représentants et compte-clés de [...]. Cette observation indique déjà que Madrigall se base sur une structure quantitative plus importante pour le calcul des frais de personnel des

représentants et comptes clés en ce qui concerne Payot par rapport à [...]. Il n'y a toutefois aucune justification de cette différence dans les explications de Madrigall (en particulier, rien n'explique pourquoi la différence est uniquement due au fait que Payot est situé en Suisse et [...] en France). Certes, les visites dans les magasins [...] sont plus courtes que celles dans les magasins Payot, mais elles sont en revanche plus fréquentes. 376

375 Le calcul des « coûts en CHF » se base sur les chiffres mentionnés au N 277 et s'obtient en

multipliant le taux d'occupation obtenu par les coûts implicites [...] de Madrigall (CHF [...]). 376 A 143, réponse 21.

69 V. Frais de personnel compte clé 288. Selon Madrigall, les buts du compte-clé comprennent notamment la présentation des programmes, la négociation des opérations et des accords annuels, ainsi que la coordination du travail des représentants. Le compte-clé de E5F se monte à CHF [...] par an et sert à [...] % Payot. Les [...] % restants sont attribués à toutes les autres librairies dans l'ensemble de la Suisse. La raison invoquée en est que Payot est la seule enseigne regroupant des librairies en Suisse. 377 289. Selon Payot, le compte-clé n'a été introduit que récemment chez E5F. Jusqu'à présent, il était directement rattaché à Madrigall et ne s'occupait pas presque exclusivement de Payot, mais aussi d'autres clients. Payot estime que la solution actuelle concernant le compte-clé est inutile et trop chère. 378 290. Le compte-clé est également utilisé pour la diffusion en France. 379 Les coûts correspondants sont donc inclus dans les frais de personnel des représentants et compte-clé mentionnés pour [...] à hauteur de € [...]. Madrigall ne précise pas à combien s'élèvent la charge de travail et les frais de compte-clé pour [...]. Compte tenu de la comparabilité de Payot et de [...], notamment en ce qui concerne le CA PPHT et le nombre de filiales (qui est même plus important chez [...]), la charge de travail du compte clé ne devrait pas être plus faible chez [...] que chez Payot. Le fait que [...] disposerait selon Madrigall d'un assortiment beaucoup plus large et d'un fonds animé de façon beaucoup plus régulière (cf. N 245) devrait précisément constituer une charge plus importante chez [...] que chez Payot.

VI. Vue d'ensemble des frais de personnel des représentants et compte-clé 291. Au total, Madrigall fait valoir, en ce qui concerne Payot, des frais de main-d'œuvre des représentants et compte-clé d'un montant de € [...] (N 252). En comparaison avec les autres frais de diffusion/distribution mentionnés par Madrigall en cas d'approvisionnement direct de Payot (soit € [...], € [...] million [N 246] moins € [...]), cela correspond à une part de [...] %. Pour [...], cette part n'est que de [...] % (€ [...] sur € [...]), ce qui correspond d'ailleurs à la moyenne de Madrigall pour toute la France (coûts de diffusion/distribution sans frais de personnel des représentants et compte-clé : € [...] millions ; frais de personnel des représentants et compte-clé : € [...] millions)]. 380 292. Le Tableau 2 suivant compare différents scénarios concernant les frais de personnel des représentants et compte-clé : - les scénarios « Madrigall 1 », « Madrigall 2 », « Payot 1 » et « Payot 3 » ont déjà été décrits au N 285 ci-dessus. Dans ces scénarios, CHF [...] sont ajoutés pour le compte-clé, en supposant que les charges correspondantes sont également supportées par [...] ; - le scénario « [...] » décrit les frais de personnel des représentants et du compte clé pour [...] selon les données fournies par Madrigall ; - le scénario « Coûts de la main-d'œuvre » reproduit les calculs présentés au N 263 (calcul des coûts de la main-d'œuvre par rapport à Payot sur la base des comparaisons des coûts de la main-d'œuvre entre la France et la Suisse).

377 A 143, réponse 1.

378 A 156, p. 2.

379 A 104, l. 116 ss.

380 A 143, réponse 12.

70 Pour les frais et les coûts, il est parti de l'hypothèse d'une parité entre le franc suisse et l'euro, comme c'était pratiquement le cas tout au long de l'année 2023.

Scénario Madrigall 1 Madrigall 2 [...] Payot 1 Payot 3 Coûts de la main- d'œuvre 381

Frais [...] [...] [...] [...] [...] [...]

En % du CA [...] % [...] % [...] % [...] % [...] % [...] % PPHT (€ 7 millions)

Coûts [...] [...] - [...] [...] [...] supplémentaires (vs. [...])

En % du CA [...] % [...] % - [...] % [...] % [...] % PPHT

Tableau 2

293. Il n'est pas possible de procéder à une estimation exacte des coûts supplémentaires admissibles en ce qui concerne les frais de personnel des représentants et compte-clé sur la base des données fournies. Il apparaît toutefois que dès que l'on s'écarte des hypothèses de Madrigall, les coûts supplémentaires sont nettement moins élevés. Il convient de tenir compte du fait que les calculs reposent sur des hypothèses conservatrices, c'est-à-dire que les surcoûts calculés ont tendance à représenter une limite supérieure. 382 Le Tableau 2 montre également que dans les scénarios basés sur les données fournies par Payot concernant le nombre de visites et leur durée moyenne, les frais de personnel de la diffusion et donc les surcoûts admissibles par rapport à une librairie française comparable sont semblables à ceux qui sont calculés en tenant compte uniquement des coûts de main-d'œuvre plus élevés en Suisse. 294. En ce qui concerne les frais de personnel des représentants et compte-clé, Madrigall fait valoir, outre les salaires supérieurs de 80 %, d'autres coûts supplémentaires substantiels par rapport à la librairie française [...]. Dans la mesure où les données fournies par Madrigall et Payot permettent de les calculer, ces surcoûts s'expliquent en premier lieu par une structure quantitative nettement plus élevée des activités des représentants et du compte clé de E5F. 383 En comparaison avec [...], Madrigall ne fait cependant pas valoir de volumes plus importants. La comparabilité des deux libraires ne permettrait d'ailleurs guère de justifier une telle différence, surtout au vu des données fournies par Madrigall. Il est même possible que les charges des représentants et du compte clé soient plus élevées pour [...] en raison des visites plus fréquentes, d'un assortiment beaucoup plus large ainsi que d'un fonds animé de façon beaucoup plus régulière, comme l'avance Madrigall. En comparaison avec les petits libraires indépendants, le temps supplémentaire consacré par les représentants aux visites des magasins Payot et à la préparation y relative est en principe justifié. L'ampleur de la différence

381 Les coûts de la main-d'œuvre prennent en compte les treizièmes salaires selon la prise de position

de Madrigall du 10 juin 2024 (cf. N 263). 382 Payot considère que des coûts supplémentaires de CHF 50'000.- à CHF 75'000.- seraient

acceptables, sur la base des coûts salariaux plus élevés en Suisse (A 82, réponse 14). 383 P. ex. visites plus longues des représentants E5F dans les filiales Payot. Même à salaires égaux, les

frais de personnel seraient donc plus élevés chez Payot que chez [...].

71 entre Payot et [...] n'est toutefois pas justifiée par Madrigall et est considérée comme en partie arbitraire par les autorités de la concurrence.

295. Si l'on estime les frais de personnel des représentants et compte-clé, d'une part, sur la base des différences de coûts de la main-d'œuvre entre la France et la Suisse ou, d'autre part, avec des grilles quantitatives qui s'orientent davantage vers les hypothèses de Payot ou les chiffres pour [...] et les libraires indépendants, les surcoûts admissibles se réduisent à (nettement) moins de [...] du CA PPHT, sur la base des chiffres à disposition de l'autorité au moment où la présente décision est prise. 296. Par rapport à [...] ou, plus généralement, par rapport aux coûts de diffusion/distribution concernant les libraires français, les surcoûts admissibles sont ceux qui résultent des coûts de la main-d'œuvre plus élevés en Suisse (car il n'est pas possible de calculer les coûts salariaux unitaires avec suffisamment de précision, ce qui joue vraisemblablement en faveur de Madrigall). Des dépenses horaires plus élevées sont justifiées si 1) elles sont dues à des voyages plus longs et des frais de déplacement plus élevés, ce qui, en comparaison avec la France, plaide plutôt en faveur de coûts plus bas en Suisse (et particulièrement en Suisse romande) par rapport à la France ; ou 2) si elles résultent effectivement d'activités différentes (et plus coûteuses) des représentants et du compte clé en raison du fait que Payot est une librairie suisse (par rapport à une librairie française). Ces deux arguments ne sont pas substantiés en suffisance ni même avancés par Madrigall. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall n'apporte pas non plus d'éléments de preuve, mais se contente de constater que les coûts sont globalement plus élevés en Suisse, raison pour laquelle la Proposition compare les « pommes avec les poires ». 384

B.5.3.4.3 Les coûts liés à la garantie du risque de crédit

I. Position de Madrigall 297. Concernant ce point, la COFACE 385 a informé Madrigall par courriel, à sa demande, qu'en ce qui concerne Payot, un montant de crédit maximal de € [...] pouvait être assuré. Le taux d'intérêt correspondant serait de [...] % du montant facturé (chiffre d'affaires net), ce taux n'étant pas précisé dans la communication de la COFACE. 386 298. Dans le cadre d'un délai de paiement de [...] jours et compte tenu d'une durée de traitement des commandes estimée par Madrigall à environ un mois, soit au total environ trois mois, Madrigall estime le montant des impayés potentiels à 25 % en moyenne du montant facturé (chiffre d'affaires net) de € [...] millions, soit € [...] million. 387 Toujours sur la base d'un chiffre d'affaires net de € [...] millions et d'un taux d'intérêt de [...] %, Madrigall estime que les surcoûts au sens d'une prime de risque s'élèveraient à environ € [...]. 299. Pour justifier le risque supplémentaire par rapport à la situation actuelle, Madrigall explique que jusqu'à présent, l'OLF « connaît parfaitement les évolutions économiques du marché en Suisse [et] bloque immédiatement le compte du libraire ou entre en discussion avec lui. C'est donc l'OLF qui assure aujourd'hui le suivi de solvabilité des clients suisses (afin d'éviter les cas de défauts de paiement), qui négocie si nécessaire des échéanciers avec ses clients, et qui peut récupérer les stocks en cas de défaut de paiement ou de faillite ». Madrigall

384 A 198, N 234.

385 Selon Madrigall, la COFACE est l'assurance-crédit entreprise via la CENTRALE DE L'EDITION qui

est un GIE (groupement d'intérêt économique) réunissant les principaux éditeurs et distributeurs français, dont la mission est de développer l'exportation des livres français dans le monde, A 143, réponse 3.2 et annexe B. 386 A 143, réponse 4, p. 19 et annexe B.

387 Etant entendu que Madrigall part ici d'un taux de remise de [...] %, qui est précisément discuté dans

la présente enquête.

72 poursuit en indiquant qu'en cas d'approvisionnement direct, ces tâches reviendraient à la SODIS et à l'UD, qui devraient ainsi intégrer la complexité du recouvrement sur le marché suisse et auraient plus de difficulté à récupérer leurs stocks en cas de défaillance. 388 300. Il s'agit donc d'examiner dans les considérants qui suivent si les motifs avancés par Madrigall permettent de justifier un surcoût de [...] % du CA PPHT par rapport aux autres libraires français ou étrangers procédant à des approvisionnements directs et qui bénéficient de remises sensiblement plus élevées (N 220 et 225).

II. L'OLF n'est pas un observateur privilégié

301. Il doit premièrement être constaté que l'OLF, qui n'est pas un revendeur de livres, mais une société indépendante distribuant des livres, ne dispose d'aucun avantage en matière d'informations pertinentes concernant la solvabilité de Payot par rapport à la SODIS et l'UD, qui seraient en relation contractuelle directe avec Payot en cas d'approvisionnement direct. Il est rappelé au besoin que le diffuseur E5F – filiale de Madrigall – est parfaitement implémenté en Suisse et se trouve en contact permanent avec Payot, pour laquelle il sert notamment aussi d'interlocuteur pour les commandes (N 68). Ce lien avec E5F ne changerait pas en cas d'approvisionnement direct. Pour connaître les évolutions économiques du marché suisse et, le cas échéant, entreprendre des démarches immédiates en vue de bloquer un compte, E5F est en première ligne et bien mieux placée que la société tierce OLF. En tant qu'exportatrice vers la Suisse, il est de la responsabilité de Madrigall de surveiller la solvabilité des clients étrangers, et sa filiale suisse E5F est en l'espèce parfaitement en mesure d'y procéder. Si E5F, la SODIS ou l'UD devait recevoir des signaux indiquant que Payot ne pourrait plus honorer partiellement ou intégralement ses obligations de paiement, les mêmes mesures que celles mentionnées pour l'OLF seraient à leur disposition (p. ex. suspension des livraisons, blocage de compte, etc.). Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall conteste cette présentation. Selon Madrigall, l'OLF, en tant qu'entreprise suisse, connaît le système juridique suisse et a accès aux documents pertinents des points de vente. En conséquence, le transfert de ces activités à Madrigall ou à E5F entraînerait des coûts supplémentaires, qui seraient couverts par le poste coût du service recouvrement en tant que surcoût. En outre, E5F serait la structure de diffusion suisse de Madrigall et ne serait ainsi pas compétente pour les recouvrements. 389 302. Il est compréhensible qu'OLF dispose actuellement du savoir-faire nécessaire et de l'accès aux documents pertinents en tant que partenaire contractuel de Madrigall mandaté pour le recouvrement. Madrigall ne peut toutefois pas démontrer de manière crédible pourquoi la SODIS ou l'UD (voire un tiers) ne pourrait assumer ce rôle dans le cadre d'un approvisionnement direct – cas échéant en occasionnant certaines dépenses initiales – qu'avec des coûts supplémentaires substantiels. Par ailleurs, l'argument selon lequel l'OLF (en tant que distributeur) connaîtrait mieux le marché suisse des livres que Madrigall n'est

pas convaincant. Madrigall considère le marché suisse en général et Payot en particulier comme très important 390 et a un intérêt à réaliser le plus grand bénéfice possible en vendant ses livres sur le marché suisse. Pour cela, il est indispensable de connaître les conditions du marché. En outre, E5F devrait également disposer d'une telle connaissance du marché, même si elle n'agit qu'en tant que structure de diffusion suisse de Madrigall, dans la mesure où Madrigall considère l'existence d'une diffusion locale en Suisse comme essentielle car « le ressenti terrain est très important et la diffusion locale permet à Madrigall de s'adapter aux spécificités du marché suisse »391.

388 A 143, réponse 5.

389 A 198, N 243 ss.

390 Cf. not. A 198, N 109 ss.

391 A 198, N 61.

73 III. Absence de motif justifiant une gestion des risques défavorables aux revendeurs suisses

303. Pratiquant l'approvisionnement direct dans de nombreux pays, Madrigall est selon toute vraisemblance appelée à prendre des mesures similaires contre les risques de défauts de paiement en ce qui concerne [...] ou tout autre revendeur en France et de par le monde. Or, ces mesures ont toutes un coût, mais Madrigall n'avance aucun argument qui démontrerait que ces coûts sont supportés aussi par les autres revendeurs et en déduction directe de leurs taux de remise qui, comme on l'a vu, sont généralement bien plus importants qu'en Suisse. Il est en outre rappelé que les risques spécifiques à certains pays (comme les risques géopolitiques, économiques, la complexité du recouvrement ou encore les difficultés de récupération du stock) sont, en Suisse, vraisemblablement parmi les plus faibles en comparaison internationale. Madrigall mentionne dans sa prise de position que Madrigall et les revendeurs français sont soumis au même système juridique, ce qui facilite le recouvrement et la récupération des stocks. De plus, Madrigall pourrait mieux évaluer la solvabilité des revendeurs français, car les entreprises doivent publier leurs comptes, ce qui n'est pas le cas en Suisse. A cela s'ajoute que les CVG de Gallimard/Sodis, Flammarion et Sofédis contiendraient une réserve de propriété et permettraient ainsi de récupérer les stocks en cas de défaut de paiement. En Suisse, cela ne serait que très difficilement possible pour un bien comme les livres, car une telle réserve doit être inscrite dans un registre public de l'office des poursuites, conformément à l'art. 715 CC. Enfin, pour les revendeurs, au moins depuis les pays éloignés, les retours seraient en principe exclus et le paiement au comptant très fréquent. Il faudrait ainsi garder à l'esprit que le risque pour les pays autres que la France, la Belgique, la Suisse et le Québec est moins important en raison des volumes plus faibles. Les risques liés à Payot ne pourraient donc pas être comparés à des marchés de moindre importance. 392 304. Par nature, les activités commerciales comportent des risques. Apparemment, Madrigall considère que ce risque doit être supporté uniquement par les clients, car c'est la seule façon d'expliquer pourquoi Payot devrait aujourd'hui supporter tous les coûts liés au risque de défaillance via les tables 393 et, dans le cas d'un approvisionnement direct, via une remise réduite. Il n'est pas clair si cela vaut également pour les libraires en France, en Belgique ou au Québec. Madrigall omet de faire des déclarations sur ces pays d'exportation, qui sont importants aux yeux de Madrigall, et se limite aux pays éloignés. 394 Ainsi, il n'est toujours pas clair si, et si oui, pourquoi le risque de défaillance peut être moins bien couvert pour les revendeurs suisses que pour les

revendeurs dans d'autres pays (en dehors des pays éloignés ou des marchés de faible importance pour Madrigall).

305. L'objection de Madrigall selon laquelle une réserve de propriété selon le Code civil suisse semble ignorer le droit international privé, et en particulier l'art. 102 al. 2 LDIP 395 selon lequel une réserve de propriété valablement constituée à l'étranger sur un bien importé par la suite en Suisse conserve sa validité durant trois mois. D'autres options explicitement prévues par les CGV de Madrigall (par exemple l'exigence d'une caution bancaire ou de garanties comparables 396) sont passées sous silence. 306. Madrigall ne parvient pas non plus à expliquer de manière convaincante pourquoi, dans le cadre d'un approvisionnement direct, l'accès aux informations relatives à la solvabilité de Payot serait plus difficile que dans le cas d'une librairie française. Le fait que les entreprises en France doivent publier leurs comptes, contrairement à la Suisse, semble peu pertinent dans le cas présent, car Madrigall est bien entendu libre d'exiger la publication de certains chiffres

392 A 198, N 254 ss.

393 A 198, N 252.

394 A 198, N 257 s.

395 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291 ; LDIP).

396 Cf. p. ex. les CGV de Flammarion (A 143, annexe D, p. 5).

74 financiers dans le cadre de négociations concrètes et sérieuses avec Payot, afin de pouvoir évaluer le risque d'approvisionnement direct (ce que Madrigall fait apparemment pour tous ses clients). Il peut à ce sujet à nouveau être renvoyé aux CGV de Madrigall, selon lesquelles Madrigall peut demander de telles informations et/ou garanties aux librairies cocontractantes. 397 Madrigall n'explique pas pourquoi cela ne serait pas possible dans le cas de Payot. 307. Par principe, l'activité entrepreneuriale comporte des risques. Il semble que Madrigall considère que ce risque doit être supporté uniquement par les clients, car c'est la seule façon d'expliquer pourquoi Payot doit aujourd'hui supporter tous les coûts liés au risque de défaillance par le biais des tables et, dans le cas d'un approvisionnement direct, par le biais d'une réduction de la remise. Il n'est pas clair s'il en va de même dans le cas des libraires en France, en Belgique ou au Québec. Madrigall omet de faire des déclarations sur ces pays d'exportation, qui sont importants aux yeux de Madrigall. Ainsi, il n'est toujours pas clair si et pourquoi le risque de défaillance pour les revendeurs suisses peut être moins bien couvert que pour les revendeurs dans d'autres pays (en dehors des pays éloignés ou des marchés de faible importance pour Madrigall). Le fait que les entreprises en France doivent publier leurs comptes, contrairement à la Suisse, semble peu pertinent en l'espèce, car Madrigall est bien entendu libre de demander, dans le cadre de négociations concrètes et sérieuses avec Payot (ou de l'imposer dans les CGV qu'elle appliquerait à Payot, à l'instar de ce qu'elle pratique en France ; cf. N 306), la publication de certaines informations financières afin de pouvoir évaluer le risque en cas d'approvisionnement direct (ce que Madrigall semble faire pour tous ses clients). 398

IV. Le taux d'intérêt est douteux 308. Sur la base d'un chiffre d'affaires de € [...] millions, le coût estimé de l'assurance-crédit serait de [...] % des sommes facturées selon Madrigall. 309. En l'espèce, le coût estimé de [...] % n'est pas substantifié par Madrigall. Il n'existe pas non plus de bases ou de valeurs de comparaison qui confirmeraient que ce taux est approprié. Madrigall semble en outre considérer que Payot se trouve dans une situation

financière difficile sur la seule base d'une déclaration publique faite consécutivement à la crise du COVID-19, 399 situation que Payot conteste en outre en faisant référence au ratio d'endettement sur ses fonds propres de [...] %. 400 Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall soumet des documents supplémentaires concernant les surcoûts liés à l'assurance du risque de crédit. En particulier, Madrigall indique que selon la grille tarifaire de la Centrale de l'Edition, la prime pour les pays de l'UE et de l'OCDE (dont la Suisse fait partie) est de [...] %. Etant donné que, selon un e-mail d'un collaborateur de la Centrale de l'Edition, seule une somme de € [...] peut être garantie dans le cas de Payot (cf. N 297), Madrigall maintient l'estimation de la prime de garantie à [...] %. 401 Il n'est toujours pas clair sur quelle base la limite de € [...] a été fixée, car la grille tarifaire de la Centrale de l'Edition ne l'indique pas. De même, Madrigall ne montre pas dans quelle mesure l'assurance ou la garantie contre les pertes de crédit complète (100 % du

397 Les conditions générales de Flammarion d'octobre 2022 contiennent la clause suivante :
« En tout

état de cause, Flammarion peut demander à tout moment des renseignements et/ou états financiers du client. Une garantie bancaire - ou toute autre forme de sûreté similaire - peut être demandée par Flammarion pour garantir le paiement des factures impayées ; [...] » (cf. A 143, annexe D, p. 5). Les conditions générales de Gallimard d'août 2023 (cf. A 143, annexe E, p. 1) et les conditions générales de Sofedis de 2023 (cf. A 143, annexe G3, p. 1) renvoient, en ce qui concerne le paiement, aux conditions générales de SODIS, qui contiennent une clause identique à celle des conditions générales de Flammarion (cf. A 42, annexe C5, p. 3). 398 A 198, N 150 et 271.

399 A 148, p. 8 s.

400 A 157, p. 7.

401 A 198, N 260 ss et annexe G.

75 montant moyen supposé des factures impayées) qu'elle semble vouloir obtenir est habituelle pour les revendeurs étrangers comme Payot et est réduite en fonction des rabais accordés aux libraires concernés. 310. Enfin, les déclarations de Madrigall concernant la situation financière de Payot semblent contradictoires. D'une part, Madrigall part du principe, comme mentionné précédemment, que Payot connaît des difficultés financières. D'autre part, Madrigall soutient que Payot dispose d'un soutien financier important après la prise de contrôle (présumée) par Vera Michalski- Hoffmann. 402 311. En tout état, les coûts supplémentaires de € [...] avancés par Madrigall (N 298) se basent sur un montant facturé (chiffre d'affaires net) de € [...] millions, c'est-à-dire le chiffre d'affaires net calculé en tenant compte d'un rabais de [...] % sur le CA PPHT. Dans le système actuel, le montant facturé en 2022 s'élève à environ € [...] millions, ce qui impliquerait le cas échéant des impayés plus élevés. Toutes choses restantes égales par ailleurs, le risque de crédit pour Madrigall est donc plus élevé aujourd'hui que ce qu'il serait dans le cadre d'un approvisionnement direct. Il faut également garder à l'esprit que le taux de remise de [...] % n'est pas définitif et est précisément aussi l'objet de la présente procédure. Or, si le taux de remise devait en fin de compte se révéler plus élevé, les garanties financières à considérer le cas échéant seraient liées à une assiette de valeur des ouvrages plus faible.

V. Conclusion intermédiaire 312. Partant et vu ce qui précède, il est retenu qu'un délai de paiement de [...] jours doit être admis sur le principe, si Payot fournit les garanties

nécessaires à DLM. Toutefois, ces garanties ne devront porter ni plus ni moins sur ce qui serait exigé de n'importe quel autre revendeur étranger en situation d'approvisionnement direct. Quant au financement du risque de crédit Madrigall n'a par ailleurs pas démontré que pour les pays étrangers à la France autres que la Suisse mais ayant une importance comparable à cette dernière, le risque en question faisait l'objet d'un financement supplémentaire par le biais du taux de remise. Enfin, Madrigall n'a pas non plus démontré que les instruments usuels en France, tels que la réserve de propriété ou l'exigence de garanties, sont exclus dans le cas de Payot, ni pourquoi.

B.5.3.4.4 Les coûts additionnels Service Relation Clients et Recouvrement 313. Concernant ce point (voir en page 54), pour les deux postes Service Relation Clients et Recouvrement, Madrigall estime que les coûts supplémentaires correspondraient chacun à un demi-poste à temps plein. Compte tenu du montant de € [...] (cf. N 236 ci-dessus), il faut partir du principe que ces postes seraient créés en France. Madrigall justifie les coûts supplémentaires dans le domaine Service Relation Clients par le fait que les flux de livres, y compris les retours dans le cadre d'un approvisionnement direct, devraient le cas échéant être traités séparément pour Payot et les autres libraires indépendants. Il ne devrait notamment pas y avoir de mélange avec les flux des libraires indépendants auprès de l'OLF. 403 314. En l'espèce, il n'apparaît pas clairement dans quelle mesure un approvisionnement direct par Payot devrait entraîner des coûts supplémentaires par aux librairies en France (ou dans d'autres pays) dans le domaine Services Relation Clients, étant rappelé que les coûts de ces services – ainsi que ceux de recouvrement – sont couverts, en ce qui concerne les libraires français, par le chiffre d'affaires que Madrigall réalise avec ces librairies. Madrigall ne justifie pas le montant des coûts supplémentaires correspondant à [...] (ce qui correspond tout de même à environ [...] heures de travail de plus de celles déjà comprises dans le prix d'achat « français »), et cela seulement pour l'analyse d'un unique flux en provenance de Payot. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall énumère – pour la première fois – différentes

402 A 198, N 496 ; A 219, slide 7 de la présentation de Madrigall.

403 A 104, l. 130 ; A 143, réponse 3.1.

76 activités qui conduiraient aux surcoûts allégués par rapport à un libraire français, en raison des difficultés supplémentaires qu'induirait le caractère transfrontalier de la situation. 404 Madrigall s'en tient uniquement à cette référence générale au caractère transfrontalier, sans justifier et démontrer en détail les coûts prétendument plus élevés (et récurrents). Par exemple, on peut se demander si l'activité « procéder au recouvrement [...] en cas de non-paiement, avec des relances puis l'introduction de poursuites si nécessaire » dans le cas de Payot entraîne des coûts (récurrents). Ensuite, Madrigall mentionne diverses formalités spécifiques qui devraient être accomplies dans le cadre d'une livraison des livres en Suisse. 405 Là encore, on ne voit pas en quoi ces activités entraînent des surcoûts de l'ampleur alléguée (p. ex. « Mention de l'origine française sur la facture et du numéro EORI ») ou pourquoi certains frais ne sont dus que pour une livraison en Suisse (p. ex. « création de la liasse à remettre au transporteur »). Dans ce contexte, il convient de rappeler que Payot a indiqué à plusieurs reprises qu'elle assurait elle-même le transport depuis les centres de distribution de Madrigall vers la Suisse, le dédouanement ainsi que le traitement des flux (cf. N 114). Cette procédure correspond en principe aussi aux conditions de Madrigall pour un approvisionnement direct (modalités ex works, cf. N 128). Certains surcoûts (p. ex. « Dédouanement et étalonnage du formulaire EUR1 », ce dernier devant être rempli par

l'exportateur, soit Payot dans le cadre d'un approvisionnement en direct) ne devraient donc pas être supportés par Madrigall ou devraient être supprimés par rapport à la situation actuelle dans laquelle, selon Madrigall, l'OLF est indemnisée pour les activités correspondantes. 406 Même si le passage à un nouveau modèle devait effectivement entraîner certaines dépenses supplémentaires, il s'agirait en premier lieu de coûts initiaux. Il est douteux, et Madrigall ne le motive d'ailleurs pas, que les dépenses supplémentaires soient de nature récurrente, et donc il ne se justifierait pas dans tous les cas d'en tenir compte par le biais du taux de remise. 315. Parallèlement à ce qui précède et si coûts supplémentaires il devait effectivement y avoir, Madrigall ne serait de toute manière pas légitimée à les mettre à la charge de Payot, celle-ci n'ayant pas à supporter les éventuels coûts résultants d'un modèle économique propre à Madrigall qui consisterait à maintenir plusieurs flux. Dans le cadre de sa liberté économique, Madrigall demeurerait certes libre de conserver plusieurs flux, mais les éventuels coûts additionnels que génèrerait un système de diffusion/distribution inédit en Suisse ne saurait être supportés par Payot ni tout autre libraire suisse qui procéderait à un approvisionnement direct, d'autant plus si un tel doublement des flux se révèle plutôt coûteux selon ce que laisse entendre Madrigall. La façon dont Madrigall souhaite organiser ses flux en Suisse relève de sa liberté économique, mais les éventuels coûts qui en découlent demeurent quoi qu'il en soit à sa charge et ne sauraient fonder une remise moindre octroyée à Payot.

316. Finalement et concernant les supposés coûts supplémentaires du service de recouvrement en raison de la complexité du recouvrement à l'étranger due aux fonctionnements bancaires et aux mécanismes de garanties différents, Madrigall n'avance pas pourquoi ces coûts devraient être plus élevés en comparaison avec d'autres pays, dont il est prouvé que les librairies profitent de remises nettement plus élevées que Payot. Comme indiqué ci-dessus (cf. N 305 s.), Madrigall n'explique pas si et pourquoi les instruments usuels en France dans le cadre du service de recouvrement, tels que la réserve de propriété ou l'exigence de garanties, sont exclus dans le cas de Payot. 317. Si le cadre réglementaire et les processus correspondants sont connus, les coûts supplémentaires pourraient tout au plus être justifiés par le fait que les processus en Suisse ou le service de recouvrement dans le cadre d'activités transfrontalières entre la France et la Suisse sont – dans des cas concrets et objectifs – généralement plus coûteux qu'en France ou dans le cadre d'activités transfrontalières entre la France et d'autres pays. Ce point n'est

404 A 198, N 274 ss.

405 A 198, N 277 s.

406 A 198, N 276.

77 toutefois pas substantifié par Madrigall, et aucun coût supplémentaire récurrent – [...] – ne peut être retenu à ce titre.

B.5.3.4.5 Les coûts liés à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution 318. Concernant ce point et selon Madrigall, en cas d'approvisionnement direct, si Payot devait réduire voire supprimer le volume des prestations effectuées par l'OLF, cela entraînerait une diminution des recettes de l'OLF et donc une baisse des contributions aux coûts fixes. L'OLF serait ainsi contraint d'imputer sa propre marge ou de répartir sur le volume total restant des autres clients les contributions supprimées, d'un montant de € [...], qui étaient versées jusqu'à présent pour les prestations en lien avec Payot. 319. La somme mentionnée est expliquée pour la première fois dans la prise de position de Madrigall du 10

juin 2024. Ainsi, le contrat entre l'OLF et Madrigall contiendrait différents taux qui, multipliés par la base de flux correspondante, détermineraient les commissions à verser à OLF. Selon Madrigall, la hauteur des taux dépend de la volumétrie totale des libraires, c'est-à-dire du flux total (y compris le flux de Payot) en Suisse. En 2022, le flux hors Payot aurait généré des commissions à hauteur de € [...]. Si le flux Payot était supprimé, le taux s'élèverait, de même que les commissions pour le flux hors Payot à hauteur estimée de € [...], soit une différence – ou en d'autres mots, un surcoût – de € [...]. 407 320. Madrigall essaie de faire passer une hypothétique diminution des recettes qui toucherait un ou des tiers pour des coûts supplémentaires qui devraient être imputés à Payot. Or, si la relation commerciale avec l'OLF devait se modifier dans le cadre d'un approvisionnement direct par Payot, cela correspondrait à un processus naturel du marché, étranger aux critères de droit de la concurrence devant être pris en considération. Une des conséquences premières de l'application du droit des cartels est même souvent et précisément une modification de la structure du marché, accompagnée généralement de diminution de recettes. Dans un cas extrême, la relation commerciale entre Payot et l'OLF pourrait donc bien cesser complètement, sans que cela soit problématique du point de vue du droit de la concurrence. On ne voit tout simplement pas pourquoi Payot devrait dans un tel cas continuer à verser, même indirectement, des prestations à l'OLF. Il est en fin de compte de la responsabilité entrepreneuriale de Madrigall de réagir aux changements sur le marché. Madrigall indique par exemple elle-même que de nouvelles conditions devraient être négociées avec l'OLF en cas d'approvisionnement direct par Payot. 408 Si l'on suivait d'ailleurs le raisonnement de Madrigall, la remise de la FNAC dans le cadre de son approvisionnement en France devrait logiquement être réduite, puisque sa distribution en Suisse ne se fait pas par OLF, ce qui entraîne des commissions plus élevées par rapport aux flux Payot et libraires indépendants.

321. Vu qu'en cas d'approvisionnement direct c'est Payot qui prendrait en charge l'enlèvement des palettes chez la SODIS et l'UD, le transport, le dédouanement, ainsi que le transit par sa base arrière avant de livrer ses magasins physiques, 409 Madrigall économiserait même les coûts liés à la rémunération de l'OLF pour ses prestations de distribution. Ainsi, malgré un flux total entraînant des commissions plus élevées, les commissions totales payées par Madrigall à OLF diminueraient d'un peu plus de € [...] 410 en raison de la baisse du flux total.

407 A 198, N 282 s. et annexe H.

408 A 104, I 151 s.

409 A 65, réponse 16.

410 Selon le tableau au N 283 de l'A 198, les flux hors Payot en 2022 se seraient élevés à CHF [...] et

le flux Payot à CHF [...]. Le flux Payot aurait ainsi été [...] fois plus élevé que le flux hors Payot. Sur la base des commissions actuelles pour le flux hors Payot (€ [...]), il y aurait eu des commissions sur le

78 322. Dans l'ensemble, Madrigall ne démontre pas de manière convaincante qu'elle doit supporter des coûts supplémentaires liés à la démutualisation du dépôt OLF. Si Madrigall devait répercuter les commissions dues à l'OLF sur les libraires indépendants via les tables, cela ne changerait rien pour Madrigall, puisque dans ce cas les libraires indépendants devraient payer les commissions plus élevées pour le flux hors Payot. A cet

égard, il convient de noter que les libraires indépendants ne se sont pas manifestés pendant l'enquête. En revanche, si Madrigall devait effectivement supporter elle-même les commissions plus élevées pour le flux hors Payot ou ne pas les répercuter directement sur ses clients, Madrigall devrait logiquement prendre en compte les économies mentionnées résultant de la suppression du flux Payot.

B.5.3.4.6 La perte sur les retours

323. Pour ce poste, Madrigall a initialement déduit le surcoût lié à la perte sur les retours à l'aide de valeurs moyennes sur les retours de Payot (cf. N 324). Les valeurs moyennes utilisées par Madrigall s'écartent toutefois substantiellement des retours réels de Payot présentés par Madrigall pour l'année 2022, sur la base desquels le surcoût lié à la perte engendrée par les retours est établi (cf. N 326 ss). 324. Dans ses estimations initiales du surcoût lié à la perte sur les retours, Madrigall part du principe que Payot retourne en moyenne [...] exemplaires par année, dont [...] doivent être éliminés. Selon Madrigall, [...] % des livres retournés et non éliminés sont généralement réintégrés, soit [...] exemplaires. 411 Madrigall fait valoir toutefois qu'en cas d'approvisionnement direct, ces exemplaires, qui pourraient en principe être réintégrés, ne le seraient pas. 412 En d'autres termes, les livres Madrigall que Payot retournerait ne pourraient en principe plus être réintégrés en cas d'approvisionnement direct. 325. Madrigall calcule ainsi, pour un coût de revient – non documenté – de fabrication unitaire de € [...], un surcoût sur les retours pilonnés de € [...] 413 (soit [...] % du CA PPHT). S'y ajouterait une perte de marge invoquée sur ces livres de € [...] (soit [...] % du CA PPHT). 414 326. Madrigall n'explique initialement pas pourquoi seulement [...] % des exemplaires retournés non éliminés peuvent être réintégrés, ni surtout pourquoi la réintégration dans le cadre d'un approvisionnement direct ne serait pas possible du tout ou pas semblable en matière de proportions à la situation en France, dans d'autres pays ou encore à la situation actuelle. On peut néanmoins retenir des déclarations de [...] que les livres retournés qui ont été étiquetés doivent en règle générale être pilonnés. 415 Enfin, l'hypothèse plutôt péremptoire selon laquelle aucun des exemplaires retournés ne peut être réintégré contredit les explications de [...], selon lequel la proportion de livres qui devraient finalement être éliminés dans le cadre d'un approvisionnement direct n'est a priori pas connue. 416 En outre, dans sa prise de position du 10 juin 2024 Madrigall explique que, dans le cas de Payot, seule une partie des exemplaires retournés non éliminés peuvent être réintégrés par le fait que « [...] une

flux Payot à hauteur de € [...]. Cette extrapolation est une simplification, car pour Payot la répartition de la base de flux entre les catégories vente, case, allègement et pilon mentionnées dans le tableau n'est pas connue en détail. On ne voit cependant pas pourquoi l'extrapolation s'écarterait substantiellement de la valeur réelle. 411 [...] = 70 % des [...] exemplaires n'étant pas pilonnés ([...] = [...] - [...]).

412 A 143, p. 20.

413 Soit le nombre d'exemplaires réintégrés [...] multiplié par le coût de revient individuel de € [...].

414 A 143, p. 20. ; A 198, N 207.

415 A 104, l. 130 à 140.

416 A 104, l. 370 à 400.

79 proportion est “impropre” à la réintégration car les livres sont endommagés ». Selon Madrigall, ce taux s'élève à [...] % en 2022 (chiffre non documenté). 417 327.

Contrairement à l'estimation initiale de Madrigall des pertes sur les retours, en 2022 et selon les chiffres annoncés par Madrigall, les retours de livres Madrigall par Payot se sont élevés à [...] exemplaires. 418 Madrigall n'explique pas pourquoi le nombre moyen des retours de Payot initialement estimé serait nettement plus important que les chiffres de 2022, et encore moins comment cette moyenne est calculée alors qu'elle est sensiblement plus élevée que les chiffres de l'année 2022.

328. Après que le Secrétariat s'est basé sur les chiffres réels de l'année 2022 dans sa Proposition, Madrigall a présenté dans sa prise de position du 10 juin 2024 une nouvelle estimation du surcoût lié à la perte sur les retours. Sur les [...] exemplaires effectivement retournés par Payot, [...] exemplaires auraient dû être pilonnés selon Madrigall. En d'autres termes, [...] exemplaires 419 auraient potentiellement pu être réintégrés. Mais comme mentionné ci-dessus, une proportion de [...] % de ces livres retournés était « [...]“impropre” à la réintégration ». Par conséquent, environ [...] exemplaires retournés par Payot (soit [...] x [...] %) auraient en tout cas pu être réintégrés. 420 Or, Madrigall utilise précisément ces exemplaires qui, selon ses propres déclarations, ne sont justement pas endommagés, pour calculer les surcoûts. 421 Il en résulterait un surcoût sur les retours pilonnés de € [...] 422 (soit [...] % du CA PPHT) et une perte de marge hypothétique d'environ € [...] 423 (soit [...] % du CA PPHT). En ce qui concerne la réduction de la remise maximale théorique pour Payot, Madrigall semble néanmoins s'en tenir à son estimation initiale nettement exagérée (cf. N 324 s.). 424 329. Comme indiqué précédemment, Madrigall omet de justifier et de démontrer pourquoi tous les exemplaires intacts ne pourraient pas être réintégrés dans le cadre d'un approvisionnement direct de Payot, d'autant plus que cela semble aujourd'hui être possible sans difficulté. Par conséquent, il résulte de ce qui précède qu'il pourrait y avoir effectivement un surcoût spécifique à la Suisse lié au pilonnage des livres non ou mal désétiquetés, mais seulement à hauteur de [...] % des exemplaires en principe réintégrables, soit environ [...] exemplaires ([...] x [...] %) sur la base des chiffres pour 2022, question qui ne se pose pas en France (le PPHT étant en général imprimé directement sur les livres). 425 Ce surcoût peut difficilement être estimé avec précision a priori, mais s'est élevé en 2022 à € [...] ([...] x € [...]) en ce qui concerne les pertes sur les retours pilonnés, soit moins de [...] % du CA PPHT et donc nettement inférieur aux surcoûts allégués par Madrigall de € [...] ([...] % du CA PPHT). 330. Il en résulterait en plus une perte de marge hypothétique d'environ € [...] ([...] x € [...]). Cette perte de marge invoquée par Madrigall ne correspond toutefois pas à un surcoût, mais se rapporte à un hypothétique bénéfice qui n'a pas été réalisé par Madrigall.

417 A 198, N 290. La proportion d'exemplaires retournés réintégrables est donc, dans le cas de Payot,

de [...] % et non de [...] % comme cela avait été affirmé initialement. 418 A 143, réponse 5, annexe C et fichier Excel ; A 198, N 289 ss. Comme indiqué dans la note de bas

de page 304, Madrigall mentionne dans sa prise de position du 10 juin 2024 à tort [...] exemplaires retournés par Payot en 2022 au lieu de [...] exemplaires. En utilisant – d'office – ce dernier chiffre dans la présente décision n'affecte en rien les conclusions. 419 [...]]=[...]-[...].

420 La proportion d'exemplaires retournés réintégrables est donc, dans le cas de Payot, de [...] % et non

de [...] % comme cela avait été affirmé initialement. 421 A 198, N 289 ss.

422 [...]]=[...] x € [...].

423 De la perte de marge initialement invoquée de € [...] pour [...] exemplaires ne pouvant pas être

réintégrés, on peut en déduire une perte de marge de € [...] ([...]/[...]) par exemplaire. 424 A 198, N 519 ss.

425 A 143, réponse 11 d. et p. 20 ; A 198, N 290.

80 331. Payot considère quant à elle que les surcoûts invoqués par Madrigall en relation avec les pertes sur les retours sont totalement injustifiés. Madrigall n'aurait pas à supporter de frais à cet égard, puisque Payot procéderait elle-même au tri et au désétiquetage des livres à retourner, ce qui serait également le cas dans le cadre de l'approvisionnement direct. Un tel surcoût ne correspondrait d'ailleurs pas aux conditions usuelles. 426 Ce faisant, Payot ignore que ces surcoûts ne sont pas dus aux efforts de triage et de désétiquetage, mais aux dommages causés aux livres par le désétiquetage, qui empêchent leur réintégration (après que les livres aient été retournés à Madrigall et remboursés par cette dernière). Ces coûts n'existent pas pour les retours en France en raison de l'absence d'étiquettes et sont donc – en principe – justifiés.

B.5.4 Conclusion intermédiaire concernant l'évaluation des surcoûts

332. Sur la base de ce qui précède, il est retenu, comme il l'a déjà été résumé sous N 226, que le droit de retour et l'échéance de paiement de [...] jours font partie des conditions usuelles de la branche en France (N 203 et N 209). En ce qui concerne les prix, les systèmes de remise fixés dans les conditions commerciales de Madrigall reflètent le prix usuel de la branche en France (N 204 et N 210). 333. Par ailleurs, les conclusions suivantes peuvent être tirées en ce qui concerne les surcoûts allégués par Madrigall et qui devraient être supportés par Payot par rapport aux enseignes françaises en cas d'approvisionnement direct. 334. Premièrement et à titre de remarque générale, les surcoûts invoqués par Madrigall pour Payot sont bien plus élevés que ceux qu'impute apparemment Madrigall aux autres revendeurs étrangers, que ceux-ci soient dans l'UE ou hors UE. Or ces surcoûts devraient, sauf s'ils sont spécifiques à la Suisse (p. ex. le coût plus élevé de la diffusion en Suisse), théoriquement également être imputés aux autres revendeurs qui procèdent à des approvisionnements directs de livres Madrigall, que cela soit des revendeurs de l'UE ou hors UE. Or, vu les généreuses remises octroyées à ceux-ci (N 220 et 225) par rapport à ce qui est proposé à Payot, il apparaît peu vraisemblable que ces revendeurs soient aussi lourdement chargés que Payot en surcoûts supposés. 335. Plus concrètement, en ce qui concerne le taux de remise moyen théorique de [...] % du CA PPHT qui serait appliqué par Madrigall à Payot (N 239 à 243), celui-ci doit le cas échéant être justifié en détail par Madrigall au regard des critères prévus par les CGV de Madrigall et par rapport à chaque magasin Payot. Il convient de tenir compte de toutes les maisons d'édition de Madrigall, et pas seulement de Gallimard et de Flammarion pour pondérer les remises des différentes filiales. En l'état, le taux de remise moyen théorique de [...] % calculé par Madrigall pour Payot est, selon toute vraisemblance, plus bas que le taux dont bénéficierait une enseigne comparable française. 336. En ce qui concerne les coûts liés aux frais de personnel de la

diffusion et de compte-clé (N 250 à 296), il est notoire qu'il existe des coûts de main-d'œuvre (et des coûts salariaux unitaires) plus élevés en Suisse qu'en France. Ceux-ci pourraient en bout de course justifier dans une certaine mesure certains surcoûts en Suisse. Les différences correspondantes sont toutefois nettement inférieures aux 80 % avancés par Madrigall, ce qui est démontré par les chiffres cités par Madrigall pour la France et la Suisse. 337. En ce qui concerne les coûts liés à la garantie du risque de crédit (N 297 à 312), si un délai de paiement de [...] jours est admissible sur le principe, les autorités de la concurrence constatent que le financement de la garantie du risque de crédit est déjà aujourd'hui financé par Madrigall à une hauteur très vraisemblablement plus importante qu'en cas d'approvisionnement direct. Ces coûts font partie du risque d'exploitation que chaque

426 A 197, p. 3 ; A 219, procès-verbal d'audition de Payot, l 65 ss. et notes de plaidoirie de Payot, p. 6.

81 entreprise doit supporter. Si Payot fournit les garanties nécessaires à DLM – garanties qui ne devront porter ni plus ni moins sur ce qui est exigé de n'importe quel autre revendeur étranger en situation d'approvisionnement direct –, aucune déduction supplémentaire n'est admissible sous forme d'une réduction du taux de remise. 338. Concernant les coûts additionnels Service Relation Clients et Recouvrement (N 313 à 316), il doit être retenu que s'il devait y avoir des dépenses supplémentaires à ce titre en cas d'approvisionnement direct, elles ne seraient vraisemblablement pas récurrentes. Partant, aucun coût supplémentaire récurrent n'est à retenir à ce titre. 339. Concernant les coûts liés à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution (N 318 ss), ceux-ci ne sont pas justifiés en raison principalement qu'ils toucheraient un ou des tiers ou parce que les frais de dépôt de Madrigall diminuent.

340. Finalement et en ce qui concerne la perte sur les retours (N 323 ss), le principe de l'existence d'une certaine perte par rapport aux libraires français est reconnu (en tout cas lorsque des livres doivent être pilonnés après avoir été retournés à Madrigall et remboursés par cette dernière). Toutefois, la détermination par Madrigall d'une réduction fixe de la remise sur le CA PPHT est délicate en l'état, principalement parce que la quantité de livres supplémentaires à éliminer a priori n'est pas connue a priori. En tout état, les surcoûts avancés par Madrigall sont sensiblement supérieurs à ceux causés par les retours de Payot en 2022. 341. Sur la base de ce qui précède, il y a lieu de constater que le rabais de [...] % calculé par Madrigall ne correspond pas aux dépenses spécifiques à un approvisionnement direct par Payot, car les surcoûts allégués sont soit insuffisamment substantifiés, soit ils ne sont pas imputables à Payot.

82 C Considérants

C.1 Champ d'application

C.1.1 Champ d'application personnel 342. La LCart s'applique sur le plan personnel aux entreprises de droit privé et de droit public (art. 2 al. 1 LCart). Cette notion comprend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1bis LCart). La LCart suit ainsi une approche économique : les faits économiques doivent être appréhendés d'un point de vue économique et indépendamment de leur structure juridique.

343. L'indépendance économique constitue, selon la pratique, une condition constitutive de la notion d'entreprise de l'art. 2 al. 1bis LCart. 428 Cela signifie que les entités qui ne prennent pas part de manière autonome au processus économique ne doivent pas être qualifiées d'entreprises au sens de la LCart. 429 Cela est particulièrement important dans les relations de groupe 430 : en présence d'un groupe, ce ne sont pas les différentes sociétés de ce groupe qui doivent être considérées comme des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1 LCart, mais le groupe dans son ensemble. 431 344. Cette définition s'applique également dans le cadre des dispositions concernant le pouvoir de marché relatif, qui ne s'adressent également qu'aux entreprises (« Par entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, on entend une entreprise dont d'autres entreprises sont dépendantes [...] » ; art. 4 al. 2bis LCart). Cette disposition concerne ainsi la relation entre une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif (sujet de l'interdiction) et une entreprise dépendante (sujet de la protection). Les clients finaux, respectivement les consommateurs, ne peuvent donc pas se prévaloir des dispositions relatives au pouvoir de marché relatif. 432 Le pouvoir de marché relatif se distingue donc d'une position dominante classique sur ce point. 345. Ce n'est pas la position « absolue » d'une entreprise sur un marché donné (« erga omnes ») qui est déterminante pour la dépendance au sens de l'art. 4 al. 2bis LCart, mais la répartition individuelle et concrète du pouvoir entre deux entreprises (« inter partes ») entre lesquelles une relation commerciale existe ou est envisagée. Sur ce point également, le concept de pouvoir de marché relatif se distingue d'une position dominante classique. Les

427 TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, Publigroupe ; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 71), art. 2

N 7 et les références citées ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 70), art. 2 N 21 s. 428 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.3, DCC ; ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, Schweizerische

Kartellrecht, 3e éd. 2023, N 298. 429 ATF 148 II 321 consid. 6.2, Flammarion ; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, Publigroupe ;

DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 71), art. 2 N 20 et les références citées. 430 TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 48, DCC ; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 3

(considérant non publié dans l'ATF 139 I 72), Publigroupe ; TAF, B-823/2016 du 2.4.2020 consid. 7.1.1 et les références citées, Flügel und Klaviere ; TAF, B-581/2012 du 16.9.2016 consid. 4.1.3, Nikon ; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, Publigroupe ; PICHT in : SIWR V/2 (n. 71), N A.33 ss ; DIKE KG- HEIZMANN/MAYER (n. 71), art. 2 N 31 ; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (n. 70), art. 2 N 113 et les références citées ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 70), art. 2 N 30 s. 431 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.3 et les références citées, DCC.

432 Message du 29.5.2019 relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables

(initiative pour des prix équitables) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur les cartels), FF 2019 4665, 4692 ss ch. 3.3.3 ; Note explicative et formulaire du Secrétariat de la COMCO : pouvoir de marché relatif du 6.12.2021, état au 22.8.2022, N 6, <www.comco.admin.ch> > Législation et documentation > Notifications > Note explicative et formulaire - Pouvoir de marché relatif (17.10.2022) ; DAVID MAMANE, Die relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht – von der Relativitätstheorie in die Praxis, in : SZK

2/2022, 59-67, 61.

83 deux entreprises, qui se trouvent (potentiellement) dans une relation de dépendance, sont dans une relation verticale l'une par rapport à l'autre. L'application des règles relatives au pouvoir de marché relatif aux relations commerciales bilatérales impose une analyse au cas par cas. En fin de compte, une entreprise peut avoir un pouvoir de marché relatif vis-à-vis d'une entreprise donnée, alors qu'elle ne se trouve pas dans une telle position vis-à-vis d'une troisième. 346. Outre la qualité des entreprises impliquées, l'art. 4 al. 2bis LCart n'impose aucune autre restriction sur le plan personnel. L'appartenance à une branche et la taille des entreprises ne jouent notamment aucun rôle, pas plus que leurs parts de marché. Les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif visent en premier lieu la protection individuelle des entreprises concernées, et non pas directement la protection de la concurrence en tant qu'institution. Même les entreprises qui ne sont pas de première importance pour le bon fonctionnement de la concurrence peuvent invoquer les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif. 433 Inversement, la protection n'est pas limitée aux entreprises ayant de faibles parts de marché ou aux PME. Les entreprises ayant des parts de marché importantes ou les grands groupes peuvent également se retrouver dans une situation de dépendance par rapport à certains produits ou services.

347. En l'espèce, la société française Madrigall SA (et ses filiales, à savoir principalement E5F en Suisse et DLM, UD et SODIS en France) constitue une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1 LCart. Il en va de même pour Payot SA. 348. La LCart – et plus particulièrement son art. 4 al. 2bis – s'applique ainsi sur le plan personnel.

C.1.2 Champ d'application matériel 349. Sur le plan matériel, la LCart s'applique aux entreprises qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). 350. La question de savoir si, en l'espèce, une entreprise abuse de son pouvoir de marché relatif (au sens des art. 4 al. 2bis et 7 LCart) fait précisément l'objet de la présente procédure. Comme le démontrera l'examen ci-dessous (N 385 ss), le comportement évalué en l'espèce relève bien du champ d'application matériel de la LCart.

C.1.3 Champ d'application territorial 351. Sur le plan territorial, la LCart est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (principe des effets ; art. 2 al. 2 LCart). L'examen de l'existence d'une certaine intensité des effets n'est pas nécessaire ni admissible dans le cadre de l'art. 2 al. 2 LCart. 434 Il n'est pas non plus déterminant de savoir où une restriction de la concurrence a été provoquée. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si elle a des effets sur le marché suisse. 435 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le champ d'application territorial doit être interprété de manière large afin de ne pas priver la loi sur les cartels de son efficacité et de garantir que la COMCO puisse examiner s'il y a une restriction de la concurrence. Ce n'est que dans le cadre des dispositions matérielles qu'il convient de

433 RICHARD STÄUBER/ANDREAS BURGER, Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz, in : ZWeR

2/2021, 235-272, 254. 434 ATF 143 II 297 consid. 3.7, Gaba.

435 Message du 23.11.1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la

concurrence, FF 1995 I 472, 535 s. ; DPC 2021/4, 841 N 29, Pöschl Tabakprodukte.

84 procéder à un examen approfondi des différents éléments constitutifs d'une restriction à la concurrence.

352. Dans sa prise de position du 14 décembre 2022, Madrigall indique douter du fondement juridique de la présente procédure à son encontre, en matière de procédure et de puissance publique des autorités suisses en France, et de ses potentielles conséquences. 436 Madrigall ne développe pas davantage ce point. Cet élément n'est de toute manière pas pertinent. En effet, la détermination du champ d'application territorial du droit suisse de la concurrence au sens de l'art. 2 al. 2 LCart ne se fonde pas sur la puissance publique des autorités suisses dans un pays étranger, mais sur les effets en Suisse d'états de fait se produisant en Suisse ou à l'étranger. 353. En l'espèce, Payot reproche principalement au groupe Madrigall de refuser la possibilité à Payot de se procurer en France, aux prix du marché français et aux conditions usuelles de la branche française, des livres afin d'être en mesure de les vendre moins cher en Suisse par rapport aux prix actuellement pratiqués. La raison est à chercher dans les écarts de prix entre le pays d'origine et la Suisse romande, qui crée selon Payot une situation « intenable » en matière de compétitivité. 437 354. Vu que les effets de la pratique supposée de Madrigall se produisent en Suisse, à savoir lors de l'achat d'ouvrages en gros par des revendeurs suisses dans le but de les revendre aux clients finaux suisses, le comportement qui doit être évalué en l'espèce relève bien du champ d'application territoriale de la LCart.

C.1.4 Champ d'application temporel 355. La LCart s'applique aux états de fait qui se sont produits alors qu'elle était en vigueur. Or, il est relevé en l'occurrence qu'en ce qui concerne spécifiquement les dispositions de la LCart portant sur le pouvoir de marché relatif, celles-ci ne sont entrées en vigueur que le 1er janvier 2022. Il en va notamment ainsi des art. 4 al. 2bis, 7 al. 1 ou encore 7 al. 2 let. g LCart. 356. Les règles relatives au pouvoir de marché relatif s'appliquent en principe aussi à des transactions juridiques uniques (p. ex. à une transaction immobilière précise). En règle générale, les cas d'application devraient toutefois concerner une relation commerciale établie sur la durée, notamment l'achat répété ou régulier de prestations. La répartition du pouvoir dans une telle relation commerciale n'est pas statique, mais peut évoluer au fil du temps. Par exemple, des possibilités d'approvisionnement alternatives peuvent apparaître ou disparaître pour l'entreprise concernée (p. ex. les importations parallèles) ou un produit donné peut perdre ou gagner en importance pour l'entreprise (p. ex. pour des raisons techniques ou réglementaires, ou en raison de changements dans l'orientation commerciale). L'existence ou non d'une dépendance est un instantané. Pour la COMCO, ce sont en principe les conditions au moment de la décision, c'est-à-dire les conditions actuelles, qui sont déterminantes pour l'évaluation du pouvoir de marché relatif. Ceci est lié aux mesures que la COMCO peut ordonner. Cette dernière ne peut pas sanctionner (directement) l'abus d'un pouvoir de marché relatif. Seules des mesures de comportement peuvent être ordonnées. De telles mesures ne sont appropriées que s'il existe un intérêt actuel à une intervention de l'autorité. Le fait qu'il y ait eu une dépendance par le passé ou qu'une telle dépendance puisse survenir à l'avenir 438 n'est donc pas déterminant.

436 A 39, N 28.

437 A 1, § 4.5.

438 Un intérêt actuel est toujours une condition préalable à l'adoption de mesures par l'autorité. Toutefois,

l'évolution probable de la dépendance actuelle peut avoir une influence sur l'intérêt à une intervention, et donc sur la probabilité que l'autorité se saisisse du cas en question.

85 357. En l'espèce, le comportement qui est principalement reproché à Madrigall est postérieur au 1er janvier 2022 et dure encore (N 112 ss). Par ailleurs et spécifiquement en ce qui concerne le niveau de la remise commerciale de [...] %, celui-ci n'a été annoncé par Madrigall à Payot que le 25 octobre 2022 et n'a pas été depuis remis en question par Madrigall (N 122 ss). Dans tous les cas, ces faits sont postérieurs à la nouvelle teneur de la LCart, en vigueur depuis le 1er janvier 2022. Le comportement qui doit être évalué en l'espèce relève donc bien du champ d'application temporel de la LCart, et plus particulièrement de l'art. 4 al. 2bis LCart, de même qu'il existe encore un intérêt actuel à l'intervention des autorités.

C.2 Compétence de la Commission de la concurrence 358. La compétence des autorités de la concurrence est déterminée par l'art. 18 al. 3 LCart ainsi que le RI-COMCO 439. Selon la disposition précitée, la Commission prend en plénière les décisions qui ne sont pas expressément attribuées à une autre autorité ou au Secrétariat. 359. En l'espèce, il s'agit de décider, au moyen d'une décision finale, si des mesures doivent être prises à l'encontre de Madrigall en raison d'une infraction au droit suisse de la concurrence. La Commission elle-même est en principe compétente pour prendre une telle décision (art. 10 al. 1 RI-COMCO). Etant donné qu'aucun autre organe de la Commission n'est compétent en l'espèce (p. ex. selon l'art. 19 al. 1 LCart ou les art. 19 s. ou 27 ss R-COMCO), c'est la compétence générale de rendre des décisions qui s'applique. En l'espèce, c'est ainsi bien la Commission qui est compétente.

C.3 Parties 360. Le sujet de droit au sens du droit des cartels est l'« entreprise » au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart, c'est-à-dire une unité économique indépendamment de sa forme juridique ou de son organisation (N 342). Cette « entreprise » n'a aucune personnalité juridique au sens du droit de la procédure administrative, 440 qui s'applique en principe dans le cadre d'une enquête en matière de droit des cartels (art. 39 LCart). Le titulaire des droits (p. ex. droit de consulter le dossier selon l'art. 26 PA) et des obligations (p. ex. obligation de collaborer selon l'art. 13 PA) est bien plutôt la « partie » au sens de l'art. 6 PA. Il en résulte que, dans une procédure de droit des cartels, l'entreprise au sens de la LCart en tant que destinataire matériel de la norme et la partie à la procédure, respectivement le destinataire d'une décision peuvent diverger. 441 361. La qualité de partie au sens de l'art. 6 PA revient en premier lieu aux personnes dont la décision est amenée à régler les droits ou devoirs au sens de l'art. 5 PA. Ces personnes sont désignées comme étant les destinataires matériels de la décision. 442 362. Etant donné qu'une décision de droit administratif ne peut pas régler directement les droits et obligations de l'« entreprise » au sens du droit des cartels (cf. N 360 ci-dessus), sont en pratique qualifiées de destinataires matériels de la décision pour chaque entreprise les personnes qui en étaient responsables au moment de l'infraction examinée. 443 En fait

439 Règlement interne de la Commission de la concurrence du 15 juin 2015 (Règlement interne COMCO,

RI-COMCO ; RS 251.1). 440 DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 71), art. 2 N 19 et 34 ainsi que les références citées.

441 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.2, DCC ; DPC 2021/3, 691 N 31, Obligation de

renseigner ; DPC 2020/3a, 1096 N 1128, Bauleistungen See-Gaster ; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (n. 70), art. 2 N 121. 442 TF, 9C_918/2009 du 24.12.2009 consid. 4.3.1; TAF, B-5130/2019 du 9.8.2021 consid. 7.1,

Bauleistungen Graubünden/Schlub ; TAF, B-807/2012 du 25.6.2018 consid. 11.4.1, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne ; TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 119 s., DCC ; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2007 consid. 4.5, Publigroupe. 443 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.1 et les références citées, DCC ; DPC 2020/3a, 1096

N 1129, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2019/1, 116 N 212, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013.

86 notamment partie la personne (habituellement la société) dont la conformité du comportement au droit de la concurrence est concrètement examinée (société agissant de manière opérationnelle), ainsi que son éventuelle société mère ou la société mère du groupe. 444 Une société détenant actuellement l'entreprise en cause, mais qui ne la détenait pas à l'époque de l'infraction examinée, peut également, à certaines conditions, être destinataire des mesures de la COMCO. 445 363. Au vu de ce qui précède, il convient d'accorder la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA aux entreprises suivantes : Madrigall SA et Payot SA. Quant à la question de savoir dans quelle mesure des mesures concrètes doivent être ordonnées à l'encontre de ces parties, elle est abordée plus loin (section C.6.1 ss).

C.4 Prescriptions réservées

C.4.1 Principe 364. La LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, ou encore celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). La LCart n'est pas non plus applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la LCart (art. 3 al. 2 LCart).

C.4.2 L'avis du Médiateur du livre français 365. Madrigall a saisi le Médiateur du livre français (ci-après : le Médiateur) au sujet de la notion de conditions usuelles de la branche en France. Le Médiateur est une autorité française rapportant au ministère de la Culture. Il est notamment chargé de la conciliation des litiges portant sur la législation relative au prix du livre. A ce titre, il dispose selon Madrigall d'une connaissance approfondie de la réglementation française relative au prix unique du livre. Le Médiateur a formulé une réponse écrite, et celle-ci a été transmise au Secrétariat. 446 Madrigall a également produit un second avis du Médiateur en annexe à sa prise de position du 10 juin 2024. Dans ce second avis, le Médiateur s'exprime sur certains passages de la Proposition du Secrétariat. 447 366. Selon le Médiateur, le prix de vente au public fixé par l'éditeur, qui n'est soumis qu'à des dérogations limitées, détermine l'assiette de la rémunération de l'ensemble des intervenants. Ce dispositif a été conçu pour que les libraires, liés par des prix de vente qui échappent à leur maîtrise, concentrent leurs actions sur la qualité de la relation avec la clientèle et sur une mission de conseil permettant d'accompagner le lecteur. Dans ce cadre très particulier, la loi a fixé les principes applicables à la détermination du taux de remise consenti par les éditeurs au libraire, et qui détermine la marge commerciale de celui-ci. Le protocole Cahart définit alors la composition de la remise. Il prévoit une remise de base, une

remise additionnelle composée selon les critères qualitatifs et une remise additionnelle composée selon les critères quantitatifs. Parmi les critères qualitatifs, quatre sont obligatoires : service de commande à l'unité, compétence du personnel, relation du libraire avec son éditeur/diffuseur et actions

444 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.1 et 7.2.6 ainsi que les références citées, DCC ; DPC

2004/2, 421 N 67, Swisscom ADSL. 445 TAF, B-5130/2019 du 9.8.2021 consid. 7 ss, Bauleistungen Graubünden/Schlub ; DPC 2020/3a, 1099 N 1143 ss, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2020/4a, 1835 N 561 ss, Bauleistungen Graubünden. 446 A 111.

447 A 198, annexe A.

87 d'animations à l'initiative du libraire. Parmi les six critères complémentaires figurent la part des titres suivis en réassortiment, la promotion du fonds du catalogue, les recherches bibliographiques, le suivi du service des nouveautés (offices et notés avant parution), la promotion de l'offre éditoriale (rôle prescripteur du libraire et promotion des éditeurs/diffuseurs) et les outils professionnels déployés. Le protocole a ainsi pour rôle central de déterminer les remises accordées aux libraires, et a donc pour objet d'intégrer dans la détermination de ces éléments commerciaux les objectifs de politique publique poursuivis par le législateur. 367. Finalement selon le Médiateur, dans l'appréciation des « prix du marché » et des « conditions usuelles de la branche » en ce qui concerne le marché du livre en France, il est à son avis essentiel de prendre en compte, d'une part, l'absence de liberté des libraires en France dans la détermination du prix des livres, et d'autre part, les objectifs de politique publique inscrits dans la loi et traduits par le protocole, qui déterminent très directement le taux de remise qui leur est appliqué. Ces éléments lui semblent devoir être pris en compte dans l'appréciation des prix du marché et des conditions usuelles de la branche en France lorsqu'il est envisagé d'en transposer l'application à des acteurs qui, pour n'être pas établis en France, ne sont pas soumis au cadre juridique qui les détermine. En effet, selon lui, au-delà des données objectives, les prix de marché et les conditions usuelles de la branche intègrent en France des objectifs de politique publique qui reposent sur un ensemble de contraintes et d'avantages et influent directement, en application de la loi et du protocole qui en transcrit les principes, sur les prix et conditions qui sont appliqués. 368. Dans son nouvel avis du 10 juin 2024, le Médiateur rappelle ces principes et précise l'impact de la législation française sur la fixation du prix au niveau « wholesale », en expliquant que le prix de gros est déterminé par rapport au prix de détail (fixé par l'éditeur) et que ladite législation énonce des principes applicables (notamment une liste des critères et le principe de la prévalence des critères qualitatifs), tout en admettant que, dans le respect de ces principes, c'est bien l'éditeur qui fixe tant le prix de détail que le prix de gros. 448 369. En réalité et concernant ces points, les deux avis du Médiateur ne font rien d'autre que de rendre attentif au système français instauré par la loi Lang ainsi que le protocole Cahart, le tout ayant déjà été décrit à plusieurs reprises par Madrigall et traité dans la présente décision (N 82 s. et plus précisément concernant les remises de Madrigall, N 208 ss). 370. Par ailleurs, dans son second avis, le Médiateur déclare que la législation française précitée lui semble assez naturellement se prêter à une analyse sous l'angle de l'art. 3 al. 1 let. a LCart, car portant sur la fixation du prix d'un bien et les relations contractuelles entre les opérateurs actifs sur le marché en cause, excluant l'application du droit commun en matière de concurrence. Dans ce contexte, le Médiateur remet en question la portée de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_37/2020 du 14

juin 2022, traitant notamment de ce point. Il y sera revenu ci-après (N 378 ss). 371. Il est encore relevé que dans ses réponses du 21 juin 2023, Madrigall avance que « le Médiateur du livre a exprimé un avis qui expose que les libraires suisses ne sont pas éligibles aux conditions générales de vente françaises du fait de la non-application d'un prix unique en Suisse et des équilibres économiques corrélatifs qui sont différents en Suisse ». 449 Le Médiateur n'a cependant rien dit de tel. En revanche, il indique qu'un certain nombre d'éléments, en premier lieu les objectifs de politique publique poursuivis par la loi Lang, lui semblent devoir être pris en compte dans l'appréciation des prix du marché et des conditions usuelles de la branche en France lorsqu'il est envisagé d'en transposer l'application à des acteurs qui ne sont pas établis en France.

448 A 198, Annexe A.

449 A 143, réponse 7.

88 C.4.3 La question du champ d'application de la loi Lang

C.4.3.1 Position de Madrigall

372. Dans sa prise de position du 14 décembre 2022, Madrigall avance que la loi Lang régit le prix de vente final des livres en France et, dans une certaine mesure, encadre le rabais sur ce prix de vente accordé aux libraires. Retenir qu'une entreprise suisse pourrait sans autre exiger d'être livrée « aux conditions usuelles de la branche » lorsque ces conditions sont essentiellement contrôlées par l'Etat ne correspondrait pas à la ratio legis de la LCart en général, ni de son art. 7 al. 2 let. g LCart en particulier. 450 En d'autres termes, les conditions usuelles de la branche en France seraient liées à l'application de la loi Lang, dont l'élément central serait la fixation par l'éditeur d'un prix unique de revente du livre imposé à tous les revendeurs de livres au public. Ce prix unique du livre, combiné à la remise du libraire qui est fixée par le diffuseur en application des règles édictées par le protocole Cahart, encadrerait de fait la rémunération du libraire français. 451 373. Dans ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat, Madrigall ajoute qu'il n'y aurait pas de prix du marché en France, mais un prix unique imposé aux revendeurs. Quant au prix d'achat des libraires, dans le contexte légal français relatif à la loi Lang, la remise d'achat accordée par le diffuseur au libraire déterminerait de facto l'assiette de sa marge, sa marge maximale étant la différence entre son prix d'achat auprès du diffuseur et le prix de revente au public, prix imposé par l'éditeur. 452

C.4.3.2 Conséquences concrètes de l'application des prix français à Payot dans le cadre d'un approvisionnement en direct par rapport à la situation actuelle 374. En France et comme déjà mentionné (N 107 ss), pour fixer les conditions d'achat, il n'est pas raisonné en matière de « prix de cession », mais d'un taux de remise appliqué sur le prix de vente réglementé appliqué par le diffuseur (le PPHT), qui permet de déterminer le prix d'achat que paie le revendeur. Une fois les ouvrages achetés, le revendeur doit les revendre aux clients finaux au prix de vente réglementé. 375. En Suisse et à l'heure actuelle, le système de fixation des prix est le même qu'en France, mais une table de conversion s'intercale et vise à convertir le PPHT français en prix de vente suisse conseillé, vu que le prix de vente aux clients finaux n'est pas réglementé en Suisse. Comme en France, un taux de remise est alors appliqué sur ce prix de vente suisse conseillé, ce qui permet de déterminer le prix d'achat que paiera le revendeur suisse. En d'autres termes et comme cela a été retenu dans le premier cas des livres écrits en français, les prix pour les revendeurs suisses sont systématiquement calculés à partir du prix public obligatoire en euros pour les clients

finaux en France, de la conversion en un prix de revente en francs suisses pour la Suisse et de la déduction d'une remise. Les tables 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. 453 A préciser encore que c'est les diffuseurs suisses qui ont pour rôle d'établir les tables de conversion entre les PPHT français et les prix de vente suisses conseillés, 454 à savoir E5F en Suisse en ce qui concerne le groupe Madrigall. 376. Ainsi, si Payot basculait en approvisionnement direct, le seul et unique point qui serait modifié en matière de prix des ouvrages par rapport à la situation actuelle est la suppression

450 A 39, N 49.

451 A 39, N 51.

452 A 41, réponse 16 ; cf. également A 68 et A 111.

453 DPC 2018/2, 315 N 571, Marché du livre écrit en français.

454 DPC 2018/2, 247 N 10, Marché du livre écrit en français.

89 de la table du diffuseur E5F, qui contient dans tous les cas une majoration conséquente par rapport au taux de change, comme constaté dans le premier cas des livres. 455 Comme aujourd'hui, le prix de base à considérer pour calculer le prix d'achat de gros serait le PPHT français. Comme aujourd'hui, un taux de remise fixé par Madrigall serait appliqué, à la seule différence que les critères donnant droit aux remises devraient respecter la loi Lang et le protocole Cahart, si ce n'est pas déjà le cas aujourd'hui. Comme aujourd'hui, le prix de vente au client final en Suisse serait librement fixé par le revendeur suisse. En d'autres termes, rien ne changerait à part la suppression d'une majoration de prix intermédiaire contrôlée par Madrigall et spécifique au marché suisse, que la loi Lang ne rend ni obligatoire ni même nécessaire. 377. Cette constellation semble d'ailleurs correspondre à celle de la FNAC, qui aujourd'hui déjà achète [...] les livres Madrigall en France – dans des conditions devant en principe respecter la loi Lang et le protocole Cahart – et en revend une partie en Suisse à un prix qu'elle fixe librement. 456 On ne voit donc pas en quoi l'application de la législation française au niveau « wholesale » aurait pour conséquence d'importer un régime de prix contrôlé et même de prix unique étranger en Suisse, comme le suggère Madrigall. 457

C.4.3.3 La loi Lang n'est pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart 378. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall, s'appuyant notamment sur le deuxième courrier du Médiateur du livre, répète que la législation française, en particulier la loi Lang et le protocole Cahart, constitueraient des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart, en avançant que ladite législation supprimerait toute concurrence. 458 379. A titre préliminaire, il est relevé que le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur l'influence, respectivement l'absence d'influence de la loi Lang en Suisse. Il a ainsi expressément jugé que « [l]es détaillants français ne jouissent ainsi que d'une marge de manœuvre minimale s'agissant du prix des livres qu'ils vendent aux consommateurs, puisqu'ils sont tenus, sauf exception, de les vendre à un prix effectif compris dans une fourchette allant de 95 % à 100 % du prix ainsi annoncé par l'éditeur ou par l'importateur [...]. La concurrence sur le marché du livre est ainsi fortement réduite en France, à tout le moins à son niveau dit « retail », soit au niveau de la vente aux consommateurs, puisque l'un de ses paramètres

fondamentaux, soit la fixation du prix final des livres, est largement réglementé par la « Loi Lang ». Comme l'a relevé le Tribunal administratif fédéral, cette loi n'a toutefois pas pour vocation – ni même pour effet indirect – d'imposer un prix d'exportation des livres édités en France, notamment en cas de vente à des acheteurs suisses. Elle n'entrave d'ailleurs pas non plus la liberté des revendeurs suisses de déterminer eux-mêmes le prix de vente final des ouvrages produits en France. En d'autres termes, la « Loi Lang » ne restreint aucun paramètre de concurrence sur le marché suisse de la distribution du livre. On ne voit dès lors pas qu'elle puisse représenter une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart [...]. Il n'est en l'occurrence même pas nécessaire de se demander si un acte normatif étranger telle que la « Loi Lang » pourrait, dans son principe, constituer une telle prescription. Il s'ensuit que [...] le marché suisse de la distribution du livre en français n'échappe pas aux règles de la LCart ». 459

455 DPC 2018/2, 315 N 571, Marché du livre écrit en français.

456 Cf. par exemple l'ouvrage de BRIGITTE GIRAUD, *Vivre vite* (Flammarion, 2022), Prix Goncourt 2022,

dont le PPHT est de € 20.- (<<https://editions.flammarion.com/vivre-vite/9782080207340>> [9.10.2024]) et que le site internet de la FNAC Suisse vend à CHF 30.- (<<https://www.fr.fnac.ch/a16994187/Brigitte-Giraud-Vivre-vite>> [9.10.2024]). Plus généralement, cf. N 140 ss au sujet de la FNAC. 457 A 198, N 320.

458 A 198, N 302 ss et Annexe A.

459 TF, 2C_37/2020 du 14.06.2022 consid. 6.2 à 6.4, Albert le Grand SA.

90 380. Tant Madrigall que le Médiateur du livre remettent en question la portée de cette jurisprudence et son application au cas d'espèce.

381. La question de la portée de l'arrêt précité du Tribunal fédéral peut toutefois rester ouverte, car un examen concret de la réglementation française – plus précisément la loi Lang et le protocole Cahart – démontre clairement que cette dernière ne constitue pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. 382. En premier lieu, seules des normes fédérales, cantonales ou communales peuvent constituer des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 LCart 460, ce que ne sont évidemment ni la loi Lang, ni le protocole Cahart. Pour cette raison déjà, la réglementation française invoquée par Madrigall ne constitue pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart.

383. En tout état, et comme le reconnaît Madrigall 461, il persiste une concurrence au niveau des prix entre les différents éditeurs : le PPHT est fixé librement par Madrigall, les remises et leurs niveaux le sont également pour l'essentiel (cf. N 82 ss). Or, pour que soit reconnue l'existence de prescription réservée, celles-ci ne doivent laisser aucune place à la concurrence, 462 ce qu'on ne saurait évidemment pas retenir dans le cas d'espèce. 384. Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que la réglementation française relative au prix du livre ne constitue pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. Aucune autre disposition susceptible de constituer une prescription réservée n'entre en ligne de compte dans le cas d'espèce, de telle sorte que la LCart est applicable.

C.5 Pratiques illicites d'entreprises ayant un pouvoir de marché relatif 385. Les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif se comportent de façon illicite lorsque, en abusant de leur position sur le marché, elles entravent l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Des

pratiques réputées illicites sont mentionnées à titre exemplatif à l'art. 7 al. 2 LCart, mais il doit être examiné au cas par cas si une pratique selon l'art. 7 al. 2 LCart constitue une entrave, respectivement un désavantage au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. 463 386. Dans un premier temps, il convient de déterminer si Madrigall dispose d'un pouvoir de marché relatif. Si Madrigall doit être qualifiée d'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, il conviendra ensuite d'évaluer, dans un deuxième temps, s'il existe une pratique illicite au sens de l'art. 7 LCart.

C.5.1 Pouvoir de marché relatif 387. Selon l'art. 7 al. 1 LCart, les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif au sens de l'art. 4 al. 2bis LCart sont soumises au contrôle des abus. Il existe un pouvoir de marché relatif au sens de l'art. 4 al. 2bis LCart lorsqu'une entreprise est dépendante d'une autre entreprise en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service, faute de possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises.

388. Il n'est pas possible de répondre de façon générale et abstraite à la question de savoir dans quelle mesure d'éventuelles alternatives sont suffisantes et raisonnables, et il convient de les évaluer au cas par cas. En principe, les possibilités alternatives sont suffisantes lorsqu'il

460 ATF 129 II 497, consid. 3.3.4; CR Concurrence-MARTENET/CARON (n. 70), art. 3 I N 25.

461 A 198, N 308.

462 ATF 141 II 66 consid. 2.2.3 ; DIKE KG-WEBER (n. 71), art. 3 N 22

463 TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, Hallenstadion ; ATF 146 II 217 consid. 4.2, ADSL II ;

ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, Publigroupe ; ATF 129 II 497 consid. 6.5.1, Buchpreisbindung.

91 existe d'autres offres en mesure de satisfaire de manière appropriée les besoins de l'entreprise présumée dépendante. Il s'agit donc de procéder à une appréciation par rapport à l'entreprise présumée dépendante, selon des critères objectifs, et non pas selon l'appréciation subjective de l'entreprise présumée dépendante. Les caractéristiques du produit concerné, les conditions d'achat, la réputation de la marque, la fidélité des clients à la marque ou encore la part de marché de l'entreprise présumée avoir un pouvoir de marché relatif peuvent par exemple jouer un rôle. Concernant ce dernier paramètre en particulier, on ne saurait substituer à un examen concret (prenant en compte les particularités notamment du bien en question) des alternatives l'application d'un seuil en-dessous duquel un pouvoir de marché relatif serait exclu, comme le réclame Madrigall. 464 Les possibilités alternatives sont déraisonnables si, en raison des particularités de l'entreprise dépendante, les alternatives existantes ne constituent pas une option. A cet égard, peuvent être pris en compte par exemple les investissements spécifiques liés à une relation commerciale, les coûts de conversion, la relation contractuelle concrète, le chiffre d'affaires concerné par rapport au chiffre d'affaires total ainsi que l'origine de la dépendance présumée (entre autres les causes de la dépendance compte tenu des décisions de l'entreprise affectée). 465 Les entreprises qui se prévalent des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif doivent en règle générale avoir déjà essayé, en vain, de trouver des alternatives raisonnables. 466

C.5.1.1 Définition de l'art. 4 al. 2bis LCart 389. Les nouvelles dispositions de la LCart concernant l'abus de pouvoir de marché relatif sont entrées en vigueur le 1er janvier 2022. Il s'agit d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables » (ci-après : l'initiative pour des prix équitables). 467 Avec la révision de la LCart, l'interdiction des abus selon l'art. 7 LCart a été étendue aux entreprises suisses et étrangères ayant un pouvoir de marché relatif. 390. L'art. 4 al. 2bis LCart définit le pouvoir de marché relatif comme suit : « Par entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, on entend une entreprise dont d'autres entreprises sont dépendantes en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service, faute de possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises ». A ce sujet, il est relevé que – contrairement à la définition légale de l'entreprise dominant le marché (art. 4 al. 2 LCart), qui définit la position d'une telle entreprise par rapport à elle-même –, la définition légale de l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif se place du point de vue des entreprises dépendantes. En d'autres termes, c'est la définition de l'entreprise dépendante en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service qui matérialise l'existence ou non d'une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, celle-ci ne pouvant pas l'avoir pour elle-même, soit de façon indépendante par rapport aux autres acteurs du marché. 391. La définition s'inspire du droit allemand, à savoir le § 20 GWB. 468 Les deux dispositions se rattachent à la notion de dépendance. Ce qui est déterminant, ce sont les « possibilités

464 A 198, N 440 ss. Sur ce point, on peine d'ailleurs à comprendre l'argumentation de Madrigall, selon

qui la part de marché de l'entreprise supposée dépendante doit dépasser 15 % (part qui serait d'ailleurs atteinte dans les marchés proposés par Madrigall), mais qui semble ensuite effectuer une subsomption avec la part des ventes de livres Madrigall dans le chiffre d'affaires de Payot. 465 Note explicative et formulaire - Pouvoir de marché relatif (n. 432), N 8.

466 Note explicative et formulaire - Pouvoir de marché relatif (n. 432), N 10.

467 Sur la genèse des dispositions sur le pouvoir de marché relatif, voir OLIVIER KAUFMANN, Relative

Marktmacht 2022, in : sic ! 5/2022, 181-197, 182 ss ; GEORG PETER PICHT, Relative Marktmacht und Geoblocking: Neues Wettbewerbsrecht in der Schweiz, in : WuW 6/2021, 336-342, 337 ; STÄUBER/BURGER, ZWeR 2/2021 (n. 433), 240 ss ; BEAT ZIRLICK/JÜRIG BICKEL, Regeln zu relativen Marktmacht und Geoblocking in der Schweiz, in : WRP 2/2022, 146-154, N 2 ss. 468 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.6.2013

(GWB, BGBI. I S. 1750, 3245), modifié en dernier lieu par l'art. 2 de la loi du 19.7.2022 (BGBI. I S. 1214). Le § 20 al. 1 première phrase GWB prévoit ce qui suit : « § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2

92 suffisantes et raisonnables » de se rabattre sur des entreprises tierces. Dans la définition légale, le législateur suisse n'a pas expressément repris le critère du « net déséquilibre par rapport au contre-pouvoir des autres entreprises » (« Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen »), qui a été introduit en Allemagne par le 10e amendement du GWB. 392. Dans ce qui suit, il conviendra tout d'abord de traiter l'objet de l'examen du pouvoir de marché relatif (N 393 ss). Ensuite, il conviendra de montrer quelles sont les

conditions d'application de l'art. 4 al. 2bis LCart (N 403 ss). En ce qui concerne l'interprétation de cette disposition, il convient de noter que le libellé de l'art. 4 al. 2bis LCart est certes similaire sur certains points essentiels à son équivalent en droit allemand, dont la notion de pouvoir de marché relatif trouve son application principalement au niveau civil. Toutefois, le législateur suisse n'a pas poursuivi l'objectif d'une harmonisation matérielle avec le droit allemand. Aucune déclaration allant dans ce sens ne ressort des travaux préparatoires, et le Message du Conseil fédéral indique même expressément que le recours à la pratique juridique allemande ne pourrait se faire que sous réserve. 469 La pratique allemande relative au § 20 GWB peut donc tout au plus servir de source d'inspiration pour l'interprétation de l'art. 4 al. 2bis LCart, qui doit ainsi plutôt être interprété dans le contexte suisse. 470

C.5.1.2 Objet de l'examen

C.5.1.2.1 Champ d'application personnel 393. Le champ d'application personnel de l'art. 4 al. 2bis LCart a été examiné sous C.1.1 ci-dessus. Il y est renvoyé (N 342 ss).

C.5.1.2.2 Champ d'application matériel 394. Selon l'art. 4 al. 2bis LCart, la dépendance doit être examinée « en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service ». Il est ainsi clairement établi que la relation commerciale entre deux entreprises ne doit pas être appréciée dans son ensemble. Il faut au contraire toujours examiner s'il existe une dépendance par rapport à une prestation déterminée. 471 Cela n'exclut pas qu'une entreprise puisse être dépendante d'une autre entreprise pour plusieurs produits ou services, pour des catégories entières de produits ou – dans un cas extrême – pour l'ensemble de l'assortiment. Une interdépendance est également possible, à savoir la dépendance d'une entreprise à une autre entreprise pour une prestation, alors qu'elle dispose elle-même d'un pouvoir de marché relatif vis-à-vis de la même entreprise pour une autre prestation. 395. La question de savoir à l'égard de quelles prestations la dépendance doit être appréciée dépend de l'objet concret de la procédure. 396. En l'espèce, les produits concernés sont les livres Madrigall (N 7).

Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen und ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen besteht (relative Marktmacht) ». Traduction libre : « Le § 19 alinéa 1 en lien avec l'alinéa 2 chiffre 1 s'applique également aux entreprises et associations d'entreprises, dans la mesure où d'autres entreprises dépendent d'elles en tant qu'offreurs ou demandeurs d'un certain type de marchandises ou de prestations commerciales, de telle sorte qu'il n'existe pas de possibilités suffisantes et raisonnables de se tourner vers des entreprises tierces et qu'il y a un net déséquilibre par rapport au contrepouvoir des autres entreprises (pouvoir de marché relatif) ». 469 Message (n. 432), FF 2019 4665, 4695 ch. 3.3.3.2, Application.

470 Voir p. ex. les débats parlementaires, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (BO) 2020 N 204 ss.

471 Message (n. 432), FF 2019 4665, 4695 ch. 3.3.3.3.

93 C.5.1.2.3 Champ d'application temporel

397. Le champ d'application temporel des règles concernant le pouvoir de marché relatif a été examiné sous C.1.4 ci-dessus. Il y est renvoyé (N 355 ss).

C.5.1.2.4 Délimitation du marché pertinent 398. Il est premièrement relevé qu'une délimitation du marché pertinent est demandée par Madrigall, en particulier pour traiter de la question du contre-pouvoir de Payot. 472 Madrigall demande par ailleurs à ce que soit reprise la délimitation de marché opérée par la Commission européenne dans l'affaire Lagardère/Natexis/VUP 473. 474 399. En l'absence de pratique en la matière, il se pose la question de savoir si les autorités de la concurrence doivent procéder à une délimitation du marché pertinent comme c'est le cas lors de l'examen d'un abus de position dominante. Comme mentionné plus haut (N 345), l'examen d'un potentiel abus de pouvoir de marché relatif se concentre sur la question de la répartition des pouvoirs entre deux parties à une relation bilatérale – soit une entreprise supposée avoir un pouvoir de marché relatif et une entreprise supposée être dépendante –, contrairement à l'analyse d'un potentiel abus de position dominante qui requiert une analyse globale du marché. 475 400. Partant, si les particularités relatives aux entreprises ainsi qu'aux produits concernés doivent bien être prises en considération dans la mesure où elles ont une pertinence pour l'analyse de la potentielle relation de dépendance entre Madrigall et Payot, cela ne requiert toutefois pas une délimitation formelle du marché pertinent, qui s'avérerait superflue. En particulier, les points relevés par Madrigall, qui nécessiteraient selon elle la délimitation d'un marché, sont analysés dans la présente décision sans qu'il ne soit nécessaire pour cela de délimiter formellement des marchés pertinents. Il en va ainsi notamment de la question de savoir si les livres Madrigall (ou certains d'entre eux) peuvent être remplacés par d'autres ou du contre-pouvoir de Payot. 401. En tout état, il est relevé que la pratique européenne citée par Madrigall semble peu pertinente en l'espèce, dans la mesure où elle concerne une opération de concentration dont les effets sur le marché dans son ensemble doivent être appréciés, et non un cas de potentiel abus de pouvoir de marché relatif comme en l'espèce, qui est un état de fait bilatéral.

C.5.1.3 Conditions

C.5.1.3.1 Introduction 402. Il découle de l'art. 4 al. 2bis LCart les critères suivants, qui seront traités ci-dessous : - Rapport de dépendance : l'entreprise concernée ne dispose pas d'alternatives suffisantes et raisonnables (C.5.1.3.2) ; - Absence de contre-pouvoir : il existe une répartition inégale du pouvoir entre les entreprises en ce qui concerne l'activité en question (C.5.1.3.3) ; - Absence de faute grossière de l'entreprise présumée dépendante : La dépendance n'est pas due à la propre faute de l'entreprise présumée dépendante (C.5.1.3.4).

472 A 148, p. 4 ss ; A 198, N 344 ss.

473 COMM-UE, COMP/M.2978 du 7.1.2004, Lagardère/Natexis/VUP.

474 A 198, N 354 ss.

475 Cf. SELIM HAKTANIR, Beschaffungsfreiheit und Belieferungspflicht? – Der Missbrauchstatbestand des

Art. 7 Abs. 2 let. g KG, 2023, N 220 et 324.

94 C.5.1.3.2 Rapport de dépendance 403. L'élément constitutif central de l'art. 4 al. 2bis LCart est l'existence d'un rapport de dépendance. Selon la lettre de la loi, la dépendance se mesure à l'existence de possibilités suffisantes et raisonnables de se tourner vers d'autres entreprises (alternatives).

I. Remarques théoriques a. Détermination des alternatives 404. L'art. 4 al. 2bis LCart mentionne comme possibilités alternatives le fait de se tourner vers d'autres entreprises. Si

la dépendance possible concerne l'achat de produits, les éléments suivants entrent en ligne de compte : - l'entreprise présumée dépendante peut essayer de se procurer le même produit auprès d'un autre fournisseur (p. ex. par des importations parallèles au lieu d'un approvisionnement direct auprès du producteur étranger) ; - l'entreprise présumée dépendante peut essayer de basculer sur un produit alternatif. 405. La question de savoir quels sont les produits alternatifs ou les possibilités d'obtenir le même produit auprès d'un autre fournisseur est une question de fait. Lors de l'administration des preuves, il est possible de tenir compte des démarches effectuées par l'entreprise présumée dépendante pour se procurer la prestation en question ailleurs (p. ex. importations parallèles, grossiste indigène ou étranger, etc.). Si des efforts en vue de se rabattre sur des alternatives n'ont pas abouti, cela peut indiquer qu'il n'existe pas d'alternatives, respectivement qu'il n'existe que des alternatives limitées. Toutefois, de telles tentatives infructueuses ne constituent pas une condition de la dépendance au sens de l'art. 4 al. 2bis LCart. Il n'existe pas de fondement pour un tel critère dans le texte de loi. 476 Il est néanmoins possible de tenir compte de l'absence de tentatives de se tourner vers des alternatives lors de l'appréciation des preuves. Par ailleurs, le fait qu'une entreprise présumée dépendante ne puisse démontrer des efforts en vue de se rabattre sur une alternative pourrait même déjà constituer un argument plaidant contre l'ouverture d'une procédure formelle par les autorités de la concurrence. 406. La loi ne mentionne pas la renonciation à la prestation comme une alternative. A ce sujet, le but de l'examen des alternatives est de mettre au jour les désavantages pour l'entreprise présumée dépendante si l'affaire avec l'entreprise présumée avoir un pouvoir de marché relatif n'est pas conclue, ou si la relation commerciale en question est rompue. L'importance de ce désavantage est déterminante lors de l'évaluation ultérieure du caractère suffisant et raisonnable des alternatives (N 411 ss). L'importance du désavantage doit être mesurée en comparant l'acquisition de la prestation auprès de l'entreprise présumée avoir un pouvoir de marché relatif avec la meilleure alternative. Si la meilleure alternative consiste à renoncer à la prestation, il doit alors être examiné si le renoncement est raisonnable. Si tel est le cas, il n'y a pas de dépendance. b. Détermination des désavantages des alternatives

407. Une fois que les alternatives ont été déterminées, il convient de déterminer les désavantages qui résulteraient, pour l'entreprise présumée dépendante, du recours aux

476 Le Message (n. 432), FF 2019 4665, 4727 ch. 6.4 indique ce qui suit : « [...] Selon cette disposition,

les entreprises invoquant la prescription proposée doivent avoir épuisé sans succès d'autres possibilités raisonnablement supportables d'obtenir le bien ou le service donné à un prix (de référence) et des conditions comparables en Suisse ou à l'étranger. Il ne suffit donc pas de s'être adressé en vain au fabricant du pays de référence pour motiver une dépendance. Selon le cas, il faut attester de plusieurs tentatives d'acquisition dans plusieurs pays dans lesquels le bien ou le service est offert, sachant qu'il incombe à l'acheteur dépendant de démontrer qu'il a épuisé sans succès d'autres possibilités d'obtenir le bien ou le service à un prix et des conditions comparables à ceux obtenus par ses concurrents ».

95 alternatives. Les conditions actuelles de l'entreprise présumée dépendante doivent être comparées aux conditions qu'elle obtiendrait en optant pour une alternative. Si, au moment de l'évaluation, l'entreprise présumée dépendante n'entretient pas de relations commerciales avec l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif en lien avec les prestations concernées, il convient d'utiliser comme base de comparaison les conditions qu'elle pourrait négocier. 408. Les conséquences possibles d'un approvisionnement

alternatif sont par exemple une baisse du chiffre d'affaires, une diminution du bénéfice ou une augmentation des dépenses (p. ex. les coûts de reconversion de la production). L'existence ou non de tels désavantages est une question de fait. 409. Pour les raisons suivantes, il peut être difficile d'apporter la preuve qu'une alternative entraîne des inconvénients : - au moment de l'évaluation, l'alternative n'a en principe pas encore été mise en place ou ses conséquences ne se sont pas encore produites, ou alors de façon incomplète. L'examen concerne donc généralement un état de fait futur et hypothétique. La constatation d'un tel état de fait est incertaine par nature ; - l'ampleur du désavantage (hypothétique) de l'alternative dépend généralement d'une multitude de facteurs, notamment des conditions concrètes du marché, mais aussi des caractéristiques de l'entreprise concernée. Ainsi, la stratégie commerciale, la situation financière, la solvabilité, les liens contractuels et la politique d'investissement de l'entreprise peuvent par exemple jouer un rôle. Souvent, il ne sera pas possible pour les autorités de la concurrence de déterminer et d'évaluer en détail la « vie interne » de l'entreprise concernée sans effort déraisonnable ; - les conséquences de l'alternative peuvent évoluer au fil du temps. Par exemple, il est possible que certains désavantages pour l'entreprise ne se manifestent que plusieurs années après le changement, alors qu'aucune conséquence négative ne se produit à court terme. Inversement, le fait d'opter pour une alternative peut être désavantageux à court terme, mais n'avoir guère de conséquences négatives à plus long terme, par exemple parce que les désavantages peuvent être compensés totalement ou partiellement avec le temps par l'établissement d'une relation commerciale alternative. En ce qui concerne d'éventuelles conséquences survenant tardivement, le degré de preuve requis ne pourra souvent pas être atteint dans le cadre d'une enquête d'ampleur raisonnable. 410. Vu ce qui précède, il n'est généralement pas possible de chiffrer précisément le désavantage que l'entreprise présumée dépendante subirait si elle se rabattait sur une alternative. Il n'est souvent possible de se prononcer que sur un ordre de grandeur. Malgré les difficultés rencontrées dans l'administration des preuves, des critères abstraits ou un catalogue de critères fixes ne devraient en tous les cas pas remplacer l'établissement des faits au cas par cas dans un contexte concret. 477

477 L'exemple suivant peut être mentionné à titre d'illustration : en Allemagne et pour vérifier la dépendance d'une entreprise, le nombre d'acheteurs comparables qui proposent les produits du fournisseur en question est régulièrement pris en compte, entre autres (« Distributionsrate » ; cf. à ce sujet JÖRG NOTHDURFT, *Relative Marktmacht – Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber marktmächtigen Unternehmen*, 17.1.2015, 37). Toutefois, le taux de distribution ne doit pas être surestimé dans la détermination des désavantages de l'alternative pour l'entreprise concernée. Même si le taux de distribution est élevé, les désavantages peuvent être faibles pour l'entreprise concernée, p. ex. parce que le produit en question fait partie de l'assortiment secondaire de cette entreprise. Inversement, un produit peut être essentiel pour une entreprise même si le taux de distribution est faible, p. ex. si elle s'est spécialisée dans sa distribution et génère ainsi une part importante de son chiffre d'affaires. Partant, l'existence d'une dépendance ne doit pas être mesurée uniquement en fonction de la réalisation d'un certain taux de distribution.

96 c. Evaluation du caractère suffisant et raisonnable des alternatives 411. Finalement, il convient d'évaluer le caractère suffisant et raisonnable des alternatives. Selon l'art. 4 al. 2bis LCart, il y a relation de dépendance lorsqu'il n'existe pas de possibilité alternative « suffisante et raisonnable ». La lettre de cette disposition pourrait donner l'impression que

les caractères « suffisant » et « raisonnable » constituent deux critères distincts. Cela n'est toutefois pas le cas. Le concept de « suffisant » n'indique pas en soi la mesure qui doit être atteinte. Au contraire, l'évaluation du caractère suffisant présuppose une valeur de référence concrète, par exemple que les possibilités alternatives permettent à l'entreprise de survivre économiquement. Cette valeur de référence ne ressort pas de la loi, qui ne précise pas l'élément pour lequel les possibilités alternatives doivent être « suffisantes ». Les versions allemande et italienne de la loi ne clarifient pas davantage ce point ; elles utilisent les termes « ausreichende Ausweichmöglichkeiten » et « possibilità sufficienti ». En ne répondant pas à la question de savoir ce qui est considéré comme « suffisant », l'art. 4 al. 2bis LCart confie aux instances d'application du droit la tâche de procéder à une évaluation au cas par cas des désavantages de l'alternative pour l'entreprise présumée dépendante. Le critère des possibilités alternatives « suffisantes » ne contient donc rien qui ne doive pas également être examiné dans le cadre du caractère « raisonnable ». En effet, il s'agit là aussi d'une notion juridique indéterminée qui impose aux instances d'application du droit d'évaluer au cas par cas les conséquences de l'alternative pour l'entreprise concernée. L'appréciation de l'existence de possibilités d'évitement « suffisantes et raisonnables » peut donc se faire en une seule étape, cet examen, contrairement à ce qu'avance Madrigall 478, couvrant donc également le caractère suffisant d'une alternative. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si les désavantages sont raisonnables pour l'entreprise présumée dépendante. 412. Le critère du caractère raisonnable des désavantages n'est pas non plus concrétisé à l'art. 4 al. 2bis LCart. La loi accorde ainsi une grande marge d'appréciation aux autorités d'application. Dans ce contexte, la catégorisation des constellations de pouvoir de marché relatif (p. ex. sur le modèle du droit allemand) 479 ne saurait se substituer à une analyse au cas par cas. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si les critères légaux de l'art. 4 al. 2bis LCart sont donnés. 413. De manière générale, il peut être retenu ce qui suit : - le caractère raisonnable d'un désavantage ne dépend pas de son importance absolue. Il convient plutôt d'évaluer la gravité de ce désavantage pour l'entreprise concernée. Par exemple, une certaine perte de chiffre d'affaires peut avoir de graves conséquences pour une entreprise, alors qu'elle n'aurait aucune incidence sur une autre. Cette focalisation sur l'entreprise concernée est inhérente au concept de pouvoir de marché relatif. Il s'agit de relations commerciales bilatérales. L'existence d'une dépendance doit donc être évaluée individuellement ; - tous les désavantages ne doivent pas être qualifiés de déraisonnables. Une entreprise cherche typiquement à établir des relations commerciales dont elle attend le plus d'avantages. Si la relation commerciale avec le partenaire le plus approprié disparaît, le fait de se tourner vers une autre entreprise présente généralement et par définition des désavantages. C'est en règle générale le cas même si des alternatives en principe équivalentes sont disponibles, car toute réorientation implique certains coûts d'adaptation. Si n'importe quel désavantage suffisait, il faudrait donc presque toujours admettre l'existence d'un pouvoir de marché relatif. Le fait que les alternatives doivent offrir un remplacement équivalent ne ressort pas du texte de loi ou des travaux y relatifs. Une telle interprétation ne peut pas non plus être déduite du sens ou du but

478 A 198, N 402 ; A noter que Madrigall n'avance pas que le résultat d'un double examen distinct des

caractères suffisants et raisonnables mènerait à un résultat différent. 479 KAUFMANN (n. 467), sic ! 2022, 188 ss.

97 des dispositions sur le pouvoir de marché relatif. Au contraire, les dispositions visent à protéger les entreprises contre les abus dans les constellations où il existe un déséquilibre de pouvoir clair entre les partenaires commerciaux, 480 et non à introduire une obligation de contracter étendue. Dans ce contexte, il faut en tout cas nier l'existence d'une dépendance au sens de l'art. 4 al. 2bis LCart lorsque les inconvénients pour l'entreprise concernée sont insignifiants ; - à l'inverse, il ne faut généralement pas que l'existence de l'entreprise soit menacée pour admettre qu'une alternative est déraisonnable. 481 Un seuil aussi élevé ne saurait être déduit de la loi et ne trouve pas non plus de soutien dans les travaux législatifs, le Message se limitant à évoquer les « possibilités raisonnablement supportables d'obtenir le bien ou le service donné à un prix (de référence) et des conditions comparables en Suisse ou à l'étranger ». 482

II. En l'espèce 414. Dans le cas d'espèce, les alternatives suivantes entrent en considération : - arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot ; - acquisition par Payot de livres Madrigall auprès de grossistes ; - acquisition par Payot de livres Madrigall auprès d'autres libraires (marché gris). Il s'agit maintenant de déterminer pour chaque alternative quels sont les désavantages pour Payot, avant d'évaluer si l'alternative en question est suffisante et raisonnable pour Payot. a. Arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot 415. La première alternative envisagée dans le cadre de la présente enquête est l'arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot. Madrigall propose une distinction entre « certains ouvrages secondaires » et « certains ouvrages de littérature [...] jouissant d'une grande notoriété » pour expliquer qu'une dépendance doit être exclue dans la mesure où seuls les derniers cités pourraient potentiellement faire l'objet d'une forte demande. 483 Il n'y a toutefois pas lieu de différencier selon les catégories de livres comme le demande Madrigall (selon les différents marchés pertinents qu'elle identifie dans sa prise de position du 10 juin 2024) 484, dès lors que la problématique en question, soit les remises proposées à Payot, concerne l'intégralité du catalogue de Madrigall et que, comme il l'a été démontré au cours de l'enquête 485, c'est bien ce catalogue en tant qu'ensemble qui doit être proposé par Payot (cf. N 152). 416. Au vu de la présence dans le catalogue Madrigall de nombreux classiques de la littérature et d'ouvrages primés, et vu le succès rencontré par les livres Madrigall auprès de la clientèle de Payot (N 152 ss), la disponibilité du catalogue du groupe Madrigall (en stock ou sur commande) est indispensable et il n'est pas possible pour un revendeur généraliste de pouvoir s'en passer – le taux de distribution étant de quasiment 100 % –, comme l'a également confirmé Céline Besson (N 163). Les conséquences de l'arrêt de la vente des livres Madrigall par Payot devraient ainsi dépasser ainsi la perte déjà substantielle de chiffre d'affaires (environ CHF [...] millions, correspondant à [...] % du chiffre d'affaires total de Payot) et des marges

480 Voir en ce sens BO 2020 N 226, intervention du conseiller national Beat Jans.

481 Dans ce sens également, KAUFMANN (n. 467), sic ! 2022, 186 ; contra : MAMANE (n. 432), SZK 2022,

62 (cité d'ailleurs par Madrigall; A 198, N 393) ; STÄUBER/BURGER, ZWeR 2/2021 (n. 433), 254. 482 Message (n. 432), FF 2019 4665, 4727 ch. 6.4.

483 A 39, N 38.

484 A 198, N 344 ss et 417 ss.

485 En particulier dans l'analyse des conséquences de la renonciation au catalogue Madrigall; cf. N 143

ss.

98 de contribution/bénéfices (environ CHF [...] millions) réalisés par Payot avec les livres Madrigall (N 160).

417. Tous ces points correspondent aux jugements des tribunaux fédéraux dans le cadre de la précédente enquête menée par les autorités de la concurrence à l'encontre notamment de filiales de Madrigall, dont il découle l'absence de substituabilité des livres (en tout cas pour les principaux groupes éditoriaux français) au niveau « wholesale » et la nécessité pour les détaillants de s'approvisionner auprès de l'ensemble des principaux diffuseurs/distributeurs exclusifs (N 164 ss). 418. Au vu de ce qui précède, l'arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot ne constitue pas une alternative raisonnable au sens de l'art. 4 al. 2bis LCart, étant rappelé que le caractère insuffisant et déraisonnable d'une alternative ne requiert pas que l'existence de l'entreprise supposée dépendante soit menacée (N 413). 419. Dès lors qu'il a été établi que l'arrêt de la vente de livres Madrigall ne constitue pas une alternative suffisante et raisonnable pour Payot, il convient d'examiner ci-après s'il est possible pour cette dernière de s'approvisionner en livres Madrigall auprès d'offres alternatives à Madrigall, respectivement autres que ses canaux de distribution officiels en Suisse ou en France (N 98 ss). Est ainsi examinée ci-après la possibilité pour Payot d'acquérir des livres Madrigall auprès de grossistes, puis auprès d'autres libraires (marché gris). b. Acquisition par Payot de livres Madrigall auprès de grossistes 420. Avant d'examiner la question des grossistes, il convient de rappeler que les flux de livres Madrigall traités par Payot sont considérables : environ [...] livres Madrigall sont acquis et revendus annuellement par Payot, 486 auxquels s'ajoutent les livres retournés, soit un flux total d'environ [...] livres. 487 Il est encore relevé qu'au cours de la présente enquête, aucune source d'approvisionnement alternative en livres Madrigall n'a été évoquée et présentée comme raisonnable par Madrigall. 421. La question des grossistes (N 80), en Suisse comme à l'étranger, a été examinée de façon complète dans la partie en fait (N 171 ss). En Suisse, il a été question d'un seul grossiste, soit le Buchzentrum (BZ) à Hängedorf. Toutefois, ce grossiste, à l'instar de Payot et des autres libraires romands, acquiert ses ouvrages auprès de l'OLF et constitue ainsi un simple intermédiaire de plus dans la chaîne de distribution officielle de Madrigall en Suisse. Par ailleurs, le Buchzentrum n'a, d'après ses propres déclarations, aucune compétence concernant les livres en français et ne propose qu'un catalogue restreint de livres Madrigall ainsi qu'un stock composé principalement de livres destinés à l'enseignement du français, de telle sorte que l'approvisionnement en livres Madrigall auprès du Buchzentrum implique pour un libraire romand un catalogue restreint, une absence de conseils, des délais plus longs et des prix plus élevés que les libraires acquérant les livres Madrigall auprès du système de distribution officiel de Madrigall (N 175). 422. En France, le nombre de grossistes est également limité et la tendance est à leur disparition, de même qu'en Belgique, où le grossiste le plus important du pays a récemment fait faillite. En raison de l'espace de stockage et de la couverture financière importante nécessaire pour acheter, disposer et assurer les stocks de livres en vue de l'approvisionnement de librairies de taille comparables à Payot, les grossistes sont plutôt, dans les faits, en mesure de proposer un dépannage ponctuel à ces dernières (de telle sorte que

486 A 16, Annexe 1.

487 Les retours de Payot à Madrigall s'élèvent à environ [...] à [...] % annuellement selon Payot, A 82,

réponse 5.e.

99 les flux concernés, quand ils existent, ne sont que « marginaux ») et n'approvisionnent plus régulièrement que les petites librairies. 488 423. Au vu de ce qui précède, il ne peut être définitivement exclu que Payot puisse théoriquement acquérir de façon totalement dispersée l'intégralité des livres Madrigall dont elle a besoin en s'approvisionnant auprès de plusieurs (et probablement nombreux) grossistes, moyennant d'importantes transformations et investissements de leur part pour accroître leurs capacités financières et de stockage. Il est toutefois très peu probable qu'un ou plusieurs grossistes modifient fondamentalement leurs modèles d'affaires pour satisfaire un seul client suisse. 424. En tout état, quand bien même il ne peut être totalement exclu qu'une multitude de grossistes étrangers puissent couvrir l'intégralité des besoins de Payot en livres Madrigall, cette modalité d'approvisionnement est insoutenable sur le plan commercial : s'approvisionner auprès d'un grossiste implique d'ajouter un maillon à la chaîne de distribution par rapport aux autres libraires, soit des coûts supplémentaires, des délais plus longs, un droit de retour vraisemblablement impraticable, etc. Il s'agirait là d'autant de désavantages concurrentiels par rapport aux libraires s'approvisionnant par la voie officielle. 425. Les déclarations de Payot et de Céline Besson, entendue comme témoin et elle-même directrice d'une librairie indépendante en plus de sa qualité de Présidente du Comité Libraires de LIVRESUISSE, qui regroupe 46 librairies romandes, sont tranchées et indiquent qu'il n'est pas réaliste commercialement de s'adresser à des grossistes, en substance en raison des difficultés liées à l'identification des flux, des faibles remises (et des coûts d'importation élevés en ce qui concerne les grossistes à l'étranger), alors que les délais sont de plus très longs. 489 Madrigall ne l'a d'ailleurs pas contesté et a également identifié ces désavantages, 490 [...] considérant même que le service serait moindre avec un grossiste et que cela nuirait à Payot. 491 426. Ces désavantages valent d'autant plus en cas de diversification des sources d'approvisionnement de Payot (plusieurs grossistes et/ou librairies), qui s'imposerait de toute façon dans la mesure où aucun grossiste ne serait en mesure de fournir l'intégralité des volumes commercialisés par Payot. Or, multiplier les sources impliquerait par nature également une multiplication des démarches administratives correspondantes (gestions des commandes, multiples négociations en parallèles, etc.) ainsi que des flux (ventes et retours), 492 et péjorerait dans tous les cas les conditions commerciales déjà insoutenables en cas d'approvisionnement auprès de ces sources alternatives en réduisant les éventuelles économies d'échelles. 427. Contrairement à ce qu'affirme Madrigall dans sa prise de position du 10 juin 2024 493, Payot ne se trouve pas dans une situation plus favorable en basculant à un approvisionnement auprès de grossistes, respectivement de sources diversifiées, et l'explication est précisément apportée par Madrigall elle-même : les grossistes tendent à disparaître et ne disposent pas de l'espace de stockage et de la couverture financière nécessaire pour disposer et assurer ces stocks, ce qui les amènent à être en mesure de fournir des librairie de taille plus restreinte que des clients aux volumes importants tels que Payot. 494

488 A 41, réponse 11.

489 A 1, p. 10, commentaire concernant l'annexe b.4 ; A 136, l. 208.

490 A 104, l. 51 ss.

491 A 104, l. 83 à 85.

492 Cf. notamment A 41, réponse 11, où Madrigall détaille les difficultés liées à l'identification des flux

retour en cas d'approvisionnement auprès d'un grossiste. 493 A 198, N 423 ss.

494 A 41, réponse 11.

100 428. Au surplus, Madrigall n'apporte aucun élément tendant à démontrer qu'un ou plusieurs grossistes pourraient constituer une source d'approvisionnement suffisante et raisonnable pour Payot. 429. Partant, les grossistes tant suisses que français ne constituent pas une alternative suffisante et raisonnable. c. Acquisition par Payot de livres Madrigall auprès d'autres libraires (marché gris) 430. La question d'un approvisionnement sur le marché gris, soit au travers d'autres libraires, a été examinée de façon complète dans la partie en fait (N 183 ss et 186 ss).

431. Les raisonnements exposés ci-dessus au sujet des grossistes valent a fortiori également pour les librairies : en plus de constituer un intermédiaire de plus, soit des prix plus élevés, des délais plus longs ainsi que l'absence de compétences en matière de conseil, ces librairies ne sont pas organisées en vue d'approvisionner d'autres revendeurs (concernant spécifiquement FNAC, cf. N 186 ss). 495 Leurs infrastructures de stockage – si elles existent – 496 sont par conséquent encore inférieures à celles de grossistes.

432. Les mêmes problématiques se poseraient bien entendu pour un approvisionnement au travers de librairies suisses, qui ne constitueraient que de simples intermédiaires de plus dans la chaîne de distribution officielle de Madrigall en Suisse. 433. Dans le cadre du premier cas des livres écrits en français, la COMCO puis le Tribunal administratif fédéral avaient déjà constaté qu'un approvisionnement sur le marché gris n'était pas praticable par un libraire suisse (N 185 s.). Aucun élément de la présente enquête ne remet cette constatation en question ni même ne vient la modérer. 434. Ainsi, l'approvisionnement en livres Madrigall auprès d'une ou plusieurs librairies, en France ou en Suisse, ne constitue pas une alternative suffisante et raisonnable. d. Autres sources ? 435. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall évoque – sans développer ou justifier – encore deux autres sources potentielles d'approvisionnement, à savoir l'approvisionnement en Suisse auprès d'E5F et l'approvisionnement auprès de plateformes de vente en lignes telles qu'Amazon. 497 436. En ce qui concerne la première, elle ne constitue pas une alternative à Madrigall entrant en ligne de compte dans l'examen selon l'art. 4 al. 2bis LCart puisqu'E5F fait précisément partie du groupe Madrigall. Quant aux plateformes en ligne, il n'existe à connaissance pas de telle plateforme ayant vocation à agir en tant qu'offreur au niveau « wholesale ». La situation d'une plateforme comme Amazon (dont l'activité se limite à la logistique et qui ne dispose semble-t-il pas de connaissance spécifique concernant les livres), sur laquelle il est effectivement possible de se procurer à tout le moins certains livres Madrigall, est donc à tout le mieux comparable – dans le cadre du présent examen – à celle d'une librairie et ne saurait donc constituer, pour les raisons développées sous c. ci-dessus, une alternative suffisante et raisonnables.

495 A 136, l. 208 ss.

496 Selon les chiffres avancés par Madrigall, la plus grande librairie indépendante de Suisse romande

ne pèserait que [...] % du chiffre d'affaires de Payot, ce qui implique des volumes évidemment bien inférieurs à ceux de Payot, ne requérant que peu ou pas d'espaces d'entreposage, A 148. 497 A 198, N 432.

101 III. Conclusion intermédiaire concernant le rapport de dépendance 437. Au vu de ce qui précède et comme alternative à un approvisionnement en Suisse par les canaux officiels, Payot ne dispose d'aucune source d'approvisionnement raisonnable ni même objectivement praticable, autre que l'achat de livres Madrigall en approvisionnement direct auprès de DLM (respect. UD et SODIS) en France, comme Madrigall l'a d'ailleurs expressément laissé entendre. 498

C.5.1.3.3 Absence de contre-pouvoir 438. Selon Madrigall, il serait inconcevable dans la présente procédure de ne pas s'attarder sur la position de Payot, tant vis-à-vis de Madrigall que plus généralement sur le marché. En effet, selon Madrigall, il ne saurait exister de pouvoir de marché relatif d'une entreprise si la contrepartie disposait d'un pouvoir de négociation suffisant et représentait dès lors un « contre-pouvoir », ce qui serait le cas de Payot. 499 Le principal argument de Madrigall à ce sujet est la prétendue part de marché substantielle que détiendrait Payot. 439. Il y a effectivement lieu, lors de l'évaluation du pouvoir de marché relatif, de prendre en compte l'éventuel contre-pouvoir de l'entreprise présumée dépendante. 440. Le contre-pouvoir peut être mesuré en fonction de l'intérêt de l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif à la contre-prestation de l'entreprise présumée dépendante. Comme pour l'entreprise présumée dépendante, cet intérêt est corrélé avec le désavantage qu'entraînerait la non-réalisation ou la résiliation de l'affaire en question. Plus le désavantage est important (p. ex. la perte de chiffre d'affaires ou l'augmentation des dépenses), plus le contre-pouvoir de l'entreprise présumée dépendante est grand. Si l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif a un intérêt égal ou similaire à l'acte juridique en question, l'entreprise présumée dépendante ne se trouve pas dans une position plus faible. Au contraire, les rapports de force sont équilibrés dans un tel cas. 441. L'art. 4 al. 2bis LCart ne précise pas expressément si le contre-pouvoir de l'entreprise présumée dépendante doit être pris en compte. Les travaux préparatoires ne se prononcent pas davantage. Il convient donc de s'interroger sur le sens et le but des dispositions concernant le pouvoir de marché relatif (interprétation téléologique). Le but de la loi sur les cartels (art. 1 LCart) peut être utilisé à cet effet. L'applicabilité des interdictions d'abus selon l'art. 7 LCart entraîne des règles de comportement particulières pour les entreprises concernées. Dans certains cas, il peut en résulter une obligation de contracter. En cas de rapports de force équilibrés, une obligation de contracter n'est pas compatible avec un ordre économique libéral et axé sur la concurrence, et donc avec les objectifs de la loi sur les cartels. Dans ce contexte, les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif se limitent à protéger les entreprises dépendantes, dans leur position de faiblesse, contre les abus de pouvoir. En l'absence d'un déséquilibre de pouvoir, il n'existe aucun besoin de protection. 500 442. Selon ce qui précède, l'applicabilité des dispositions sur les abus au sens de l'art. 7 LCart présuppose – outre l'existence d'une dépendance – qu'il existe une répartition inégale du pouvoir entre les entreprises concernées. L'importance que ce déséquilibre doit constituer dépend des circonstances du cas d'espèce. En règle générale, une différence de pouvoir minimale ne suffit pas. 443. En l'espèce, il est relevé que du côté de Payot et par rapport à Madrigall, l'absence de substituabilité des livres au niveau « wholesale » a été démontrée, et il est renvoyé à la partie en fait substantiellement motivée sur ce point (section B.4.4.1 ss). Pour les livres en français, il est

nécessaire pour les revendeurs de livres – en l’occurrence Payot – d’être en relation avec
498 A 104, l. 71 ss.

499 A 148, p. 4 ss. ; A 198, N 455 ss. ; A 219, Notes de plaidoirie de Madrigall, p. 2 ss.

500 Dans ce sens également, ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 26.

102 l'ensemble des diffuseurs/distributeurs – en l’occurrence aussi Madrigall. Cela est d’autant plus vrai pour un libraire généraliste comme Payot. Payot a un intérêt indéfectible à la contre- prestation de Madrigall, il en va de sa survie commerciale (N 149 ss). 444. A l’inverse doit être examiné l’intérêt de l’entreprise présumée disposer d’un pouvoir de marché relatif – en l’occurrence Madrigall – à la contre-prestation de Payot. Pour ce faire, l’analyse des rapports entre les entreprises ne doit pas se limiter au marché suisse, et encore moins à la relation entre E5F et Payot, comme souhaite y procéder Madrigall. 501 En effet, c’est le groupe Madrigall dans son ensemble qui constitue l’entreprise au sens de la LCart (N 343), dont Payot est potentiellement dépendante. 445. Dans ce cadre, la délimitation d’un marché limité à la Suisse romande (ou tout au plus à la Suisse) et l’exclusion des ventes réalisées au travers de FNAC Suisse, comme y procède Madrigall, 502 sont trompeuses et peu pertinentes, dans la mesure où les entreprises de taille importante ou bénéficiant de parts de marché conséquentes bénéficient également de la protection de l’art. 4 al. 2bis LCart (N 346). 446. A cela s’ajoute le fait que Madrigall dispose d’un nombre élevé de partenaires de vente en Suisse : Madrigall réalise une bonne partie de ses ventes en Suisse au travers de FNAC Suisse ainsi qu’avec une [...] de libraires indépendants. Elle commercialise également une partie de ses livres à travers les supermarchés suisses. 503 Ainsi, même en cloisonnant incorrectement l’analyse au marché suisse et en excluant FNAC Suisse par un biais méthodologique comme y procède Madrigall, 504 [...] % des ventes de livres Madrigall à des clients finaux en Suisse interviennent par d’autres canaux que Payot, 505 alors qu’à l’inverse, il n’existe qu’une seule source d’approvisionnement en livres Madrigall raisonnable et même objectivement praticable pour Payot, à savoir le groupe Madrigall lui-même (N 411 ss). 447. Ainsi, si la rupture de la relation commerciale entre Madrigall et Payot engendrerait une très modeste diminution du chiffre d’affaires pour le groupe Madrigall, une telle rupture ne mettrait en rien l’existence de Madrigall en péril, alors que les conséquences seraient beaucoup plus lourdes pour Payot. 506 448. Le fait que Payot, en tant que chaîne de librairies francophones, ou même certaines de ses filiales, soient de taille importante en comparaison nationale et internationale n’y change rien. 507 De même, les déclarations des médias selon lesquelles Payot serait le leader du marché ou encore les suppositions de Madrigall quant à l’actionnariat de Payot ne permettent pas de conclure à l’existence d’un contre-pouvoir suffisant. 508

501 A 148, pp. 4 s.

502 A 148, p. 4 ss ; A 198, N 125 et 458.

503 A 103, l. 537 ss.

504 Pour rappel, les achats de livres Madrigall sont effectués intégralement par FNAC France, qui les

répartit ensuite à l’interne, y compris auprès de FNAC Suisse, de telle sorte que Madrigall ne connaîtrait pas les chiffres de vente de FNAC Suisse ; voir aussi N 140 ss. 505 A 103, l. 538. A noter que les ventes de livres Madrigall par des plateformes telles qu’Amazon ne

sont pas connues. 506 En ce qui concerne le rapport de force entre Madrigall et Payot, il doit être gardé à l'esprit que le

chiffre d'affaires du groupe Madrigall s'élève à plus de € [...] millions, dont seulement [...] % est réalisé en Suisse. Payot engendre environ [...] du chiffre d'affaires d'E5F, soit moins d' [...] % du chiffre d'affaires de Madrigall ; A 42, annexe I. 507 A 198, N 109 ss. ; A 219, slide 5 de la présentation de Madrigall et p. 2 des notes de plaidoirie de

Madrigall. 508 A 198, N 110 ss. ; A 219, p. 3 : ce changement d'actionnariat supposé, qui serait intervenu en toute

fin de procédure, n'a de toutes façons pas eu d'impact perceptible sur l'état de fait à l'origine de la présente procédure.

103 449. L'absence de contre-pouvoir de Payot (au niveau du groupe Madrigall) par rapport à d'autres acteurs a d'ailleurs été reconnue par Madrigall au cours de l'enquête : confronté à la question de savoir comment était organisée la distribution des livres Madrigall par FNAC Suisse, [...] a ainsi déclaré que « [l]a FNAC pèse bien plus lourd que Payot. Nos relations avec ce groupe font qu'on peut décider différemment ». 509 450. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall avance encore que le contre-pouvoir de Payot devrait être analysé séparément pour chaque marché pertinent dont Madrigall demande la définition. 510 Comme il l'a été expliqué ci-dessus (N 398 ss), la délimitation de marchés pertinents dans le cadre de la présente analyse sous l'angle de l'art. 4 al. 2bis LCart est superflue. Dans le cas plus spécifique de l'analyse du contre-pouvoir, une analyse fondée sur des marchés pertinents délimités peut de plus s'avérer trompeuse. En suivant la démarche proposée par Madrigall, on ignorerait par exemple l'importance globale des deux parties ou les alternatives à leur disposition, des éléments qui doivent évidemment être considérés dans le rapport de force.

451. Madrigall soutient également qu'en exigeant une remise de [...] % dans le cadre d'un approvisionnement direct, Payot entend dicter unilatéralement les prix et les conditions. 511 A cet égard, il convient de rappeler que la remise de [...] % correspond aux CGV françaises et surtout que la position de Madrigall quant à la remise proposée en cas d'approvisionnement direct n'a pas évolué depuis la demande initiale de Payot, ce qui ne démontre pas qu'elle aurait un contrepouvoir particulièrement élevé – au contraire. De manière générale, rien n'indique que Payot ait fait usage de son prétendu contre-pouvoir au cours des dernières années. En particulier, si Payot disposait d'un contre-pouvoir significatif, elle aurait pu, par exemple, déréférencer des livres de Madrigall dans le cadre du présent conflit, ce qui n'a semble-t-il jamais été le cas. Un contre-pouvoir pertinent ne peut pas non plus être déduit du refus de Payot de renouveler les conditions pour les opérations commerciales pour 2023 (il s'agit d'un accord sur certaines opérations spéciales de diffusion et la remise de fin d'année [RFA]). 512 Des divergences entre Payot et Madrigall concernant ces accords semblent être habituelles. 513 [...] évoquée par Madrigall dans ce contexte peut ensuite avoir les causes les plus diverses ; un lien de causalité avec le refus de Payot mentionné n'est ni justifié ni démontré par Madrigall. En fin de compte, ces accords concernent principalement les activités de marketing et le RFA ; Payot n'a jamais cessé de vendre des livres de Madrigall (ce qui correspond à la situation prévalant à l'ouverture de la présente procédure et que conteste Payot). 452. Partant et vu l'ensemble de ce qui précède, il ne peut qu'être retenu que Payot ne dispose d'aucun contre-pouvoir significatif à l'encontre du groupe Madrigall. Dans le cadre d'un approvisionnement direct,

la question du contre-pouvoir doit au moins prendre en compte l'échelle du marché global de l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif, et pas seulement du marché suisse.

C.5.1.3.4 Absence de faute grossière

453. L'art. 4 al. 2bis LCart ne règle pas expressément la question de savoir comment tenir compte du cas où une entreprise aurait provoqué sa dépendance par ses propres erreurs. 514 La disposition légale doit être interprétée sur ce point également.

509 A 104, I. 196 ss.

510 A 198, N 457 ss.

511 A 219, p. 2 s. des Notes de plaidoirie de Madrigall.

512 A 198, N 466.

513 A 1, p. 66 et A 16, annexe 10.

514 Cf. à ce sujet KAUFMANN (n. 467), sic ! 2022, 186 ss ; MAMANE (n. 432), SZK 2022, 62 s. ;

ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 23 ss.

104 454. Selon le Message, « [a]ussi ne peut-il y avoir dépendance que lorsqu'une entreprise ne s'est pas mise elle-même dans l'impasse [...] ». 515 Il faut en effet éviter que la LCart n'incite les entreprises à se placer dans des situations de dépendance qui comportent des risques dépassant nettement les avantages de la relation commerciale. Celui qui se retrouve dans une situation de dépendance malgré une disproportion claire entre les risques et les opportunités ne doit pas pouvoir se prévaloir des règles de protection en lien avec le pouvoir de marché relatif. Si tel était le cas, les règles encourageraient les modèles commerciaux qui permettent de prendre des risques déraisonnables et les privilégieraient par rapport aux modèles commerciaux moins risqués. La concurrence serait ainsi faussée. Cela ne peut pas correspondre au sens et au but des dispositions du droit des cartels (cf. art. 1 LCart). Peu importe que l'entreprise se soit rendue dépendante en connaissant les risques importants ou qu'elle n'ait pas fait preuve de la diligence requise. Dans les deux cas, la protection offerte par les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif ne devrait pas s'appliquer. 455. L'applicabilité des dispositions sur l'abus de pouvoir de marché relatif selon l'art. 7 LCart présuppose donc que la dépendance n'est pas due à la propre faute de l'entreprise présumée dépendante. 456. En l'espèce, il a déjà été établi que la dépendance de Payot envers Madrigall est provoquée en premier lieu par les caractéristiques propres au produit, qui rendent son remplacement, respectivement l'arrêt de sa vente insoutenable pour un libraire généraliste romand (N 414 ss). 457. Cette dépendance ne découle pas non plus de choix commerciaux – et a fortiori de risques pris par Payot – dès lors que la commercialisation de livres Madrigall est inhérente à l'activité d'un libraire généraliste romand et qu'il n'existe pas de source d'approvisionnement praticable autre que le système de distribution officiel de Madrigall, à tout le moins pour les volumes concernés par les activités de Payot. 458. Il est donc retenu que Payot ne s'est pas mise dans une situation de dépendance relative par sa propre faute. En particulier, les reproches de Madrigall à Payot d'avoir provoqué l'ouverture de la présente enquête en court-circuitant des négociations en cours et à un stade encore peu avancé de celles-ci ne sauraient remettre en question le rapport de dépendance de Payot envers Madrigall. 516 Quant à la question des alternatives à

disposition de Payot et des efforts que cette dernière aurait dû déployer pour trouver des alternatives raisonnables, elle ne concerne pas, comme l'avance Madrigall 517, une éventuelle faute de Payot, mais bien plutôt l'analyse du rapport de dépendance (cf. N 403 ss).

C.5.1.4 Résultat de l'examen 459. Comme il l'a été démontré ci-dessus, Payot ne dispose pas d'alternatives raisonnables à la relation commerciale directe qu'elle entretient avec Madrigall. Même si Payot est un partenaire commercial important de Madrigall dans la mesure où elle est l'un des plus importants libraires de Suisse romande, ce poids est tout relatif dans la mesure où le groupe Madrigall doit être considéré au niveau global et que de nombreuses autres entreprises distribuent des livres Madrigall en Suisse (libraires indépendants, FNAC Suisse, supermarchés, ventes en ligne, etc.). Par ailleurs, Madrigall n'a, pour autant que l'on puisse en juger, jamais répondu sérieusement aux exigences de Payot (p. ex. concernant des prix d'achat plus bas).

515 Message (n. 432), FF 2019 4665, 4722 ch. 6.1.

516 A 148, p. 8 s ; sur la question des négociations, cf. également section B.4.2.

517 A 198, N 471 ss.

105 460. Il est donc retenu que Madrigall a un pouvoir de marché relatif envers Payot. Payot est dépendante de Madrigall en matière de demande de livres Madrigall, et elle ne dispose d'aucune possibilité raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises.

C.5.2 Pratiques illicites

C.5.2.1 Remarques préliminaires 461. Avec l'introduction du pouvoir de marché relatif, les entreprises ayant un tel pouvoir au sens de l'art. 4 al. 2bis LCart sont désormais également soumises au contrôle des abus sur la base de l'art. 7 LCart. Ainsi, la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart a été élargie dans la mesure où elle s'applique désormais non seulement aux entreprises ayant une position dominante, mais également aux entreprises ayant un pouvoir de marché relatif. En outre, la liste des exemples d'abus figurant à l'art. 7 al. 2 LCart a été complétée par un nouvel art. 7 al. 2 let. g LCart. Selon cette disposition, « la limitation de la possibilité des acheteurs de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger » constitue également une pratique illicite.

462. La LCart n'interdit pas une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif, mais uniquement son abus. 518 Selon la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart, les entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif se comportent de façon illicite lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux. On distingue les abus prenant la forme de pratiques d'entraves de ceux prenant la forme de pratiques d'exploitation ou de désavantages. Une classification claire n'est pas possible dans tous les cas, car les pratiques commerciales d'entreprises dominantes, respectivement qui ont un pouvoir de marché relatif, peuvent à la fois constituer une entrave et une exploitation. 519 463. Il y a entrave abusive lorsque d'autres entreprises (en général des concurrents actuels ou potentiels, mais potentiellement aussi d'autres acteurs du marché) sont entravées dans leur accès à la concurrence ou dans l'exercice de celle-ci. Il importe peu que l'entrave se produise sur le marché où l'entreprise a une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif ou sur un marché situé

en amont ou en aval. Les pratiques d'entrave abusives englobent donc tous les comportements d'une entreprise ayant une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif s'écarter d'une concurrence loyale au niveau des prestations, qui sont dirigés contre des concurrents ou des partenaires commerciaux (actuels ou potentiels) et qui limitent leurs possibilités d'action sur le marché dominé ou sur un marché voisin. 520 464. Dans le cas d'un abus prenant la forme d'une pratique d'exploitation, c'est l'autre partie au marché (c'est-à-dire les fournisseurs ou les clients de l'entreprise ayant une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif) qui est désavantagée, par exemple en se voyant imposer des conditions commerciales, des prix ou des produits non souhaités qui relèvent de l'exploitation. L'abus sous la forme d'une pratique d'exploitation se caractérise par la recherche – par l'entreprise ayant une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif – d'avantages économiques en portant atteinte aux intérêts des partenaires

518 TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, Hallenstadion ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022

consid. 8.2.1, DCC ; TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.1.1, Supermédia. 519 ATF 146 II 217 consid. 4.1, ADSL II ; ATF 139 I 72 consid. 10.1.1, Publigroupe ; TF, 2C_596/2019

du 2.11.2022 consid. 8.2.1, DCC ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, Hallenstadion ; Message (n. 435), FF 1995 I 472, 564 ; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, in : SIWR V/2 (n. 71), N C.173 ss ; CR Concurrence-CLERC (n. 70), art. 7 I N 91 ss. 520 ATF 146 II 217 consid. 4.1, ADSL II ; ATF 139 I 72 consid. 10.1.1 (et les références citées),

Publigroupe ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, DCC ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, Hallenstadion ; Message (n. 435), FF 1995 I 472, 564.

106 commerciaux et des consommateurs en profitant de sa position dominante, respectivement de son pouvoir de marché relatif sur le marché. 521 465. D'autres critères permettent en outre de déterminer l'existence d'un abus, comme l'intention d'entraver ou d'évincer, l'affaiblissement de la compétitivité, la non-concurrence en matière de prestations ou la pesée des intérêts axée sur l'objectif de la loi. 522 466. Le législateur a établi à l'art. 7 al. 2 LCart une liste exemplative de comportements destinée à illustrer ou à concrétiser l'alinéa 1. Les états de fait de l'art. 7 al. 2 LCart ne constituent toutefois pas forcément un comportement illicite ; il faut toujours que les critères de la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart soient également remplis pour qu'il y ait un abus. 523 467. Comme le Tribunal fédéral l'a indiqué à plusieurs reprises 524, il convient de déterminer au cas par cas, à l'aide d'un double examen, si l'on est en présence d'un comportement illicite, soit d'un abus : dans un premier temps, il convient d'identifier les distorsions de concurrence (c'est-à-dire l'entrave ou le désavantage d'acteurs du marché), et notamment d'examiner si un comportement listé à l'art. 7 al. 2 LCart constitue une entrave ou un désavantage. Dans un second temps, il convient d'examiner les éventuels motifs justificatifs (legitimate business reasons). Il y a comportement illicite lorsqu'il n'existe pas de raison objective pour le désavantage (ou l'exploitation), ou pour l'entrave concernée. 525 De tels motifs existent notamment lorsque l'entreprise concernée peut s'appuyer sur des principes commerciaux (p. ex. l'exigence de la solvabilité du partenaire contractuel). Peuvent constituer d'autres raisons objectives par exemple l'évolution de la demande, les économies de coûts, les

simplifications administratives, les coûts de transport et de distribution ou encore des raisons techniques. 526 468. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse basée sur les effets pour prouver les distorsions de concurrence. 527 Il est nécessaire, mais aussi suffisant, de prouver les potentiels effets négatifs sur la concurrence. 528 Il n'est donc pas nécessaire de démontrer la survenance du résultat problématique lui-même, c'est-à-dire l'avènement effectif d'une distorsion de la concurrence, mais seulement (et impérativement) « le risque de survenance du résultat problématique ». 529 Selon le Tribunal fédéral, il s'agit en d'autres termes, d'un « état de fait de mise en danger ». 530 En soulignant dans le même arrêt que « le caractère abusif (y compris la restriction de la concurrence) de la

521 ATF 146 II 217 consid. 4.1, ADSL II ; ATF 139 I 72, consid. 10.1.1 (et les références citées),

Publigroupe ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, DCC ; Message (n. 435), FF 1995 I 472, 564. 522 ATF 139 I 72, consid. 8.2.3 et consid. 10.1.2, Publigroupe ; DPC 2016/1, 123 N 440, Online-

Buchungsplattformen für Hotels ; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (n. 71), art. 7 N 86 et 133 ; PETER REINERT, in : Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (éd.), 2007, art. 7 N 6. 523 ATF 146 II 217 consid. 4.2, ADSL II ; ATF 139 I 72 consid. 8.2.2, Publigroupe ; TF, 2C_113/2017 du

12.2.2020 consid. 6.1, Hallenstadion ; Message (n. 435), FF 1995 I 472, 565. 524 TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.1, Supermédia ; ATF 146 II 217 consid. 4.2, ADSL II ;

ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, Publigroupe ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, DCC ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, Hallenstadion. 525 ATF 146 II 217 consid. 4.2, ADSL II ; ATF 139 I 72 104 consid. 10.1.2 et les références citées,

Publigroupe ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, DCC ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, Hallenstadion. 526 ATF 139 I 72 consid. 10.1.2 et les références citées, Publigroupe ; ATF 146 II 217 consid. 4.2, ADSL

II. 527 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.6, DCC, avec renvoi au TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020

consid. 6.2.3, Hallenstadion. 528 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.3, DCC, avec renvoi au TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020

consid. 6.2.1, Hallenstadion. 529 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.6, DCC.

530 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.2.3, DCC.

107 pratique litigieuse est établi sur la base de l'analyse du cas d'espèce », le Tribunal fédéral a également précisé que « le risque de survenance du résultat problématique » doit être démontré dans le cas concrètement examiné. 531 469. Il faut ainsi démontrer que, dans le cas d'espèce, le comportement de l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif crée un risque concret, et non simplement théorique, de distorsion de la concurrence. 532

C.5.2.2 Limitation de la possibilité de se procurer à l'étranger des biens aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche (art. 7 al. 2 let. g LCart)

470. Selon l'art. 7 al. 1 LCart, les pratiques d'entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux. L'art. 7 al. 2 LCart dresse une liste exemplative de comportements susceptibles de constituer un abus de position dominante, dans la mesure où ils ne sont pas justifiés par un intérêt commercial légitime. Cette liste a été complétée, à l'occasion de la dernière modification de la LCart, par un nouvel art. 7 al. 2 let. g LCart (introduit parallèlement à la notion de pouvoir de marché relatif, mais s'appliquant également aux positions dominantes « ordinaires »). Selon cette nouvelle disposition, est réputé illicite, pour une entreprise ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif, la limitation de la possibilité des acheteurs de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse ou à l'étranger. La disposition vise à combattre l'îlot de cherté qu'est la Suisse et à poursuivre en tant qu'abus les états de fait unilatéraux et intragroupes menant à un cloisonnement territorial. 533 Le but est ainsi d'éviter qu'une entreprise ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif applique aux autres entreprises, respectivement aux entreprises qui dépendent d'elle, le fameux surcoût suisse (« Zuschlag Schweiz »). 534 471. A relever que dans deux arrêts rendus peu avant l'entrée en vigueur des nouveaux art. 4 al. 2bis et 7 al. 2 let. g LCart concernant le premier cas des livres en français, 535 le Tribunal fédéral a explicitement indiqué dans un obiter dictum que la pratique de certains groupes commerciaux consistant à refuser d'approvisionner les clients et entreprises suisses, aux prix et aux conditions commerciales en vigueur à l'étranger, et à les renvoyer vers leurs filiales suisses pour qu'ils achètent aux conditions et aux prix (plus élevés) pratiqués dans ce pays, si elle ne constitue pas forcément un accord au sens de la LCart, pouvait tout de même être proscrite par cette dernière, le Tribunal fédéral mentionnant par ailleurs la nouvelle modification de la LCart. Plus concrètement, selon le Tribunal fédéral, « [l]a nouvelle disposition [...] doit faciliter la lutte contre les discriminations de prix en permettant aux autorités de la concurrence, ainsi qu'aux entreprises acheteuses, d'engager plus facilement

531 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, DCC, avec renvoi à l'ATF 146 II 217 consid. 4.1, ADSL

II. 532 Voir aussi TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 1202 ss, DCC ; COMCO, 6.12.2021, N 670 et

675, Belagswerke Bern,

<www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/dernieres-decisions.html> (19.12.2023). Le droit européen va dans la même direction. Voir, à titre d'aperçu et avec de nombreuses références jurisprudentielles, LINSEY MCCALLUM/INGE

BERNAERTS/MASSIMILIANO KADAR et al., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition policy brief, 1/2023, 2 s. Les « potential effects » sont nécessaires, mais aussi suffisants. De simples « hypothetical effects » ne sont pas encore suffisants, tandis que des « actual anticompetitive effects » ne sont pas nécessaires. Lors de cette évaluation, il convient de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce. 533 ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 34 s.

534 HAKTANIR (n. 475), N 402.

535 Ce cas avait été traité sous l'angle de l'art. 5 al. 4 LCart.

108 des procédures contre certains grands groupes commerciaux, qui peuvent cloisonner le marché suisse en échappant aux règles de l'art. 5 LCart en raison du privilège de groupe ». 536 472. Les éléments constitutifs de la limitation de la possibilité de se procurer à l'étranger des biens aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche au sens de l'art. 7 al. 2 let. g en lien avec l'al. 1 LCart sont réunis si, outre le pouvoir de marché relatif (N 387 ss), les éléments constitutifs suivants sont remplis cumulativement : - biens ou services proposés en Suisse et à l'étranger ; - limitation des possibilités d'approvisionnement aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche ; - caractère abusif de la limitation (au sens de l'art. 7 al. 1 LCart) ; - absence de motifs justificatifs objectifs justifiant la pratique. Ces différentes conditions sont examinées ci-dessous (N 475 ss). 473. MAMANE propose une condition indépendante supplémentaire dans le sens d'un essai d'approvisionnement à l'étranger par l'entreprise dépendante. 537 La question de savoir si ce point devrait effectivement constituer une condition séparée peut rester ouverte en l'espèce. En effet, et comme cela ressort des faits, Payot a immédiatement débuté des négociations dès l'entrée en vigueur en Suisse des nouvelles règles sur le pouvoir de marché relatif le 1er janvier 2022 (N 111 ss). Le but était non seulement de demander l'ouverture d'un compte en France, mais également d'exiger de disposer de conditions équivalentes à celles dont bénéficient les enseignes françaises comparables. Par ailleurs, Payot était dans l'impossibilité de se tourner vers des offreurs alternatifs (N 171 ss). Partant, que cette condition indépendante supplémentaire soit nécessaire ou non, elle est de toute manière donnée en l'espèce. 474. A noter que la nouvelle disposition légale n'aménage pas un droit à la livraison en Suisse ; le retrait doit se faire à l'étranger, au prix et aux conditions y prévalant. 538

C.5.2.2.1 Biens ou services proposés en Suisse et à l'étranger 475. Le même bien (ou service) doit en premier lieu être proposé tant en Suisse qu'à l'étranger. Si la question de la différenciation des produits peut théoriquement se poser, cela n'est pas le cas en l'espèce, étant donné que les mêmes livres Madrigall – soit les produits concernés par l'enquête (N 7) – sont vendus en Suisse et en France. 539 476. Partant, il est incontesté que les livres édités et/ou diffusés par Madrigall sont vendus aux clients finaux tant en Suisse qu'à l'étranger, et en particulier en France. Il en va de même au niveau « wholesale » : les ouvrages sont vendus aux revendeurs – en l'occurrence aux libraires – tant en Suisse (à travers E5F et l'OLF) qu'à l'étranger, et particulièrement en France (à travers DLM/la SODIS et l'UD). Il n'y a pas lieu de s'étendre davantage sur ce point, et cet élément constitutif est donné.

C.5.2.2.2 Limitation des possibilités d'approvisionnement aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche 477. Lorsque, comme en l'espèce, la limitation présumée prend la forme de prix plus élevés pour l'acquéreur suisse, les éléments constitutifs doivent être examinés comme suit.

536 ATF 148 II 25 consid. 7.3 et 7.4, Dargaud ; ATF 148 II 521 consid. 6.2.6 et 6.2.7, Diffulivre.

537 MAMANE, SZK 2022 (n. 244), 64.

538 ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 2 ss.

539 HAKTANIR (n. 475), N 414.

109 Premièrement, le prix du marché et les conditions usuelles de la branche à l'étranger doivent être établis. Ensuite, il s'agit d'examiner si la possibilité d'un acquéreur (suisse) de

se procurer les biens ou services concernés aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, à l'étranger, est limitée. Dans le cas d'espèce et plus concrètement, il conviendra ainsi d'examiner ci-après quels sont les prix du marché et les conditions usuelles de la branche en France concernant l'acquisition de livres Madrigall en vue de leur revente, avant d'analyser dans un second temps si Madrigall a effectivement limité les possibilités de Payot de s'approvisionner en France à ces prix et conditions.

478. Cet ordre d'examen n'est pas absolu. Selon les circonstances, il pourrait être plus aisé d'amorcer l'examen par celui de la limitation, avant de déterminer – le cas échéant – si les conditions d'approvisionnement correspondent au prix du marché et aux conditions usuelles de la branche. Toutefois, dans le cas d'espèce, la question centrale porte davantage sur les prix qu'obtiendrait Payot en cas d'approvisionnement direct en livres Madrigall en France. Il paraît ainsi logique d'examiner en premier lieu si les prix correspondent bien aux prix du marché en France. 479. Dans le cadre de l'art. 7 al. 2 let. g LCart, le prix du marché à l'étranger doit être compris comme le prix que paierait un acheteur étranger à l'étranger, en l'occurrence un revendeur de livres français en France, pour obtenir la prestation ou le produit concerné, soit les livres Madrigall. La détermination du prix du marché peut toutefois s'avérer délicate, car les prix pratiqués peuvent être influencés par de nombreux facteurs : les volumes concernés, des négociations, des conditions individualisées, etc. 540 Dans le cas d'espèce toutefois, la détermination du prix du marché est transparente vu qu'elle fait l'objet d'un calcul standardisé fixé dans des CGV et des conditions commerciales, comme cela a été décrit et documenté sous N 107 ss, et plus précisément sous N 202 ss. 480. Ainsi, les prix pratiqués par Madrigall partent des PPHT fixés pour chaque livre de manière unilatérale par Madrigall (en France, le libraire sera ensuite légalement obligé de vendre les ouvrages en question au consommateur final à ces prix) et auxquels sont appliquées un certain nombre de remises prévues par des conditions commerciales, document standard dont il existe deux exemplaires : un pour les livres du périmètre Gallimard, l'autre pour le périmètre Flammarion (N 208 ss). Ces conditions commerciales, qui se fondent sur la loi Lang et le protocole Cahart, constituent les documents standards utilisés par Madrigall pour déterminer le prix d'achat des livres Madrigall par les librairies, étant précisé que certaines conventions particulières peuvent être négociées individuellement en sus. 541 Les conditions commerciales reflètent donc le prix, ou plutôt le mécanisme de fixation du prix du marché des livres Madrigall en France. 481. Schématiquement et tant pour le périmètre Gallimard que pour le périmètre Flammarion, les remises sur le PPHT se construisent comme suit (N 211 s.) : 1. remise de base ([...] % pour les deux périmètres) ; 2. remises qualitatives/sur des critères qualitatifs (environ [...] % au maximum pour le périmètre Gallimard et [...] % pour le périmètre Flammarion) ; 3. remises quantitatives ([...] % au maximum pour le périmètre Gallimard et [...] % pour le périmètre Flammarion). 482. A condition d'en remplir les critères qualitatifs et quantitatifs, les libraires français peuvent obtenir des remises maximales de [...] %, tant sur le périmètre Gallimard que sur le périmètre Flammarion.

540 HAKTANIR (n. 475), N 448.

541 A 104, N 231 ss.

110 483. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall avance en substance qu'il n'y aurait pas de « prix du marché » au sens de l'art. 7 al. 2 let. g LCart dans le cas d'espèce en raison de la réglementation du prix du livre en France. 542 Cette argumentation ne saurait être suivie. Comme relevé sous N 108 s. et N 366 ss, la loi Lang et le protocole Cahart

prévoient certes un mécanisme particulier de détermination du prix, vu qu'elles imposent aux groupes éditoriaux de fixer en premier lieu le prix « retail » avant d'y appliquer des remises qualitatives et quantitatives. Toutefois, tant le PPHT que les critères exacts d'application des remises sur le PPHT et surtout leur hauteur sont pour l'essentiel fixés librement par Madrigall (cf. N 82 ss pour le fonctionnement détaillé de la réglementation française). 484. Il est ainsi établi qu'en ce qui concerne les prix « wholesale », les prix du marché usuels pour les livres Madrigall en France sont fixés selon les conditions commerciales Gallimard, respectivement Flammarion, et peuvent aller jusqu'à une remise maximale de [...] % sur les prix PPHT français, sachant que de manière générale, les remises accordées par Madrigall aux libraires français sont comprises entre [...] et [...] % du PPHT, une remise de [...] % étant même un minimum dans la mesure où le libraire remplit un certain nombre de conditions (N 210). 485. En ce qui concerne les conditions usuelles de la branche, celles-ci peuvent se refléter dans des conditions-cadres telles que des conditions générales de vente s'appliquant à de nombreux acheteurs. 543 486. Dans le cas d'espèce, il a été établi que les CGV de Madrigall applicables en France, tant en ce qui concerne le périmètre Gallimard que le périmètre Flammarion, prévoient un droit de retour et un délai de paiement de [...] jours, et que ces pratiques correspondent aux conditions usuelles de la branche en France (N 203 ss). 487. Il faut ensuite que l'entreprise dépendante ait été limitée, par l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, dans sa possibilité de s'approvisionner aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche à l'étranger. Concernant ce second point, il est relevé que la limitation au sens de l'art. 7 al. 2 let. g LCart peut prendre diverses formes : l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif peut par exemple simplement refuser de donner suite à une tentative d'approvisionnement à l'étranger de l'entreprise dépendante (le cas échéant, en la redirigeant vers sa filiale suisse). L'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif peut également accepter, sur le principe, un approvisionnement direct à l'étranger, mais à un prix plus élevé et/ou à des conditions commerciales dégradées par rapport à ce dont bénéficierait un acheteur indigène. 544 488. En l'espèce, le principe d'un approvisionnement direct en France demandé par Payot a été accepté par Madrigall (N 113, 122 et 128). Cette dernière refuse toutefois d'appliquer à Payot les critères et taux de remises dont bénéficient les revendeurs français et qui ont été détaillés ci-dessus. Ainsi, si les conditions exactes dont bénéficierait Payot en cas d'approvisionnement direct n'ont pas encore été définitivement fixées, il est en revanche établi que le taux de remise maximal qu'obtiendrait Payot dans un tel scénario irait d'un minimum garanti de [...] % et jusqu'à [...] % du PPHT français (N 122, 128 et 236). Ainsi, si Payot devait satisfaire à l'intégralité des critères qualitatifs et quantitatifs contenus dans les conditions commerciales du périmètre concerné (Gallimard ou Flammarion), la remise commerciale maximale qu'elle obtiendrait sur le PPHT serait de [...] %, contre une remise commerciale de maximum [...] % pour une librairie française satisfaisant aux mêmes critères. En d'autres termes, le prix d'achat de Payot en approvisionnement direct, si elle bénéficiait de sa remise maximale théorique, serait [...] % plus élevé que celui d'une enseigne française équivalente à

542 A 198, N 478 ss.

543 HAKTANIR (n. 475), N 443.

544 HAKTANIR (n. 475), N 65.

111 Payot. Même si la remise moyenne théorique pour Payot devait être de [...] %, le prix d'achat de Payot serait toujours au moins plus de [...] % plus élevé.

489. Plusieurs fois au cours de la procédure, Madrigall a reproché aux autorités de la concurrence d'intervenir à un stade précoce des négociations. Le taux de remise commerciale maximum de [...] % ne constituerait qu'une base de négociations selon Madrigall. 545 Toutefois et contrairement aux points touchant au droit de retour et au délai de paiement, Madrigall n'a jamais ne serait-ce qu'évoqué la possibilité, sur le principe, de rediscuter la remise maximale théorique qu'elle accorderait à Payot (N 136 s.). 546 Madrigall justifiera encore spontanément cette différence de [...] points de pourcentage ([...] % contre [...] %, N 237) dans un envoi du 21 juin 2023, soit de nombreux mois après la dénonciation de Payot, en expliquant qu'elle correspondait effectivement aux coûts supplémentaires spécifiques à Payot. Partant et vu l'absence de volonté de Madrigall de discuter du taux de remise maximale théorique, le reproche porté aux autorités de la concurrence est infondé et la remise maximale théorique de [...] % proposée par Madrigall à Payot dans le cadre d'un approvisionnement en direct constitue bien la position fixe de Madrigall, et non un simple chiffre articulé en vue de lancer des négociations (comme il l'a été exposé au N 136 ss sur l'historique des négociations, où il est notamment rappelé que ce n'est qu'à l'occasion de sa prise de position du 10 juin 2024 que Madrigall a évoqué que Payot pourrait obtenir une remise supérieure à [...] % si elle remplissait les critères qualitatifs et quantitatifs y relatifs 547). 490. La remise commerciale maximale théorique proposée par Madrigall à Payot en cas d'approvisionnement direct étant substantiellement en deçà de celle dont bénéficierait Payot si elle était une enseigne française, il est ainsi établi que Madrigall limite la possibilité de Payot de s'approvisionner, en France, en livres Madrigall, au prix du marché français et aux conditions usuelles de la branche en France. 491. Tout écart entre le prix du marché à l'étranger et celui appliqué par une entreprise à une autre entreprise qui lui est dépendante n'est cependant pas illicite en soi. Certains surcoûts, liés par exemple à l'envoi de marchandises en Suisse ou au risque d'encaissement, pourraient être admissibles à certaines conditions. 548 Au niveau méthodologique, la question se pose toutefois de savoir si l'analyse de ces surcoûts potentiels devrait – le cas échéant – s'effectuer lors de l'analyse de l'art. 7 al. 2 let. g LCart, ou si la mise à la charge de l'acquéreur de tels surcoûts poursuit un intérêt économique objectif (« legitimate business reason »). La première approche semble plus adaptée aux cas simples, par exemple dans le cadre de la vente d'un produit spécifique pour laquelle est exigée, en plus du prix à l'étranger, une somme supplémentaire correspondant précisément aux frais de douane. 549 En l'espèce toutefois, les surcoûts invoqués par Madrigall (N 229 ss) sont de natures diverses et ont plutôt trait à la relation commerciale entre Madrigall et Payot dans son ensemble. Pour cette raison, ces surcoûts seront analysés sous l'angle du caractère abusif (N 493 ss) en ce qui concerne leur légitimité à être mis à la charge de Payot. 492. En ce qui concerne ensuite le droit de retour et l'échéance de paiement à [...] jours, ces deux aspects ont été acceptés par Madrigall sur leur principe, mais doivent encore être concrétisés. Il ne peut donc, en l'état, pas (encore) être retenu de limitation. Ce serait toutefois le cas si ces deux aspects étaient finalement refusés par Madrigall, respectivement acceptés

545 A 39, N 53 ss ; A 148, p. 8.

546 Les déclarations fréquentes et dans un style pas toujours très heureux du directeur de Payot dans

différents médias au cours de l'enquête, si elles ne favorisent certes pas la tenue de négociations sereines et productives, n'auraient toutefois pas empêché de telles négociations. 547 A 198, N 214.

548 HAKTANIR (n. 475), N 449 ; ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 37.

549 Dans ce sens également, ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, Hors Liste, qui nomme explicitement les frais

de distribution comme potentiels motifs objectifs.

112 à des conditions ou modalités plus restrictives que celles dont bénéficient les libraires français sans justification.

C.5.2.2.3 Caractère abusif de la limitation au sens de l'art. 7 al. 1 LCart 493. Comme évoqué précédemment (N 461 ss), l'analyse d'un éventuel abus de pouvoir de marché relatif correspondant à l'un des états de fait mentionnés à l'art. 7 al. 2 LCart doit également comprendre l'examen des critères de l'art. 7 al. 1 LCart. 494. Les pratiques tombant sous l'art. 7 al. 2 let. g LCart constituent en principe plutôt une pratique d'exploitation, respectivement de désavantage de partenaires commerciaux, en ajoutant au prix de vente étranger plus bas le fameux « Zuschlag Schweiz ». 550 C'est précisément le cas en l'espèce vu que, comme retenu ci-dessus (N 481 ss), Madrigall impose à Payot un prix d'achat plus élevé d'environ [...] % par rapport aux enseignes françaises, en motivant ces surcoûts par le fait que Payot est une librairie suisse. 495. Toutefois et comme déjà relevé (N 491), toute différence de prix imposée par une entreprise étrangère à une entreprise suisse par rapport à une entreprise française n'est pas toujours illicite. Sont ainsi admissibles, de manière générale, les surcoûts effectifs directement imputables au caractère transfrontalier de la transaction concernée (ou des transactions concernées), dans la mesure où ils sont justifiés et démontrables. 551 Il sera analysé ci-après si et dans quelle mesure les surcoûts invoqués par Madrigall sous le titre B.5.2 et examinés sous le titre B.5.3 peuvent être mis à la charge de Payot.

I. Les coûts liés aux frais de personnel de la diffusion et de compte-clé

496. En premier lieu, il sied de relever qu'il est légitime que la part des surcoûts – et seulement des surcoûts – liés aux activités nécessaires de diffusion que Madrigall déploie pour Payot en Suisse (par rapport aux coûts liés aux activités de diffusion que Madrigall déploie pour les enseignes françaises en France) soit supportée par Payot. Comme relevé en fait, la diffusion est une obligation légale imposée aux éditeurs français. Elle doit être considérée comme faisant partie des conditions usuelles de la branche. La perception d'un tel supplément dans le cas d'espèce correspond toutefois à une situation exceptionnelle, qui n'est admise qu'en lien avec la situation particulière du cas d'espèce et en raison notamment de l'obligation légale de diffusion envers les auteurs. 497. En ce qui concerne le montant des surcoûts liés à la diffusion que Payot occasionne par rapport à un libraire français comparable, il a été établi que ceux-ci représentent au maximum [...] % du CA PPHT annuel (N 295 ci-dessus), soit environ € [...], en raison des coûts du travail plus élevés en Suisse qu'en France. 498. Partant, sur la base des chiffres à disposition de l'autorité au moment où la présente décision est prise et en tenant compte du fait que le cas d'espèce est très particulier, un taux de remise au maximum de [...] inférieur à celui qu'obtiendrait un libraire français semblable selon les conditions commerciales applicables en France ne serait pas considéré comme illicite. A l'inverse, toute diminution supplémentaire du taux de remise octroyée à Payot serait abusive.

II. Les coûts liés à la garantie du risque de crédit 499. Comme retenu en fait (N 312), Madrigall n'a pas démontré qu'il y a effectivement des surcoûts par rapport aux libraires

français ni que les instruments de couverture du risque de crédit prévus en France seraient exclus ou du moins impraticables dans le cas de Payot. En outre, Madrigall n'a pas non plus démontré que pour les pays étrangers à la France autres que

550 Dans ce sens également, HAKTANIR (n. 475), N 474.

551 Dans ce sens également, HAKTANIR (n. 475), N 449.

113 la Suisse, le risque en question faisait l'objet d'un financement supplémentaire par le biais du taux de remise.

500. Par ailleurs, Madrigall n'a pas démontré que les € [...] réclamés sous ce poste constituent des réels surcoûts et pourquoi d'autres mesures (telles que la réserve de propriété prévue dans les CGV françaises de Madrigall) ne seraient pas être praticables (cf. N 303 ss)

501. Enfin, même si des surcoûts ad hoc devaient survenir en lien avec la garantie du risque de crédit ces surcoûts devraient dans un premier temps être justifiés par Madrigall, puis faire l'objet d'une facturation séparée et spécifique. Tenir compte de ces éventuels surcoûts en tant que diminution du taux de remise de Payot serait abusif.

III. Les coûts additionnels Service Relation Clients et Recouvrement 502. Comme constaté en fait (N 313 ss), ces frais sont couverts en ce qui concerne les libraires français par le chiffre d'affaires que Madrigall réalise avec eux. Madrigall échoue toutefois à démontrer que les spécificités helvétiques entraîneraient pour Payot l'équivalent [...], en plus de l'activité causée à ce titre par un libraire français concerné par les mêmes volumes. Même dans l'éventualité très peu probable que des connaissances spécifiques supplémentaires liées à l'environnement suisse soient nécessaires – étant entendu que Madrigall est déjà présente en Suisse depuis plusieurs dizaines d'années –, l'acquisition de ces connaissances n'entraînerait le cas échéant que des coûts initiaux et marginaux, qui devraient dans tous les cas faire l'objet d'une facturation séparée et spécifique. Également ici, tenir compte de ces éventuels coûts en tant que diminution du taux de remise de Payot serait abusif.

IV. Les coûts liés à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution

503. Madrigall a ici fait valoir qu'en cas d'approvisionnement direct, si Payot devait réduire voire supprimer le volume des prestations effectuées par l'OLF, cela entraînerait une augmentation des commissions que l'OLF facturerait pour le flux hors Payot (N 319).

504. Les suites financières d'un passage à un approvisionnement direct par Payot correspondraient le cas échéant à un processus naturel du marché, étranger aux critères dont le droit de la concurrence doit tenir compte.

505. Accepter – en déduction du taux de remise qui serait octroyé à Payot – de quelconques coûts liés à une hypothétique démutualisation du dépôt de l'OLF serait injustifié et arbitraire. En d'autres termes et également ici, tenir compte de ces éventuels coûts en tant que diminution du taux de remise de Payot serait abusif. Comme déjà démontré (cf. N 321 s.), les commissions totales payées par Madrigall diminueraient de toutes façons si Payot basculait en approvisionnement direct.

V. La perte sur les retours 506. Ce point a été examiné en fait (N 323 ss). Il en ressort, sur la base des chiffres concernant les retours de Payot en 2022 et de la part de retours non réintégrables quantifiée par Madrigall qu'un surcoût d'environ € [...] pourrait se justifier sur la base des ouvrages pilonnés, qui sont en principe plus nombreux en ce qui concerne les livres vendus à des libraires suisses en raison de l'étiquetage des prix suisses (le PPHT

français étant quant à lui imprimé directement sur les livres). Ces € [...] correspondent à environ [...] % des € [...] millions de CA PPHT réalisé par Madrigall avec Payot en 2022 (cf. N 245). 507. Toute diminution du taux de remise de Payot au-delà de [...] % serait donc abusive à ce titre.

114 VI. Conclusion intermédiaire 508. En résumé, certains surcoûts spécifiques – liés à la diffusion en Suisse et aux pertes sur retours – ont été démontrés à suffisance par Madrigall et peuvent être mis à la charge de Payot sous la forme d'une diminution du taux de remise qui lui serait octroyée. Ce surcoût exceptionnellement admissible en l'espèce équivaut à une somme annuelle totale d'environ € [...] sur la base de chiffres actuels (contre environ € [...] selon l'offre actuelle de Madrigall, N 240), soit environ [...] % 552 (contre [...] % selon l'offre actuelle de Madrigall) de plus qu'un libraire français.

509. Madrigall fait valoir que la différence entre le rabais proposé à Payot ([...] %) et le rabais théorique réduit des surcoûts admissibles selon la Proposition du Secrétariat ([...] % de surcoûts admissibles) n'est que de [...] points de pourcentage, ce qui serait trop peu pour qu'il y ait abus ou qu'il en résulte un effet dommageable sur la concurrence. Pour qu'il y ait abus au sens de l'art. 7 al. 1 LCart, il faudrait qu'il y ait une atteinte à la concurrence. 553 Sur ce point, Madrigall semble s'appuyer sur le passage suivant du Message : « [u]n écart de prix mineur pour un facteur de coût négligeable pour l'entreprise ne suffit pas, par exemple. Les cas d'exploitation abusive ne sont pas visés ». 554 510. En premier lieu, les chiffres mentionnés par Madrigall sont trompeurs. Ce qui est pertinent pour Payot, ce sont finalement les prix d'achat qui résultent de la différence entre le CA PPHT et les remises. La remise maximale possible de [...] % fixée par Madrigall pour Payot entraîne des coûts d'achat supérieurs de [...] % (par rapport à la remise de [...] %) à [...] % (par rapport à la remise de [...] %). 555 De telles différences peuvent difficilement être qualifiées de « minimales ». De plus, le prix d'achat des livres de Madrigall n'est en aucun cas un facteur de coût négligeable pour Payot. Par ailleurs, il convient de souligner que, selon la volonté du législateur, l'art. 7 al. 2 let. g LCart – contrairement à la proposition initiale du Conseil fédéral selon le Message – couvre non seulement l'abus d'entrave mais aussi l'abus d'exploitation. En cas d'existence d'un « Zuschlag Schweiz », il faudrait même typiquement se baser sur un abus d'exploitation. L'importance de la différence de prix ne devrait pas être déterminante à cet égard, et même les petits désavantages des demandeurs suisses par rapport à l'étranger doivent être considérés comme des restrictions de la concurrence. 556 Les seuils de minimis pour les cas mineurs, comme le demande Madrigall au moins implicitement, ne trouvent aucun appui dans le texte, l'historique ou l'esprit de l'art. 7 al. 2 let. g. 557 Enfin, il ne peut être exclu que Payot soit entravée dans l'exercice de la concurrence vis-à-vis de sa principale concurrente (FNAC Suisse), celle-ci pouvant se procurer les livres de Madrigall à des conditions plus avantageuses (cf. au sujet de FNAC N 140 ss). Les arguments de Madrigall doivent donc être rejetés. 511. Les éventuels autres frais uniques et ponctuels qui seraient engendrés par le passage de Payot à un approvisionnement direct ne sauraient par ailleurs constituer une diminution de la remise octroyée à Payot, que cela soit une diminution unique ou régulière. Ces frais, s'ils

552 Qui équivaut à la différence entre ce que paierait, en pourcentage du PPHT, un libraire français

obtenant la remise maximale théorique de [...] %, et ce que paierait, également en pourcentage du PPHT, Payot si elle bénéficiait d'une remise maximale moins élevée de [...] point de pourcentage qu'un libraire français, soit (€ [...] millions-€ [...] millions)/€ [...]

millions]*100=[...] %. Un résultat semblable est obtenu en comparant les prix d'achat avec une remise moyenne théorique de [...] % avancé par Madrigall et une remise de [...] % ([...]) admissible dans ce cas. 553 A 198, ch. E.2.3.

554 A 198, N 506 et 515.

555 En tenant compte des surcoûts admissibles à hauteur de [...] % du CA PPHT, les coûts d'acquisition

sont plus élevés de [...] %. 556 HAKTANIR (n. 475), N 591 ss.

557 HAKTANIR (n. 475) N 597 ss.

115 existent, doivent être réglés dans le cadre des relations contractuelles bilatérales entre Payot et Madrigall.

512. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall critique le fait que la COMCO deviendrait une autorité de régulation des prix (du livre dans la relation « wholesale » entre l'éditeur français et le libraire suisse), alors que le Tribunal fédéral aurait récemment rappelé que le but de la LCart n'est pas de faire de la régulation des prix. En outre, Madrigall cite le message qui soulignerait également que la non-prise en considération de « [l]'exploitation abusive par les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif [...] permet d'éviter que les autorités en matière de concurrence et surtout les tribunaux (civils) doivent contrôler les prix pour vérifier qu'ils sont adéquats » 558. 559 Comme il sera démontré ci-après, Madrigall ne peut rien déduire de ces arguments en sa faveur.

513. La décision du Tribunal fédéral mentionnée par Madrigall 560 concerne l'abus de position dominante de Swisscom par l'imposition de prix inéquitables, la discrimination de partenaires commerciaux et l'application d'un ciseau tarifaire. En revanche, la présente enquête porte sur l'abus commis par Madrigall en vertu de l'art. 7 al. 2 let. g LCart, raison pour laquelle l'arrêt du Tribunal fédéral cité n'est pas pertinent en l'espèce, d'autant plus que le nouvel art. 7 al. 2 let. g LCart était encore loin d'être en vigueur au moment de la décision de la COMCO contre Swisscom à l'époque (2015). Dans ce contexte, il convient de rappeler que l'art. 7 al. 2 let. c LCart vise précisément le caractère inéquitable des prix pratiqués, alors que la question du caractère inéquitable ne se pose pas dans le cadre de l'art. 7 al. 2 let. g LCart, pour lequel est centrale la comparaison avec les prix à l'étranger. 561

514. Les extraits du message cités par Madrigall ne sont pas non plus pertinents en l'espèce, car, comme déjà mentionné ci-dessus (cf. N 510), le législateur a décidé, lors de l'introduction des dispositions relatives au pouvoir de marché relatif dans la LCart, de tenir compte de l'exploitation abusive, contrairement à la proposition du Conseil fédéral reproduite dans le message. Ceci s'est d'ailleurs fait en pleine connaissance des conséquences possibles, puisque le message indique sans équivoque « [qu']e)n devant se prononcer aussi bien sur les cas d'entraves abusives que sur les cas d'exploitation abusive, les autorités en matière de concurrence [...] seraient transformés de facto en “services de contrôle des prix” ». 562 515. Les critères de l'art. 7 al. 1 LCart sont donc remplis en l'espèce dans la mesure où en l'état, sur la base des chiffres à disposition de l'autorité au moment où la présente décision est prise, le pourcentage de remise qui serait obtenu par Payot est de plus de [...] inférieur à celui obtenu par des libraires français comparables, ou, en d'autres termes, engendrerait plus de € [...] de différence avec de tels libraires français comparables.

C.5.2.2.4 Absence de motifs objectifs justifiant la pratique

516. Une fois établi qu'un comportement est couvert par l'art. 7 LCart (et, le cas échéant, par une des hypothèses du catalogue de l'art. 7 al. 2 LCart), il convient de vérifier si le comportement en cause peut être justifié sur la base de motifs objectifs d'ordre commercial, même si, contrairement à l'art. 5 LCart, l'art. 7 LCart ne prévoit pas explicitement une telle justification. 563 L'absence de justification est toutefois inhérente à l'élément constitutif de l'abus au sens de l'art. 7 LCart, puisque l'existence de motifs objectifs admissibles ôte, par la force

558 Message (n. 432), FF 2019 4665, 4723 ch. 6.1, Non-prise en considération de l'exploitation abusive.

559 A 198, N 11, 334, 499, 515 ss et 563.

560 TF, 2C_698 du 5.3.2024 consid. 7.9, Swisscom.

561 Cf. HAKTANIR (n. 475), N 447.

562 Message (n. 432), FF 2019 4665, 4704 s ch. 4.1.2.1, Conséquences juridiques ; voir aussi 4714 ch.

4.2.3, Conséquences pour les entreprises et 4723 ch. 6.1, Non-prise en considération de l'exploitation abusive. 563 ATF 146 II 217 consid. 5.9, ADSL II.

116 des choses, tout caractère abusif au comportement concerné et, partant, son illicéité sous l'angle de l'art. 7 LCart. 564 517. De tels motifs justificatifs peuvent notamment consister en des simplifications administratives ou la mise en place d'un système de distribution exclusive conforme à l'art. 5 LCart 565, ou encore en l'adoption de nouvelles pratiques commerciales en vue de s'adapter aux besoins de sa clientèle ou d'améliorer le rapport qualité/prix de ses prestations. 566 Il peut également s'agir de coûts de transport ou de distribution, ou encore de raisons techniques. 567 518. De manière générale, le point de savoir si le comportement d'une entreprise est légitime ou non doit être examiné sous le prisme central de la protection de la concurrence, envisagée sous son angle aussi bien institutionnel qu'individuel, c'est-à-dire la préservation d'une concurrence efficace. 568 Il revient à l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif de présenter de manière suffisamment détaillée les raisons dignes de protection qui l'ont poussé à adopter un comportement aux effets anticoncurrentiels ; une déclaration globale et abstraite ne suffit pas. 569 519. En l'espèce, en plus des surcoûts analysés aux N 496 ss ci-dessus, Madrigall invoque, à l'occasion de sa prise de position du 10 juin 2024, l'existence d'un motif justificatif consistant en l'existence d'un système de distribution exclusive, sans plus la détailler. 570 Bien que Madrigall mentionne que l'existence d'un tel système empêcherait de retenir un pouvoir de marché relatif, cette question doit être examinée au stade des motifs objectifs justificatifs, comme le soulignent d'ailleurs les sources sur lesquelles Madrigall se fonde. 571 520. En l'occurrence, on ne voit pas – et Madrigall ne l'explique d'ailleurs pas – comment le fait que Madrigall se charge exclusivement de la commercialisation de ses livres en Suisse comme en France (l'OLF se contentant d'effectuer les prestations logistiques ; N 69 et 72) constituerait un motif objectif justifiant la différence de prix faisant l'objet de la présente enquête. 572 521. Aucun autre motif objectif ne ressort du dossier. Partant, aucun motif objectif justificatif supplémentaire n'est retenu.

C.5.2.2.5 Conclusion 522. A vu de ce qui précède, sur la base des chiffres à disposition de l'autorité au moment où la présente décision est prise, Madrigall abuse de son pouvoir de

marché relatif envers Payot en lui imposant un prix supérieur de [...] % par rapport aux libraires français sous la forme de remises inférieures de plus de [...], sans que cela ne soit justifié.

564 Message (n. 432), FF 2019 4665, 4698 ; TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.1.2, Supermédia.

565 ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 39.

566 TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.4.1, Supermédia.

567 ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, Hors Liste.

568 ATF 139 I 72, consid. 10.1.2, Hors-Liste ; TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.4.1, Supermédia ;

TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, DCC. 569 TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.4.1, Supermédia ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid.

8.2.2, DCC. 570 A 198, N 475 ss.

571 Message (n. 432), FF 2019 4665, 4698 ; RICHARD STÄUBER/ANDREAS BURGER, Einführung der relative

Marktmacht in der Schweiz, in : ZWeK 2/2021, p. 267. 572 A noter d'ailleurs que même lorsqu'un système de distribution exclusive avec des distributeurs tiers

est mis en place, l'art. 7 LCart peut s'appliquer ; ATF 148 II 321, consid. 9.3.1.

117 523. Il découle de ce qui précède que Madrigall a un pouvoir de marché relatif envers Payot et qu'elle en abuse en octroyant à Payot une remise maximale moindre par rapport aux libraires français, dans la mesure où la différence de remise dépasse [...].

C.6 Mesures

C.6.1 Remarques théoriques 524. Selon l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable. Les mesures en ce sens sont des injonctions visant à éliminer des restrictions illicites à la concurrence sur la base de l'art. 30 al. 1 LCart (N 526 ss). 525. Il est encore relevé qu'en application de l'art. 49a al. 1 LCart, la COMCO ne peut pas sanctionner (directement) l'abus d'un pouvoir de marché relatif. Seules des mesures de comportement peuvent être ordonnées. De telles mesures ne sont appropriées que s'il existe un intérêt actuel à une intervention de l'autorité. 526. En présence d'une restriction illicite à la concurrence, la COMCO peut ordonner des mesures selon l'art. 30 al. 1 LCart afin de la supprimer. Les mesures ordonnées servent à réaliser le but de la LCart, à savoir empêcher les conséquences économiques ou sociales néfastes des cartels et autres restrictions à la concurrence. 573 527. L'art. 30 al. 1 LCart ne prévoit pas de limitation du contenu des mesures possibles : il n'y a pas de numerus clausus de mesures envisageables. 574 La loi laisse au contraire un large pouvoir d'appréciation à la COMCO pour prendre les mesures nécessaires à la réalisation de l'objectif de la LCart dans un cas particulier. 575 Elle peut imposer aux parties concernées les obligations de faire (obligation), de tolérer (tolérance) ou de s'abstenir (interdiction) dans un cas concret et les assortir de sanctions en cas de violation. 576 Lors de la définition des mesures concrètes, le principe de proportionnalité 577 (art. 5 al. 2 Cst.) ainsi que le principe de précision de la base légale 578 doivent être respectés.

C.6.2 En l'espèce 528. Dans le cas d'espèce, il est premièrement constaté que le groupe Madrigall, par ses filiales, a fait l'objet de plusieurs enquêtes de droit de la concurrence en peu de temps. Ainsi et dans le cadre du premier cas des livres en français, le Tribunal administratif fédéral a définitivement condamné E5F fin octobre 2019 à une sanction de CHF [...] pour violation du droit suisse des cartels, et plus précisément de l'art. 5 al. 4 LCart. Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral a confirmé la décision de la COMCO en tant qu'elle interdisait (et interdit toujours) à E5F d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout revendeur actif en Suisse (N 88). Quant à Flammarion, le Tribunal fédéral l'a définitivement condamnée en mars 2022 à une sanction de CHF 919'346.- pour violation du droit suisse des cartels, en l'occurrence également l'art. 5 al. 4 LCart. Par ailleurs et ici également, le Tribunal fédéral a confirmé les décisions de la COMCO ainsi que du Tribunal administratif fédéral en tant qu'elles interdisaient (et interdisent toujours) à Flammarion d'entraver par des contrats de distribution et/ou de

573 ATF 148 II 475 consid. 4.4, Implenia.

574 ATF 148 II 475 consid. 4.3.2, Implenia ; TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.2.1 et les références citées, Implenia. 575 TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.2.4, Implenia.

576 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 70), art. 30 N 59.

577 ATF 148 II 475 consid. 5, Implenia ; ATF 148 II 321 consid. 12.7, Flammarion ; BSK KG-

ZIRLICK/TAGMANN (n. 70), art. 30 N 59 s. 578 TF, 2C_782/2021 du 14.9.2022 consid. 6.3, non publié aux ATF 148 II 475, Implenia.

118 diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout revendeur actif en Suisse (N 89).

529. Bien qu'il n'y ait pas lieu de confondre les importations parallèles et l'approvisionnement direct (N 73 ss), il est constaté, au vu de l'état de fait de la présente procédure, que le groupe Madrigall s'attelle une fois de plus à empêcher ou entraver un revendeur suisse dans sa tentative de s'approvisionner en livres en français directement en France. Dans les deux premières procédures E5F et Flammarion, il s'agissait d'empêcher purement et simplement les revendeurs suisses de s'approvisionner en France. Alors que ceux-ci ont en quelque sorte obtenu gain de cause devant les plus hautes instances judiciaires suisses en obtenant la garantie du droit de s'approvisionner en France, Madrigall limite cette fois les possibilités d'un revendeur suisse de s'approvisionner aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche en France. En d'autres termes, le moindre pas en avant obtenu par les revendeurs suisses fait l'objet d'une nouvelle entrave par le groupe Madrigall, comme cela a été constaté dans la présente enquête. Il ne peut donc qu'être constaté que les condamnations ainsi que les mesures prononcées dans le cadre de la première enquête n'ont eu aucun effet préventif sur le comportement du groupe Madrigall. Si de nouvelles entraves devaient faire suite à la présente procédure – que cela soit au sens de l'art. 5 ou 7 LCart – la question de la mise en œuvre des art. 50 et 54 LCart se poserait dans tous les cas, et cela tant pour la première que pour la présente procédure. 530. Vu ce qui précède et vu en particulier la tendance de Madrigall de réitérer des comportements problématiques au sens du droit suisse des cartels – et cela malgré les sanctions et les

mesures déjà prononcées –, les autorités de la concurrence estiment qu'il est proportionnel de prendre de nouvelles mesures fermes visant à mettre fin aux restrictions illicites à la concurrence. Comme vu dans la présente enquête, la restriction illicite à la concurrence se poursuit en effet, vu que Madrigall n'a pas remis en question le taux de remise de [...] % proposé à Payot (N 136 ss), bien que ce taux soit illicitement trop bas (N 522 s.).

531. Partant, les mesures suivantes doivent être prononcées : a) en cas d'approvisionnement direct en France par Payot, Madrigall et ses sociétés affiliées – en particulier DLM, SODIS ou encore UD – ont l'obligation d'appliquer à Payot les mêmes conditions générales de vente ainsi que les mêmes conditions commerciales que celles qui sont appliquées aux revendeurs français en France. Il en va en particulier ainsi de la remise de base maximale, de la remise quantitative maximale, de la remise qualitative maximale ainsi que des différentes conditions y relatives. L'exception prévue à la mesure b) est réservée ; b) en dérogation à la mesure a), sur la base des chiffres à disposition de l'autorité et en date de la présente décision, Madrigall et ses sociétés affiliées – en particulier DLM, SODIS ou encore UD – seraient autorisées à réduire le taux de remise appliqué à Payot afin de tenir compte des surcoûts admissibles pour le marché suisse. Sur la base des chiffres fournis par Madrigall dans le cadre de l'enquête, il en résulterait une réduction admissible du taux de remise d'environ [...]. Par exemple, si Payot devait – selon les conditions commerciales françaises – obtenir une remise de [...] % du CA PPHT, une remise de [...] % serait admissible pour Payot en date de la présente décision. Il est toutefois relevé que ce taux de (environ) [...] est susceptible d'évoluer rapidement à la hausse ou à la baisse, au gré de l'évolution des différents paramètres qui le composent. Il en irait par exemple ainsi de nouvelles embauches dans la diffusion ou de départs à la retraite. Partant et vu ce qui précède, il est renoncé à inscrire le taux précité au dispositif de la présente décision ; c) en cas d'approvisionnement direct en France par Payot, Madrigall et sociétés affiliées – en particulier DLM, SODIS ou encore UD – ont l'interdiction de déduire du taux de remise appliqué à Payot les éventuels autres coûts supplémentaires qui, de par leur

119 nature, seraient irréguliers, uniques, ou encore fluctuants. Le cas échéant, ces coûts doivent être facturés séparément. Ils ne sauraient être déduits du taux de remise appliqué à Payot. 532. Les violations ou les infractions aux mesures ordonnées ci-dessus sont passibles d'une sanction administrative, respectivement d'une sanction pénale conformément aux art. 50 et 54 LCart. Cette possibilité de sanction découle directement de la loi, raison pour laquelle il peut être renoncé à une menace de sanction correspondante – le cas échéant uniquement déclarative et non constitutive – dans le dispositif de la décision. 579 533. Finalement, en ce qui concerne les éventuels litiges entre Madrigall SA et Payot SA qui résulteraient de la mise en œuvre des mesures ordonnées ci-dessus, les autorités de la concurrence se réservent la possibilité de renvoyer les parties devant la justice civile. 534. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall avance que les mesures prévues sont impraticables et imprécises. Sur la base des considérations de la Proposition du Secrétariat, il ne serait pas possible de suffisamment reconnaître quels comportements sont admissibles et lesquels ne le sont pas. Le fait que la remise de Payot ne devrait pas être réduite de plus de [...] par rapport à une librairie française comparable serait lié à des limites majeures : D'une part, il ne serait pas clair de savoir ce qu'est une librairie française comparable ou selon quels critères cela doit être jugé. [...] ne serait comparable à Payot qu'en ce qui concerne les chiffres d'affaires PPHT et le nombre de points de vente ; pour le reste, la comparabilité serait limitée ou il serait douteux qu'elle soit suffisante pour comparer les

remises accordées aux deux libraires. Ni les mesures ni les considérations n'apporteraient de réponse à cette question, ce qui rendrait impraticable la comparaison des remises de [...] et de Payot. 580 535. Cet argument est en réalité sans fondement. La comparaison avec [...] contenue dans la présente décision est effectuée pour déterminer les surcoûts, et non la remise. Pour déterminer la remise qu'obtiendrait une librairie française comparable à Payot aux fins des présentes mesures, il suffit pour ce faire d'appliquer à Payot les conditions contenues dans les CGV françaises de Madrigall et d'établir ainsi la remise à laquelle Payot aurait droit si elle était une librairie française, comme cela ressort clairement du libellé desdites mesures. Il n'est dès lors pas nécessaire de procéder comme le décrit Madrigall, c'est-à-dire en déterminant une librairie française comparable à Payot. 536. En ce qui concerne les éventuelles modifications des surcoûts admissibles à l'avenir craintes par Madrigall 581, on ne voit pas en quoi il serait particulièrement difficile et impraticable de les prendre en compte. 582 Les modifications des coûts relatifs de la main d'œuvre entre la Suisse et la France ainsi que les retours supplémentaires à éliminer en raison des dommages causés par le désétiquetage devraient être identifiables – et démontrables – sans trop de difficultés (et, par ailleurs, sans nécessité d'une librairie française comparable). Concernant ce dernier point, rien n'empêche Madrigall et Payot de convenir par exemple d'une facturation annexe des livres pilonnés, respectivement non réintégrés au lieu d'une réduction de la remise. 537. D'autre part, Madrigall déclare qu'elle a utilisé des dizaines voire des centaines d'heures pour le calcul méticuleux des surcoûts admissibles pour le marché suisse. Dans ce contexte,

579 TAF, B-2157/2006 du 3.10.2007 consid. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique ; REKO/WEF du

9.6.2005, DPC 2005/3, 555 consid. 6.2.6, Telekurs Multipay. 580 A 198, N 528 s.

581 A 198, N 529 ii).

582 De telles variations de coûts/changements de structure peuvent se produire également hors du

contexte d'un approvisionnement en direct et amener une entreprise à devoir adapter ses tarifs.

120 Madrigall se demande comment on peut exiger de Madrigall un tel effort alors qu'il existe toujours un risque que ces calculs soient contestés par les autorités de la concurrence. 583 538. Tout d'abord, on ne voit pas dans quelle mesure le calcul des prétendus surcoûts entraîne une charge de travail aussi importante. D'un point de vue très général, une entreprise doit de connaître précisément ses coûts pour pouvoir se maintenir sur le marché. En l'espèce, Madrigall se fonde en partie sur des valeurs moyennes du groupe Madrigall pour calculer les surcoûts ou procède à une répartition au prorata des coûts sur la base des chiffres d'affaires (p. ex. les coûts liés aux frais de personnel de la diffusion et de compte-clé). 584 Pour d'autres surcoûts, Madrigall se base sur des chiffres existants ainsi que sur des hypothèses (p. ex. les coûts liés à la perte sur les retours et la démutualisation du dépôt OLF). 585 En outre, Madrigall justifie dès le départ la réduction de la remise maximale théorique précisément par les surcoûts qu'elle avait identifiés. 586 Ainsi, une estimation correspondante devait déjà exister pour préparer l'offre de Madrigall à Payot. Sinon, la réduction de la remise n'aurait justement pas été justifiée ou aurait été arbitraire.

539. Si Madrigall (et toute autre entreprise se trouvant dans une situation comparable) devait démontrer l'existence de surcoûts dus au fait qu'un client se trouve en Suisse, il n'y aurait pas d'infraction au présent dispositif et donc pas de risque de sanction au titre de l'art. 50 LCart, comme le suppose Madrigall. 587 Il convient également de rappeler que les autorités de la concurrence ont adopté une approche prudente dans l'évaluation des surcoûts et donc dans la constatation d'un abus – qui en l'occurrence correspond à une différence de prix d'environ [...] %. 588 Il ne s'agit donc pas d'intervenir contre de petites erreurs de calcul ou approximations. 540. Par ailleurs, on ne voit pas en quoi les mesures proposées créeraient, comme l'affirme Madrigall, une inégalité de traitement flagrante entre Madrigall et les autres diffuseurs français 589, ces derniers étant également soumis aux dispositions relatives au pouvoir de marché relatif de la loi sur les cartels et connaissant, avec la présente décision, la manière dont la COMCO interprète ces dispositions.

583 A 198, N 529. Par ailleurs, Madrigall affirme plus généralement que, si les principes développés par

la Proposition du Secrétariat étaient suivis, toutes les entreprises qui devraient supporter des surcoûts pour un approvisionnement direct de clients suisses devraient procéder à une analyse détaillée correspondante afin de prévenir une violation de l'art. 7 al. 2 let. g LCart déjà lors de l'établissement d'une première offre sujette à négociations, ce que l'immense majorité des entreprises ne pourrait pas se permettre dans le cadre d'une première offre et sous la pression du temps. Par conséquent de nombreuses PME ne proposeraient plus leurs produits en Suisse pour ne pas avoir à supporter le risque de se faire condamner par la COMCO (A 198, N 198 ss). Cette argumentation doit être entièrement rejetée.

Premièrement, l'art. 7 al. 2 let. g LCart ne s'applique qu'aux rares entreprises dominantes ou ayant un pouvoir de marché relatif selon l'art. 4 al. 2 et 2bis LCart. Deuxièmement, il a été établi que la « première offre » de Madrigall, en ce qui concerne la remise maximale théorique, correspondait en fait à la position fixe de Madrigall, ce qui a été confirmé tout au long de la procédure – y compris lors de l'enquête préalable, menant d'ailleurs à l'ouverture de la présente enquête (cf. N 111 ss). Enfin, le calcul des surcoûts spécifiques à la Suisse ne devrait pas demander un effort disproportionné et doit en tout état être au moins estimé dans le cadre d'opérations transfrontalières. 584 A 143, questions 1, 9, 11, 19, 20 et p. 19 s.

585 A 143, p. 19 s ; A 198, N 283 et 289 s.

586 A 198, N 562.

587 A 198, N 530.

588 Soit la différence de prix d'achat en prenant en compte une remise maximale théorique de [...] % –

considérée comme justifiée – par rapport à la remise maximale théorique originale de [...] %. En ce qui concerne les remises, il s'agit donc d'une différence de [...] points de pourcentage. 589 A 198, N 531 s.

121 541. En résumé, on peut retenir que les mesures proposées sont formulées de manière suffisamment claire et praticable et qu'il est aisément possible pour Madrigall de reconnaître si son comportement viole les exigences du dispositif de la COMCO. 542. Finalement et concernant la critique de Madrigall selon laquelle les autorités de la concurrence agiraient en tant qu'autorité de régulation des prix, il convient de souligner que la question du prix est centrale dans l'art. 7 al. 2 let. g LCart et que l'objet principal de la

présente enquête est de déterminer si, en plafonnant la remise accordée à Payot à [...] % au lieu de [...] % du CA PPHT, Madrigall limite la possibilité de Payot de se procurer en France des livres Madrigall aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche (cf. N 477 ss). En d'autres termes, l'enquête vise le prix « wholesale » entre Madrigall et Payot, qui s'écarte du prix « wholesale » pour les libraires français en France. Dans ce contexte, il est évident que les mesures prononcées doivent se rapporter de près ou de loin à des éléments de prix.

C.7 Demande de preuves des parties

C.7.1 Remarques théoriques concernant les demandes de preuve 543. L'article 33 PA détermine si une demande de preuve doit être acceptée. Selon cet article, l'autorité ou le tribunal accepte les preuves qui lui sont proposées si elles semblent utiles à l'établissement des faits. Dans le cadre de l'appréciation anticipée des preuves, il est possible de renoncer aux moyens de preuve proposés si l'autorité estime que les faits juridiquement pertinents sont suffisamment établis sur la base des preuves déjà administrées ou si elle peut les apprécier suffisamment sur la base de ses propres connaissances. 590

C.7.2 Demande de preuves de Payot 544. Par courrier du 2 mai 2024, Payot a demandé à pouvoir plaider devant la COMCO et assister à la plaidoirie de Madrigall, ce qui lui a été accordé (N 52). 591

C.7.3 Demande de preuves de Madrigall du 7 mai 2024 545. Par courrier du 7 mai 2024, Madrigall a pour sa part demandé à pouvoir plaider devant la COMCO ainsi qu'à pouvoir assister à la plaidoirie de Payot, ce qui lui a été accordé (N 52). Madrigall a de plus demandé un certain nombre de demandes de preuves consistant essentiellement en [...]. 592 Ces demandes de preuves seront détaillées ci-après, ainsi que les raisons pour lesquelles la COMCO les rejette (N 50).

[...] 546. [...]

547. [...] 548. [...] 549. [...]

590 Cf. not. ATF 147 IV 534 consid. 2.5.1 et les références citées.

591 A 181.

592 [...].

122 [...] 550. [...] 551. [...]

[...] 552. [...]

553. [...] 554. [...]

[...]

555. [...] 556. [...] 557. [...]

[...] 558. [...] 559. [...]

[...] 560. [...] 561. [...] 562. [...] 563. [...] 564. [...]

C.7.4 [...] 565. [...] 566. [...]

567. [...] 568. [...] 569. [...]

570. [...] 571. [...]

C.7.5 Conclusion sur les demandes de preuves de Madrigall

572. Compte tenu de ce qui précède, les demandes de preuve de Madrigall ont été rejetées dans leur intégralité, à l'exception de celles concernant les plaidoiries des parties (cf. N 545).

123 D Frais 573. L'obligation de payer des émoluments, le montant des frais de procédure et à qui les frais incombent sont régis par l'art. 53a LCart ainsi que par l'OEmol-LCart 621.

574. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart, les autorités en matière de concurrence prélèvent des émoluments pour les décisions relatives aux enquêtes concernant des restrictions à la concurrence aux termes des art. 26 à 31 LCart. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart en lien avec l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. 575. Dans la procédure d'enquête selon les art. 27 ss LCart, une partie est tenue de verser des émoluments si elle a participé à une ou plusieurs restrictions illicites à la concurrence ou si elle la soumet. 622 Dans la présente procédure, une restriction illicite de la concurrence a été démontrée. Par conséquent, il convient d'admettre l'obligation de payer des émoluments, dans la mesure où Madrigall a enfreint la LCart.

576. Le montant des frais de procédure est déterminé selon les art. 4 s. OEmol-LCart. Selon l'art. 4 al. 2 OEmol-LCart, le tarif horaire est compris entre 100 et 400 francs l'heure.

Celui-ci est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation. Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émolument (art. 4 al. 4 OEmol-LCart). 577. Sur la base de la classe de salaire des employés chargés du cas, un tarif horaire de CHF 200.- à CHF 290.- se justifie. Le temps consacré s'élève en l'occurrence à 1'149.18 heures. Les taux horaires suivants s'appliquent : – 1'154.7 heures à CHF 200.-, soit CHF 230'940.- – 82.5 heures à CHF 290.-, soit CHF 23'925.-. 578. En conséquence, les frais s'élèvent à CHF 254'865.-. Ils sont mis à la charge de Madrigall.

621 Ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (ordonnance

sur les émoluments LCart, OEmol-LCart ; RS 251.2). 622 ATF 128 II 247 consid. 6.1, BKW FMB Energie AG ; art. 3 al. 2 let. b et c OEmol-LCart a contrario.

124 E Résultat 579. En résumé, la COMCO parvient à la conclusion suivante en se basant sur les considérations qui précèdent : 580. Madrigall a un pouvoir de marché relatif au sens de l'art. 4 al. 2bis LCart sur Payot en lien avec les livres en français édités et/ou diffusés par Madrigall (N 387 ss). 581. Madrigall abuse de son pouvoir de marché relatif envers Payot en acceptant sur le principe un approvisionnement direct de Payot en France, mais en octroyant à Payot un taux de remise plus bas que les taux dont bénéficient les libraires français, et cela de façon injustifiée. Ce faisant, Madrigall limite de façon abusive la possibilité de Payot de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger au sens de l'art. 7 al. 1 en lien avec l'al. 2 let. g LCart (N 461 ss). Cela justifie que des mesures soient prononcées au sens de l'art. 30 al. 1 LCart (N 524 ss).

582. Au vu de l'issue de la procédure, les frais de la procédure doivent être intégralement mis à charge de Madrigall (N 573 ss).

125 F Dispositif Sur la base des faits et des considérants qui précèdent, la COMCO décide :
1. En raison d'un abus de pouvoir de marché relatif au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. g LCart, les mesures suivantes sont ordonnées (art. 30 al. 1 LCart) : a. en cas d'approvisionnement direct en France par Payot SA, Madrigall SA et ses sociétés affiliées ont l'obligation d'appliquer à Payot SA les mêmes conditions générales de vente ainsi que les mêmes conditions commerciales que celles qui sont appliquées aux revendeurs français en France. Il en va en particulier ainsi de la remise de base maximale, de la remise quantitative maximale, de la remise qualitative maximale ainsi que des différentes conditions y relatives. L'exception prévue à la mesure b) est réservée ; b. en dérogation à la mesure a), Madrigall SA et ses sociétés affiliées sont autorisées à réduire le taux de remise appliqué à Payot SA afin de tenir compte des surcoûts admissibles pour le marché suisse ; c. en cas d'approvisionnement direct en France par Payot SA, Madrigall SA et ses sociétés affiliées ont l'interdiction de déduire du taux de remise appliqué à Payot SA les éventuels autres coûts supplémentaires qui, de par leur nature, seraient irréguliers, uniques, ou encore fluctuants ; 2. Pour le surplus, la COMCO clôt l'enquête sans suite. 3. Les coûts de procédure au sens de l'art. 53a LCart, d'un montant total de CHF 254'865.-, sont mis à charge de Madrigall SA et de ses sociétés affiliées.

La décision doit être notifiée à : – Madrigall SA représentée par Me Benoît Merkt, Me Benjamin Moret et Me Valentin Muller, Lenz & Staehelin, Route de Chêne 30, 1211 Genève 6 – Payot SA représentée par Me Christophe Rapin, Kellerhals Carrard, Place Saint-François 1, case postale, 1001 Lausanne

126 Commission de la concurrence

Laura Melusine Baudenbacher Patrik Ducrey Présidente Directeur

Voies de droit : La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal administratif fédéral, Case postale, 9023 Saint-Gall, par voie de recours, dans les 30 jours qui suivent la notification. Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en main du recourant.

127

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