

WEKO

livres-en-langue-française-décision-du-27-mai-2013-2013-05-27 vom 27. Mai 2013

WEKO, 2013-05-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_livres-en-langue-française-décision-du-27-mai-2013-2013-05-27

FR: WEKO livres-en-langue-française-décision-du-27-mai-2013-2013-05-27 du 27 mai 2013

IT: WEKO livres-en-langue-française-décision-du-27-mai-2013-2013-05-27 del 27 maggio 2013

Erwägungen

E. 5

al. 4 LCart des éléments contractuels entre des entités situées à l'étranger – en l'occurrence par exemple entre quelque éditeur et un autre distributeur ou grossiste – re- viendrait à amputer considérablement la portée de l'action voulue par le législateur. En effet, ces entités, toutes situées par définition à l'étranger, ne sont pas soumises à l'obligation de renseigner de la loi sur les cartels et ne peuvent faire l'objet d'une perquisition, si bien que les autorités suisses de la concurrence seraient consignées à tabler sur leur bon vouloir de leur faire parvenir ces documents ou de répondre à un questionnaire, faute d'accord de coopération en la matière. De telles preuves ne sont certainement pas commandées lorsque d'autres éléments au dossier indiquent qu'une exclusion des ventes passives a été effectivement mise en œuvre en pratique, que l'interprétation des contrats avec les entités suisses actives dans la diffusion-distribution vient confirmer la portée de l'exclusion des ventes passives, que les diffuseurs-distributeurs se sont consultés et ont maintenu un régime de cloisonnement du marché suisse. L'un d'eux, Raymond Filliastre (Servidis), a même indiqué qu'une ouverture du marché wholesale serait « gravissime »⁴⁸⁷. B.4.1.3.6 Conclusions intermédiaires 422. Les accords de distribution analysés reposent tous sur un régime d'exclusivité. Est décisif pour apprécier si de tels systèmes de distribution exclusifs sont saisis par l'art. 5 al. 4 LCart, la question de savoir si les ventes passives ont été empêchées par lesdits accords. De nombreux éléments éclairent en l'espèce la question de savoir si les ventes passives ont été exclues par les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs.

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 95

423. Les régimes d'exclusivité prévus par les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont exclu les ventes passives sur la base de plusieurs éléments : 424. En premier lieu, l'analyse des effets, particulièrement importante au regard de la doctrine des effets de la loi sur les cartels suisse, élimine tout doute. Seul le détaillant Distri- livres, cité par les parties comme l'exemple par excellence que des importations parallèles avaient été possibles durant la période visée par l'enquête, a été en mesure de s'approvisionner en France. Pour y parvenir cependant, il a dû mettre en place le système Ecolibri, lequel repose sur des partenariats,

secrets pour les diffuseurs-distributeurs en France comme en Suisse, avec des détaillants en France. La mise en œuvre d'un tel système a été commandée à cause des régimes d'exclusivité mis en place. 425. En deuxième lieu, la manière dont a été pratiqué le droit de retour ne laisse aucun doute sur le fait que les régimes d'exclusivité ont prohibé les ventes passives. Le régime d'exclusivité a été, durant la période visée par l'enquête, considéré comme le seul mécanisme pour se prémunir contre d'éventuels comportements opportunistes en matière de droit de retour. Or, en l'absence d'autres instruments, seul un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives peut permettre la gestion des flux sans risque de comportements opportunistes. L'argumentation des diffuseurs-distributeurs sur le droit de retour confirme cet état de fait. 426. En troisième lieu, en sus de prévoir un régime d'exclusivité, lequel pourrait être conforme à la loi s'il n'excluait pas les ventes passives, de nombreuses clauses contenues dans les contrats des différents diffuseurs-distributeurs indiquent pour chacun d'eux que la portée du régime d'exclusivité couvre les ventes passives, certaines clauses étayant même la manière de se comporter des partenaires de distribution pour garantir le cloisonnement du territoire suisse. 427. En quatrième lieu, les diffuseurs-distributeurs se sont informés en date du 11 mai 2005 sur leurs perceptions et le traitement qu'ils donneraient à une sollicitation concernant des importations parallèles d'un type particulier (rupture de stock), conscients des répercussions que cela pourrait avoir sur leurs systèmes de distribution. Depuis ce moment, les diffuseurs-distributeurs étaient conscients qu'aucun diffuseur-distributeur ne considérerait qu'un approvisionnement de ce type devait intervenir, ce qui a renforcé la capacité d'exclure les ventes passives des systèmes de distribution respectifs. 428. Dans ce contexte, la preuve d'une exclusion des ventes passives est établie à suffisance de droit. L'élément de preuve supplémentaire que constitueraient des clauses contractuelles formelles, prévoyant expressément une interdiction d'exportation, conclues par les partenaires de distribution des diffuseurs-distributeurs avec d'autres entités susceptibles de donner suite à des demandes d'approvisionnement direct de la part de détaillants situés en Suisse n'est pas requise. De telles clauses ne sont pas nécessaires pour garantir le cloisonnement du territoire suisse, dans la mesure où les dispositions contractuelles prévues, parfois contenues dans des conditions générales standardisées, réglant notamment l'échange d'information, permettent de prendre les mesures nécessaires pour exclure les ventes passives. 429. Ainsi, il y a lieu de constater que les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG ont reposé sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives. B.4.1.4 Fournisseurs agréés 430. L'art. 5 al. 4 LCart vise l'exclusion des ventes par des fournisseurs agréés. Selon la doctrine majoritaire, une interprétation conforme au texte exclut les limitations obligeant les

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 96

producteurs, ce dont attesterait en particulier une interprétation littérale des versions italienne et allemande de la disposition – « distributori esterni », « Vertriebspartner ». 488 Une interprétation historique de la norme aboutit au même résultat. Les travaux préparatoires, dont le passage essentiel est reproduit plus haut, indique également qu'un producteur peut s'engager à ne pas livrer d'autres entreprises ou des consommateurs finaux dans le territoire attribué. Ce sont les clauses 1 et 2 selon la classification du rapporteur F. SCHIESSER, 489 lesquelles correspondent à un système d'exclusivité simple. Une portée propre du terme « agréé », contenu uniquement dans la version française de la norme, doit être niée. La doctrine suisse partage également cette opinion. 490 431. Il convient de relever que la mise en

œuvre d'une politique analogue à celle de la Commission européenne dans le domaine des accords verticaux correspond à la volonté du législateur, comme la COMCO l'a exposé à plusieurs reprises dans ses décisions.⁴⁹¹ En droit de l'UE, une exclusion des ventes passives élimine d'emblée la possibilité pour une pratique d'être considérée comme une exemption par catégorie.⁴⁹² Diffulivre ⁴³². Selon Diffulivre, l'éditeur n'étant pas un partenaire de distribution, l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas aux clauses des N 140, 143 et 144 de la proposition du Secrétariat.⁴⁹³ Diffulivre précise que l'éditeur fait office de « producteur » des livres écoulés par le canal de Diffulivre. « Pour cette raison, l'exclusivité territoriale dont bénéficie Diffulivre en relation avec les ouvrages des Tiers-Diffulivre échappe aux prévisions de l'art. 5 al. 4 LCart (...). » ⁴³³. En l'espèce, les clauses identifiées vont au-delà de l'obligation faite aux producteurs, c'est-à-dire aux éditeurs, de ne pas vendre. En effet, les partenaires de distribution de Diffulivre, qu'ils soient des éditeurs ou non, se sont engagés non seulement à ne pas vendre, mais également à ne pas laisser vendre les ouvrages visés par le contrat de distribution. Partant, le système de distribution de Diffulivre a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart. Servidis ⁴³⁴. Servidis a prétendu qu'elle ne serait pas un fournisseur agréé mais uniquement un commissionnaire raison pour laquelle cette condition légale ne serait pas remplie en l'espèce.⁴⁹⁴ Elle semble avoir confondu que la condition d'un fournisseur agréé vise les autres entités en mesure de constituer une alternative d'approvisionnement. Le système de distribution affecte les autres fournisseurs, comme l'indiquent d'ailleurs expressément certaines des clauses des contrats de Servidis.⁴⁹⁵ ⁴³⁵. Partant, le système de distribution de Servidis a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart. E5F ⁴⁸⁸ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 N 638. ⁴⁸⁹ Cf. intervention du Conseillers aux États F. SCHIESSER, BO CE 2003 329 à 330. ⁴⁹⁰ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 49), art. 5 LCart N 556-557. ⁴⁹¹ Cf. notamment DPC 2009/2 151 N 70, Sécateurs et cisailles et réf. citées ; décision de la COMCO du 28.11.2011, N 185 ss, Nikon et réf. citées. ⁴⁹² REIHNARD ELLGER in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, art. 4 REC-Vertical, N 41 et 43. ⁴⁹³ A 693a, N 188, 67 et A 845, 4. ⁴⁹⁴ A 672, 21. ⁴⁹⁵ Cf. B.3.2.8.1, N 144.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 97

⁴³⁶. Selon E5F, l'art. 5 al. 4 LCart ne viserait que l'interdiction des ventes passives au sein d'un système de distribution sélective, ce qui se déduirait de l'utilisation de l'adjectif « agréé ». ⁴⁹⁶ E5F a contesté que cette condition était remplie en l'espèce puisqu'elle n'aurait pas sélectionné OLF sur la base de critères définis comme cela aurait été exigé par un système de distribution sélective. ⁴³⁷. Comme il a été exposé plus haut, l'adjectif « agréé » n'a pas de portée propre dans l'art. 5 al. 4 LCart. De plus, on ne saurait admettre que l'application de l'art. 5 al. 4 LCart est restreinte aux systèmes de distribution sélective. ⁴³⁸. Partant, le système de distribution de E5F a couvert l'ensemble des fournisseurs potentiels et remplit cette condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart. ⁴³⁹. Autres diffuseurs-distributeurs ⁴⁴⁰. Les autres diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté que la condition du fournisseur agréé était remplie. B.4.1.5 Conclusion intermédiaire ⁴⁴¹. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammation, Glénat, Servidis, Transat et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. La suppression de la concurrence efficace est présumée. B.4.2 Aucun

renversement de la présomption 442. Le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace nécessite un examen du marché dans son ensemble, à la lumière de la concurrence intramarque et intermarques. Est décisive la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisante sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence suffisante. (ch. 11 CommVert). 443. En l'espèce, la présomption pourrait être renversée si les détaillants de livres en Suisse avaient été en mesure d'exploiter des possibilités d'arbitrage, tant au niveau des prix que d'autres paramètres concurrentiels en procédant à des importations parallèles (concurrence intramarque), ou si une concurrence intensive entre les différents diffuseurs-distributeurs avait existé (concurrence intermarques) ou finalement, si la combinaison des concurrences intramarque et intermarques n'avait pas conduit à la suppression de la concurrence efficace, mais seulement à une affectation de celle-ci. 444. L'examen du marché dans son ensemble appelle en premier lieu la délimitation du marché de référence en tenant compte des dimensions produit et géographique. B.4.2.1 Marché de référence 445. Selon le Tribunal fédéral, pour la définition du marché de référence, une probabilité confinante à la certitude n'est pas requise, une administration des preuves stricte n'étant pas possible en la matière.⁴⁹⁷ En effet, comme l'a relevé la jurisprudence européenne également, la définition du marché relevant implique des appréciations économiques complexes.⁴⁹⁸ 446. Dans l'arrêt Publigroupe, le Tribunal fédéral a précisé que la considération de développements subséquents à la période d'enquête n'est possible que de manière limitée, c'est-à-

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 98

dire si et seulement s'ils permettent des conclusions impératives sur la situation antérieure.⁴⁹⁹ Il y a lieu au surplus de renvoyer aux considérations exposées plus haut en matière du degré de preuve.⁵⁰⁰ 447. Ensuite, une remarque liminaire concernant la jurisprudence et la pratique de la COMCO dans la branche économique concernée est nécessaire. En matière de livres, la COMCO s'est prononcée sur la définition d'un marché de référence dans la décision Sammelrevers.⁵⁰¹ La définition proposée par la COMCO a été examinée par le Tribunal fédéral.⁵⁰² Les considérants du Tribunal fédéral ainsi que ceux de l'autorité de la concurrence se sont inscrits dans l'application de l'art. 5 al. 3 LCart sur l'objet d'un accord horizontal entre les libraires. Si l'accord générique du Sammelrevers concernait l'ensemble de la branche, à l'instar des pratiques examinées dans la présente enquête, force est de constater que l'analyse concurrentielle s'est focalisée sur le marché retail à cette occasion. Cette focalisation découle en particulier du fait que le Tribunal fédéral n'a pas constaté qu'il y avait un accord (horizontal) entre les entreprises se trouvant en amont des libraires, mais uniquement entre les libraires, au niveau du prix. Il convient à cet endroit de relever que le marché de l'approvisionnement – le marché wholesale dans la présente enquête – n'a pas été analysé dans l'enquête concernant le Sammelrevers. 448. La Commission européenne a procédé à une analyse approfondie de la branche du livre lors de la concentration de deux groupes éditoriaux français importants. Cette analyse est exposée dans la décision Lagardère.⁵⁰³ B.4.2.1.1 Critiques des parties à la procédure 449. La proposition du Secrétariat du 14 août 2012 a considéré que le marché de référence au niveau wholesale, dans sa composante produit, concernait l'ensemble des livres écrits en français, c'est-à-dire des imprimés publiés par un éditeur neufs et sans défaut

proposés par des diffuseurs aux libraires/revendeurs en Suisse. La dimension géographique du marché relevant wholesale était la région francophone supranationale, incluant en particulier la France. Au niveau retail, il a exposé que dans sa composante produit, le marché de référence concernait l'ensemble des livres écrits en français, c'est-à-dire des imprimés publiés par un éditeur neufs et sans défaut proposés par les libraires/revendeurs aux consommateurs finaux. La dimension géographique du marché relevant retail était la région francophone nationale. 450. Les parties à la procédure ont critiqué plusieurs éléments de la définition des marchés de référence telle que proposée par le Secrétariat. Ces critiques sont résumées ci-dessous. 451. Interforum a formulé plusieurs critiques. 504 Premièrement, elle a critiqué le fait que seuls les marchés de la vente et de la revente avaient été pris en considération. Deuxième-

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 99

ment, elle a contesté que la diffusion et la distribution n'avaient pas fait l'objet d'une distinction. Troisièmement, elle a considéré que non seulement les grossistes, mais aussi les entreprises présentes sur internet et les librairies situées en France devaient être intégrées à l'offre au niveau wholesale. Quatrièmement, au niveau retail, il y aurait eu lieu de considérer les entreprises présentes sur internet du côté de l'offre. Cinquièmement, elle a considéré que les ebooks auraient été substituables aux livres imprimés. Sixièmement, la délimitation géographique au niveau retail aurait été trop étroite, dans la mesure où il serait égal pour un consommateur final de télécharger un livre « depuis un serveur installé au Canada » ou de l'acheter chez un détaillant situé en Suisse. 452. E5F a contesté la définition du marché de référence. 505 La définition des marchés contenue dans la proposition du Secrétariat aurait comporté d'importantes lacunes. 506 La prise de position renvoie essentiellement vers l'expertise Gugler du 19 octobre 2012 (ci-après : l'expertise Gugler), laquelle a énuméré plusieurs critiques et constatations concernant la définition des marchés. Premièrement, l'expertise Gugler a soutenu de manière générale que la définition des marchés de référence ne serait pas assez claire, ne permettant pas « d'assurer une compréhension des mécanismes, des structures et des contraintes qui s'imposent aux acteurs du marché, en particulier aux diffuseurs. 507 » Deuxièmement, les autres marchés de la chaîne du livre n'auraient pas été considérés. 508 Troisièmement, au niveau de la demande wholesale, elle a constaté que les différentes catégories de détaillants n'auraient pas été prises en considération, alors qu'elles auraient dû l'être. 509 Quatrièmement, elle a considéré qu'une distinction par catégories de livre aurait été nécessaire, dans la mesure où les rapports de concurrence auraient pu également se distinguer entre ces catégories. 510 Cinquièmement, elle a considéré qu'il y aurait eu lieu de tenir compte des livres numériques et du commerce électronique du livre papier. 511 Finalement, elle a critiqué la dimension

géographique du marché retail, prétendant que la dimension nationale retenue ne servait qu'à conforter la thèse du cloisonnement du « marché suisse ».512 E5F n'a retenu aucune définition du marché de référence, ni dans sa prise de position, ni par l'intermédiaire de l'expertise Gugler. 453. Flammarion a renvoyé pour l'essentiel à l'expertise Gugler, également produite en annexe à sa prise de position.513 Il s'est agi de la même expertise que celle produite par E5F. Au surplus, elle a considéré, d'une part, que le sondage MIS Trend/Hebdo n'aurait pas été une source suffisante pour baser une constatation et a précisé que « le résultat reflété par cette enquête n'est pas [être] en adéquation avec les habitudes réelles des consommateurs.514 » D'autre part, elle a été d'avis qu'un « SSNIP test »515 aurait dû être mené pour déterminer l'influence du commerce de livres imprimés par internet et que les grandes surfaces auraient dû être considérées du côté de l'offre au niveau retail.516

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 100

454. Selon OLF, les grossistes étrangers et les commerçants opérant sur internet devraient être qualifiés de concurrents.517 De plus, au niveau retail, la vente par l'intermédiaire d'internet et les ebooks devraient être intégrés au marché.518 Au surplus, elle n'a pas contesté la définition des marchés de référence. 455. Diffulivre a formulé divers reproches à l'encontre du marché de référence retenu par le Secrétariat dans sa proposition de décision. Ainsi, elle a soulevé qu'au niveau wholesale, une distinction entre un marché de services et un marché de vente des livres aurait dû être opérée en conformité avec la jurisprudence européenne.519 Ensuite, toujours en relation avec le marché au niveau wholesale, les grossistes et les entreprises présentes uniquement sur internet auraient dû figurer parmi les partenaires de l'échange du côté de l'offre.520 En ce qui concerne le marché au niveau retail, il appartiendrait au Secrétariat de déterminer dans quelle mesure les ebooks devraient être intégrés au marché de référence en tant que produits substituables aux livres traditionnels.521 En outre, les acteurs économiques présents uniquement sur internet auraient dû être considérés du côté de l'offre au niveau retail également.522 Diffulivre a aussi contesté la dimension géographique retenue pour la délimitation du marché de référence au niveau retail. 456. Servidis/Transat ont émis plusieurs critiques.523 Au-delà de la terminologie anglaise employée, elles ont contesté la nature des entreprises composant l'offre au niveau wholesale (y compris le rôle au niveau de l'offre à ce niveau des entreprises présentes sur internet uniquement), l'absence de distinction entre différentes catégories de livres et la limitation aux livres de langue française. Au niveau retail, elles ont considéré « à la limite de la malhonnêteté intellectuelle » d'écarter les ventes par internet.524 Au niveau retail, l'accès aux ebooks aurait été un substitut au livre physique et la dimension géographique aurait été supranationale.525 457. Bien qu'elle ait reconnu expressément la distinction entre les niveaux wholesale et retail, Dargaud a décrié la méthode utilisée dans la proposition du Secrétariat, consistant à déterminer le marché

wholesale avant le marché retail.⁵²⁶ Elle a considéré en outre qu'il convenait de distinguer des sous-marchés pour chaque catégorie de livre, comme l'a fait la Commission européenne, et d'inclure le livre électronique, les supermarchés et magasins spécialisés mais aussi les ventes par internet. Tous ces éléments ont concerné le marché retail uniquement. ⁴⁵⁸. AIG a soutenu concernant le marché relevant que les clauses incriminées cloisonnant le marché ne concernaient pas tous les livres qu'elle a écoulés. Au surplus, elle n'a pas contesté la définition des marchés.⁵²⁷ ⁴⁵⁹. AH a considéré que le commerce par internet, qu'il se soit agi des livres imprimés ou numériques, aurait dû être mieux analysé. Elle a considéré ensuite, que les livres de deuxième main auraient été substituables aux livres neufs. Finalement, elle a prétendu que le

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 101

marché des best-sellers aurait constitué un sous-marché, dans la mesure où les élasticité-prix auraient été différentes de celles d'autres ouvrages.⁵²⁸ ⁴⁶⁰. LLac n'a pas remis en cause la définition des marchés de référence telle que proposée par le Secrétariat. Elle a relevé cependant que certains diffuseurs étaient intervenus parfois du côté de l'offre sur le marché retail, pour certains clients particuliers tels que les bibliothèques.⁵²⁹ ⁴⁶¹. Glénat et Zoé n'ont pas contesté la définition des marchés de référence.⁵³⁰ ⁴⁶². Toutes les critiques émises par les parties à la procédure sont traitées au fur et à mesure de l'analyse, selon les griefs concrets sur lesquels elles portent. B.4.2.1.2 Dimension produit ⁴⁶³. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés. Les critères définis dans cet article sont applicables dans les procédures de concentration d'entreprises et sont appliqués par analogie de manière constante par la COMCO également dans les procédures fondées sur l'art. 5 al. 4 LCart.⁵³¹ ⁴⁶⁴. La substituabilité, principalement sous l'angle de la demande, constitue le critère pertinent pour définir le marché de référence de l'analyse cartellaire. Le degré de substituabilité est apprécié en fonction des caractéristiques objectives (propriété, usage et prix du produit) et subjectives (préférences).⁵³² ⁴⁶⁵. Dans un premier temps, le produit « livre » est circonscrit. Dans un deuxième temps, les partenaires de l'échange sont examinés, tant sous l'angle de la demande que de l'offre. Notion de livre ⁴⁶⁶. Les livres écrits en français sont le point de départ de la présente enquête. Le produit « livre » a été défini dans plusieurs contextes sans que des différences significatives n'apparaissent. La définition proposée par le législateur dans la LPL peut être reprise comme point de départ. L'art. 3 LPL entend par « livre » : « Tout imprimé publié par un éditeur et tout produit combiné dont l'imprimé est l'élément principal; les journaux, les périodiques, les partitions et les produits cartographiques notamment ne sont pas considérés comme des livres ». ⁴⁶⁷. Dans la LPL, les livres considérés correspondent non seulement à cette définition mais sont en outre neufs et sans défaut (art. 2 LPL). ⁴⁶⁸. Les livres écrits – c'est-à-dire rédigés ou traduits – en français sont au centre de la présente enquête. En Suisse, les livres ainsi définis sont essentiellement importés. En effet, plus de 80 % des livres écrits en français achetés en Suisse, ont été produits ou ont transité par la France.

528 A 683, 4 à 6. 529 A 647, 3. 530 Cf. A 695 ; A 681, 26 ss. 531 Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire Nikon, 77 N 356 s., (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1,

85 s., N 173 s., Gaba ; DPC 2010/4, 670 s., N 165 s., Hors-liste ; DPC 2009/2, 147 s., N 41 s., Felco. 532 BORER (n. 14), art. 5 LCart N 12.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 102

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

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

471. Livres écrits dans d'autres langues – Servidis/Transat ont considéré qu'il convenait d'ajouter au produit tel que défini ci-dessus, les livres écrits dans d'autres langues. Selon elles, la distinction selon la langue ne serait pas pertinente, tant au niveau wholesale qu'au niveau retail.⁵³³ Elles ont cependant expressément exposé auparavant que le « Secrétariat doit se tenir à la définition du marché de produit qu'il retient, en l'espèce les livres de langue française » et qu'il y a « un marché de produit qui est le marché des livres de langue française.⁵³⁴ » Dans ce contexte, l'avis de Servidis/Transat sur la question est pour le moins confus. En outre, les chiffres avancés par Servidis/Transat concernaient l'exemple genevois uniquement. Au-delà du fait qu'on peut émettre certains doutes sur la pertinence d'admettre que ces chiffres puissent être représentatifs de (toute) la demande de livres de la part des consommateurs finaux, ils n'établissent nullement que ce sont les (mêmes) consommateurs finaux qui demandent des livres dans plusieurs langues. Si de tels consommateurs existent certainement, l'expérience générale de la vie permet de douter qu'ils ne doivent pas être considérés comme représentant un poids marginal de la demande. La Commission européenne dans la décision Lagardère n'a pas du tout considéré ce point. Ainsi, il n'y a pas lieu d'admettre que les livres rédigés dans d'autres langues que le français font partie du marché de référence. Les autres parties n'ont pas contesté ce point.

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

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

533 A 692, 40-41. 534 A 672, 39. 535 A.T. KEARNEY, Do Readers Dream of Electronic Books?, cf. extrait accessible online, 4, <http://de.slideshare.net/IfBookThen/do-readers-dream-of-electronic-books>.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 103

Français sont équipés en matériel pour lire des ebooks.⁵³⁶ Toujours selon cette étude, en 2011, 2,7 millions de titres étaient disponibles (en anglais) aux Etats-Unis, alors que seuls 60'000 titres étaient disponibles (en français) en France.⁵³⁷ 474. Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo effectuée du 21 janvier 2011 au 7 février 2011 et présentée au Salon du livre de Paris en 2011,⁵³⁸ les Français estiment à 65 % que le livre imprimé restera toujours le principal support. Cette étude précise également que le taux d'intérêt pour les ebooks n'a pratiquement pas bougé en deux ans, soit de 2009 à 2011. 475. L'expertise Gugler fait référence à une étude produite en 2010 par Pricewaterhouse- Coopers, dont elle reprend même une illustration.⁵³⁹ Selon l'expertise Gugler, une forte croissance des parts de marché du livre numérique est prédite par PricewaterhouseCoopers. Dans l'étude mentionnée, les parts des ebooks aux Etats-Unis en 2011 sont – prospective- ment – estimées à 11,7 %, au Royaume-Uni à 3,4 %, en Hollande à 0,8 % et en Allemagne à 1,4 %.⁵⁴⁰ En 2010, l'estimation est de 7,2 % aux Etats-Unis, au Royaume-Uni de 1,5 %, en Hollande de 0,3 % et en Allemagne de 0,4 %. En 2009, l'estimation est de 2,7 % aux Etats-Unis, au Royaume-Uni de 0,2 %, en Hollande de 0,2 % et en Allemagne de 0,1 %. Ces données indiquent sans ambiguïté qu'il ne convient pas d'accorder une importance démesurée aux taux de progression mis en avant pour cette période. A titre d'exemple, la progression du taux en Allemagne entre 2009 et 2010, en une seule année donc, est de 400 %, puis entre 2010 et 2011, de 250 %. Ces progressions à trois chiffres, n'empêchent cependant pas les ebooks de ne peser que 1,4 % en 2011 dans ce pays, selon PricewaterhouseCoopers. 476. Plusieurs parties ont admis d'ailleurs explicitement les conclusions de l'étude PricewaterhouseCoopers. Selon la prise de position d'Interforum du 19 octobre 2012, la distribution d'ebooks « vivra un développement considérable.⁵⁴¹ » Ce propos, au demeurant spéculatif, indique implicitement que la distribution d'ebooks peut effectivement être considérée comme marginale durant la période d'enquête. Dargaud a relevé à plusieurs reprises que l'apparition du livre numérique est « récente ».⁵⁴² Elle a même qualifié de « progression fulgurante » l'essor du livre électronique et considéré, sans citer de source, qu'il pèserait aujourd'hui

E. 10

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

⁵³⁶ Cf. article paru le 13 mars 2012,

<http://frenchweb.fr/dossier-pourquoi-ebook-ne-decolle-pas-en-france-60953/52167> ; article paru le 15 mars 2012, <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seduire-les-francais-39769628.htm> (dernières consultations le 19 avril 2013). ⁵³⁷ A.T. KEARNEY, (n. 535). ⁵³⁸ Le sondage a été commandé par le magazine

spécialisé Livres Hebdo et le Cercle de la librairie et se fonde sur un échantillon de 3'032 personnes représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus, cf. http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5hHGIFvgs_RSMi-3cSMVsvgVxwUXw?docId=CNG.829507cd841e863904aa7e5211c47aa7.b1 539 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 6-7. 540 PricewaterhouseCoopers, *Turning the Page: The Future of eBooks*, 29, disponible à <http://www.pwc.com/gx/en/entertainment-media/publications/future-of-ebooks.jhtml> (dernière consultation le 11 juin 2013). 541 A 692, 40, N 149. 542 A 691, 38, N 123, 124. 31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 104

nées sont même probablement très faibles, étant donné la rareté des titres disponibles en français en comparaison aux titres disponibles pour la demande en anglais selon l'étude Kearney.⁵⁴³ Même à émettre l'hypothèse que le niveau d'équipement est supérieur en Suisse romande qu'en France,⁵⁴⁴ dans la mesure où les contenus éditoriaux restent pour ce support également essentiellement produits en France, l'importance des ebooks ne peut être à ce jour que marginale. A fortiori il en a été ainsi durant toute la période de référence. 478. L'expertise Gugler elle-même prend soin d'indiquer que l'Office of Fair Trading, l'autorité de la concurrence de la Grande-Bretagne (ci-après : OFT) n'a pas, en 2011, jugé opportun de considérer que les livres numériques faisaient partie du même marché de référence (niveau retail), en raison de l'insuffisance de leur importance.⁵⁴⁵ Cette constatation de l'OFT dans l'affaire *Amazon.com/Book Depository International Limited* est très instructive : non seulement elle est récente, car elle date du mois d'octobre 2011, mais en plus elle s'inscrit dans une décision de concentration, situation dans laquelle la période de référence n'est pas celle, passée, d'une enquête portant sur une violation de la concurrence, mais bien celle, future, qui suit immédiatement l'opération de concentration en question, dans un spectre de 2 à 3 ans en général. Les autres jurisprudences de droit comparé mentionnées par l'expertise Gugler ont toutes, sans exception, laissée ouverte la question de la prise en compte des ebooks dans le marché pertinent. 479. Dans un entretien accordé à la télévision suisse romande, Patrice Fehlmann (OLF) a précisé le 30 novembre 2010 : « On est plus en face d'une réflexion des éditeurs qui veulent garder la main sur la production, sur les droits d'auteur. Et chacun a sa raison pour expliquer pourquoi il y viendra demain. Est-ce que c'est parce qu'il n'y a pas de demande qu'il n'y a pas d'éditeur ou l'inverse ? Je ne sais pas vous le dire.⁵⁴⁶ » Début 2012, dans un entretien accordé au quotidien 24h Françoise Berclaz (La Liseuse, Présidente des libraires indépendants) justifiait le fait que le Parlement n'ait pas jugé opportun de légiférer sur le prix du livre électronique de la manière suivante : « Le livre électronique vient d'arriver sur le marché il faut attendre avant de légiférer. En outre nous pensons qu'il s'agit d'un nouveau format pour l'écrit qui ne va pas supplanter le livre traditionnel mais plutôt le compléter.⁵⁴⁷ »

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

<http://www.numerama.com/magazine/18332-moins-d-un-francais-sur-dix-a-deja-lu-un-ebook.html> ; « Culture, politiques, stratégie des grands acteurs, attitude des éditeurs, ventes de matériel...le marché des ebooks est très différent des deux côtés de l'atlantique. Ces différences importantes expliquent pourquoi l'ebook est un tel succès aux Etats-Unis, et pourquoi il a tant de mal à trouver sa place en France. », article paru le 15 mars

2012 sur CNET, cf. <http://www.cnetfrance.fr/news/pourquoi-l-ebook-a-du-mal-a-seduire-le-s-francais-39769628.htm>; « (...) les livres numériques peinent terriblement à se tailler une place dans les habitudes des consommateurs. Et ce, tout particulièrement en France. », article paru le 13 mars 2012 sur Franchweb, cf.

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

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

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 105

480. Les résultats d'un sondage réalisé en 2012 par M.I.S Trend/L'Hebdo pour le compte du Salon du livre montraient que moins de 8 % des Suisses romands ont lu un livre électronique. 548 À noter que plusieurs parties à la procédure ont remis en cause les résultats de ce sondage. Leurs critiques sont traitées plus bas concernant le commerce électronique de livres imprimés. 549 481. Selon les considérants de l'OFT dans la décision

Amazon.com/Book Depository International Limited, il convient de relever que même si l'importance des ebooks avait été plus forte, il n'est pas à exclure que ceux-ci forment un marché de référence distinct. En effet, les différences significatives dans la formation des prix (coûts de production différents) et la nécessité de disposer d'un équipement (liseuse, tablette, ordinateur) notamment, pourraient justifier de considérer un marché séparé des ebooks. 550 Quoi qu'il en soit, l'OFT a exclu du marché de référence les ebooks. 482. Ainsi, en l'espèce, pour la période 2005 à 2011, il y a lieu de considérer que le livre électronique n'a pas fait partie du marché de référence au niveau retail. La question de savoir si le livre électronique doit être inclus dans le marché de référence ou si la vente de livres électroniques constitue un marché séparé peut rester ouverte. 483. Les considérations qui précèdent concernent essentiellement le niveau retail du marché, soit la vente aux consommateurs finaux. L'exclusion des livres électroniques du marché de référence au niveau wholesale est d'autant plus justifiée. D'ailleurs, aucune partie à la procédure n'a développé d'argument spécifique au niveau wholesale. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché wholesale durant la période d'enquête. Pour le futur, comme le relève expressément l'expertise Gugler, 551 la question a été laissée ouverte dans une décision de concentration de l'autorité française de la concurrence du 12 août 2012. La question n'a pas non plus à être tranchée dans la présente procédure.

484. Catégories de livre – Plusieurs parties (Servidis/Transat, E5F, Flammarion, Dargaud), ont jugé nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux grandes catégories de livres. L'expertise Gugler considère qu'une telle division doit être opérée au niveau wholesale, mais pas au niveau retail. Le fait de ne pas considérer des sous-marchés constituerait un biais dans l'analyse subséquente de la concurrence intermarques au niveau wholesale. Dans le même sens, Flammarion a exposé dans sa prise de position à titre d'exemple que le consommateur romand a une préférence entre les guides touristiques de la

marque « Routard » ou « Lonely Planet » dans la préparation de ses voyages.⁵⁵² Cette observation est probablement correcte. Elle n'indique cependant pas en quoi elle conduirait à devoir, en l'espèce, considérer un sous-marché. Au niveau wholesale, le détaillant va très probablement devoir commander les deux « marques » mentionnées. Dans tous les cas, il devra être en mesure de les commander pour un client. En effet, à la différence du consommateur qui achètera un guide dans le but de préparer son voyage, le détaillant se procurera plusieurs guides différents, pour les revendre. Dans la mesure où il raisonne de cette façon pour l'ensemble de l'assortiment qu'il propose à ses clients, une division en sous-marchés

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 106

est superflue en l'espèce, en particulier au niveau wholesale. La concurrence intermarques mentionnée par Flammarion au moment du choix ne concerne que le consommateur final dans la préparation de son voyage, et ce, sous réserve de l'hypothèse non établie que le consommateur va acheter l'un ou l'autre des deux guides en cause, et non les deux. 485. AH a soutenu qu'il y avait lieu de considérer un sous-marché des best-sellers. Elle s'est fondée essentiellement sur la pratique de la COMCO concernant d'autres biens ayant des caractéristiques culturelles⁵⁵³ et sur le fait qu'au niveau retail, il conviendrait d'admettre des élasticité-prix différentes pour les best-sellers. En matière de livres, plusieurs autres autorités étrangères de la concurrence n'ont pas jugé nécessaire d'opérer une telle sous-division du marché. Elles ont relevé notamment qu'il n'était pas satisfaisant de se déterminer sur la nature d'un best-seller – À partir de quand un livre est-il un best-seller ? Pour combien de temps ? etc. Les auditions menées par la COMCO ont permis également de constater qu'il y a une grande différence dans la perception de ce qu'est un best-seller selon les parties à la procédure, tant les critères utilisés pour mesurer et juger les ventes diffèrent entre les acteurs.⁵⁵⁴ Dans ces conditions, la « catégorie des best-sellers » ne permet pas de fonder un marché de référence utile à l'analyse. Par conséquent, une telle distinction au niveau du marché pertinent n'est pas opportune, ce qui n'empêche pas que le phénomène des best-sellers soit considéré à d'autres stades de l'analyse. 486.

Servidis/Transat ont considéré qu'une division en sous-marchés était nécessaire en raison de l'hétérogénéité du marché, mais n'en ont tiré aucune conclusion dans l'analyse. Elles ont semblé au surplus considérer que dans la littérature chaque titre serait un marché en soi, aucun titre n'étant substituable à un autre. Cette conclusion est erronée. Chaque titre ne constitue pas un marché de référence en soi au sens du droit de la concurrence. En effet, malgré la différenciation extrême propre au contenu du produit, il y a lieu de constater que la distribution des livres intervient de manière homogène indépendamment du contenu du titre. En d'autres mots, tous les livres considérés ont en commun le fait qu'ils sont des imprimés. La COMCO, suivie par le TF sur ce point, avait déjà constaté cet élément dans l'affaire Sammelrevers.⁵⁵⁵ A cette occasion, la demande prise en compte était celle des consommateurs finaux. Le raisonnement vaut a fortiori pour le marché wholesale. 487.

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

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 107

488. Les autres parties à la procédure n'ont pas contesté qu'une distinction en sous-marchés correspondant aux grandes catégories de livres était superflue en l'espèce. 489. Ainsi, il n'y a pas lieu de diviser le marché de référence en sous-marchés selon les grandes catégories de livres, ni selon les best-sellers, ni de considérer que chaque livre constitue un marché pour lui-même. Cela n'empêche pas que l'influence sur la concurrence des phénomènes à l'origine des contestations des parties à ce niveau soit traitée plus loin dans l'analyse, notamment au niveau de l'examen de la concurrence intermarques, dans la mesure où certains diffuseurs-distributeurs ont développé des arguments correspondants.⁵⁵⁷ 490. Erreur méthodologique – Finalement, selon Dargaud, il aurait convenu de déterminer le produit uniquement selon la demande des consommateurs finaux, sous peine de commettre une erreur méthodologique.⁵⁵⁸ Elle a fondé son argument sur la pratique de la COMCO dans les affaires Nikon et BMW, en cela qu'il est recouru au concept de la demande dérivée des consommateurs – « abgeleitete Nachfrage ».⁵⁵⁹ 491. Les préférences des consommateurs finaux sont un élément important dans les décisions d'achat des détaillants. C'est ce qui explique pourquoi les décisions citées, mais également la présente décision accordent une importance particulière à ces préférences. Des constatations semblables ont mené la COMCO à se fonder sur les préférences des consommateurs finaux comme point de départ pour définir la dimension produit du – ou des – marché de référence dans le cadre d'accords ATD constatés dans d'autres industries.⁵⁶⁰ Ne joue cependant aucun rôle, l'ordre dans lequel les marchés sont définis. En l'espèce, le niveau wholesale est directement affecté par les clauses ATD. Partant, il est le marché de référence (principal). Pour le définir, il est tenu compte de la demande dérivée des consommateurs finaux mais également d'autres éléments, dont certains ne sont d'ailleurs pas pertinents pour le niveau retail. De plus, les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché retail et la demande des consommateurs finaux sont également considérées à un stade ultérieur de l'analyse.⁵⁶¹ De cette manière, il est tenu compte adéquatement du marché final en l'espèce. Niveaux de marché wholesale et retail 492. Les comportements d'achat des détaillants et des consommateurs, s'ils peuvent notamment au

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

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 108

493. La caractéristique du prix d'un produit est essentielle dans la définition du marché telle qu'elle est prévue par l'art. 11 OCCE.⁵⁶³ Le prix d'achat pour un même produit est en soi différent entre les deux échelons de marché. En effet, pour un même livre, le consommateur et le détaillant ne seront pas prêts à payer le même montant, car le dernier ne vise pas – ou pas seulement – la lecture de ce livre, mais également sa revente afin de dégager un revenu de son activité. De même, un lecteur ne consomme en général qu'un seul exemplaire d'un titre, alors que le libraire acquiert un même titre en plusieurs exemplaires afin d'être en mesure de revendre ce titre à plusieurs consommateurs finaux distincts. Les questions du nombre d'exemplaires à commander en fonction de la place physique à disposition du détaillant et du risque de supporter des coûts (supplémentaires) de transport en cas d'exercice du droit de retour ne sont pas négligeables pour le détaillant et font partie des réflexions commandées par son activité commerciale habituelle. Le consommateur final n'a pas à se préoccuper de ces questions, ou, à tout le moins, pas selon les mêmes contraintes. Il y a donc lieu de distinguer deux niveaux de marché, wholesale et retail pour tenir compte de manière adéquate des caractéristiques différentes de la demande des détaillants et des consommateurs finaux. 494. Aucune des parties n'a remis en cause sur le fond la distinction entre les échelons wholesale et retail des marchés de la vente de livres, exception faite de la critique d'ordre terminologique de Servidis/Transat (anglicisme) et d'un problème de compréhension éventuellement soulevé par l'expertise Gugler concernant le lien fait par le Secrétariat dans sa proposition avec la décision Lagardère de la Commission européenne. Pour cette dernière critique, il convient de relever que les mandataires de Dargaud ont constaté expressément que la scission en deux niveaux – wholesale et retail – « est conforme à la jurisprudence européenne et n'est pas remise en cause par Dargaud (Suisse) SA.⁵⁶⁴ » Dans la mesure où ce sont les mêmes mandataires qui ont défendu les intérêts de Flammarion, on peut raisonnablement partir de l'hypothèse que l'expertise Gugler, fournie par Flammarion et par E5F, se basait également sur cette scission en deux niveaux de l'analyse, malgré la critique apparente de l'expertise Gugler sur ce point.⁵⁶⁵ D'ailleurs, l'expertise Gugler a distingué par la suite fréquemment ses arguments selon qu'ils portaient sur le niveau wholesale ou retail. 495. Les parties ont

contesté cependant les partenaires de l'échange qu'il convient de considérer du côté de l'offre (en particulier) et de la demande, tant au niveau wholesale que retail. 496. La demande wholesale et retail, puis l'offre wholesale et retail sont considérées. Demande wholesale 497. La demande au niveau wholesale est composée des détaillants. Ils englobent principalement les librairies et les autres détaillants actifs dans la vente de livres aux consommateurs finaux, ce qui inclut implicitement les magasins spécialisés que Dargaud a soulevés.⁵⁶⁶ 498. Le modèle d'affaires des détaillants dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres, mais plus globalement la vente au détail, c'est-à-dire les grandes surfaces, n'est pas directement comparable à celui des libraires. En effet, ces entreprises ne sont pas systématiquement en mesure de proposer aux consommateurs finaux la commande des ouvrages désirés si ceux-ci ne se trouvent pas en rayon ou ne font pas partie de l'assortiment.⁵⁶⁷ Coop, Naville et la Poste notamment fonctionnent en outre selon le modèle

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 109

du rackjobbing, qui prévoit la délégation du choix des produits, en l'occurrence des livres, qu'il s'agit de présenter dans un rayon de taille définie à une entreprise tierce, disposant du savoir-faire en la matière.⁵⁶⁸ Ces entreprises sont cependant actives dans la revente de livres et, partant, font partie intégrante de la demande du marché wholesale. Il y a lieu de les considérer dans le marché de référence. 499. Catégories de revendeurs – Selon l'expertise Gugler, la demande au niveau wholesale aurait dû être déterminée en tenant compte des catégories de détaillants. L'expertise n'en a cependant tiré aucune conclusion dans la suite de l'analyse. Aucune autre partie n'a considéré qu'une distinction par catégorie de revendeur serait pertinente. 500. Dans la décision Lagardère, la Commission européenne s'est intéressée aux différences entre les types de détaillants pour la définition des marchés en cause. Elle a constaté que les activités de diffusion et de distribution variaient considérablement selon le type de détaillant. Les détaillants sont classés selon différents niveaux en fonction de leur chiffre d'affaires, du nombre de références qu'ils peuvent offrir, de leur surface commerciale réservée aux livres et de leur degré de spécialisation.⁵⁶⁹ Etant donné les différences des conditions de concurrence pour les différents types de détaillants, la Commission européenne a ainsi considéré qu'une subdivision par niveau de détaillant serait pertinente. Elle a toutefois laissé la question ouverte, dans la mesure où telle distinction n'aurait pas eu pour effet de modifier le résultat de son analyse.⁵⁷⁰ En Suisse, au niveau des services, il ne semble pas que les différences de traitement opérées par les diffuseurs concernant les catégories de détaillants requiert l'analyse de sous-marchés distincts. Les accords examinés sont indépendants du type de détaillant. 501. En l'espèce, il n'apparaît pas nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux types de détaillants, la question peut cependant rester ouverte car elle n'est pas déterminante en l'espèce. Demande retail La demande au niveau retail est composée par les consommateurs finaux, ce qui n'est pas remis en question par les parties à la procédure. Offre wholesale 502. Du côté de l'offre, les partenaires de l'échange ont essentiellement été les diffuseurs-distributeurs en Suisse durant la période visée par l'enquête.⁵⁷¹ Au vu des prestations comparables qu'ils offrent notamment aux libraires français, les diffuseurs-distributeurs français sont également à ranger du côté de l'offre. Au-delà des diffuseurs-distributeurs suisses et

français, plusieurs parties ont fait valoir que d'autres entreprises devraient également être considérées du côté de l'offre au niveau wholesale. Ce sont les grossistes, les coursiers, les entreprises présentes sur internet et les libraires français. Le rôle de chacun de ces types d'entreprises est analysé. Avant cela, il convient cependant de traiter la critique principale-

568 Cf. A 551, 4 ; A 527, 2. 569 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 36. Quatre catégories résultent de ce classement – les détaillants de niveau 1, de niveau 2, les grossistes et les hypermarchés. Les premiers obtiennent un large éventail de prestations, alors que les derniers se contentent du service minimal ; la gamme d'ouvrages diffusés et les taux moyens de remise diffèrent également selon le niveau des détaillants. 570 décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 176 à 187, 355. 571 Cf. B.4.2.4, 134 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 110

ment émise par Diffulivre, concernant le fait de considérer les diffuseurs comme des partenaires de l'échange. 503. Diffuseurs comme partenaires de l'échange – Diffulivre a constaté que la Commission européenne n'avait pas considéré les diffuseurs-distributeurs en tant que tels mais plutôt les éditeurs et leurs partenaires les diffuseurs-distributeurs, formant un tout, malgré leur relation contractuelle basée sur la prestation de service, comme partenaire de l'échange des détaillants. Elle n'a cependant tiré aucune conclusion de cet argument dans la suite de son analyse de la concurrence. D'ailleurs, la distinction wholesale et retail a été reprise sans autre par l'expertise CRA qu'elle a fournie. 572 504. Admettant la relation particulière entre les éditeurs et les diffuseurs-distributeurs, la Commission européenne a essentiellement fondé son analyse dans la décision Lagardère sur deux niveaux de demande, soit celle constituée par les détaillants et celle constituée par les consommateurs finaux, 573 conceptuellement les mêmes que dans la présente décision. Plus avant elle a précisé : « La vente de livres s'effectue à plusieurs niveaux de la chaîne du livre. Dans un premier temps, il existe une relation commerciale entre les éditeurs et leurs clients détaillants, qui s'articule autour d'un prix, la remise accordée au revendeur. Dans un second temps, le livre fait l'objet d'une transaction commerciale distincte de la première qui se déroule entre les détaillants et le consommateur final, c'est-à-dire le lecteur. Lorsque le client revendeur est un grossiste et non un détaillant, une relation commerciale intermédiaire supplémentaire prend place entre ce grossiste et les détaillants de petite taille. 574 » On peut par ailleurs relever que Servidis/Transat ont constaté à tort que le seul marché de gros considéré par la Commission européenne dans l'affaire Lagardère serait la vente par les grossistes aux détaillants. 575 505. L'analyse de la Commission est adaptée sur mesure à la décision Lagardère. Les spécificités de la demande wholesale identifiées dans la présente procédure commandent cependant de considérer les diffuseurs-distributeurs comme les partenaires de l'échange, et non les éditeurs, pour la plupart situés en France. En effet, dans la perspective des détaillants en Suisse, les diffuseurs-distributeurs sont l'interlocuteur direct. En particulier, c'est avec eux que les remises sont en principe négociées, et non avec les éditeurs français. De plus, si l'importance des diffuseurs-distributeurs (français) et leur influence au niveau de la politique commerciale de l'éditeur sont considérées comme (très) fortes par la Commission européenne, 576 leur influence en Suisse sur la politique commerciale est encore plus grande. Plus proches du marché, ils jouent un rôle considérable en pratique et déterminent la table. Au surplus, on constatera que les diffuseurs-distributeurs suisses comme les grossistes en France, sont approvisionnés par les

diffuseurs-distributeurs français. En d'autres mots, en Suisse, il y a systématiquement une relation commerciale supplémentaire pour les livres écoulés sur le territoire national durant la période visée par l'enquête. Or, dans l'analyse de la Commission européenne, la relation d'intermédiaire assumée par les grossistes a justifié de les considérer comme des partenaires de l'échange.⁵⁷⁷

572 A 693a, annexe 1 (expertise CRA), 1 ss. 573 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 174. 574 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 159. 575 A 672, 40. 576 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 124. 577 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 278 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 111

506. Dans la suite de son analyse, Diffulivre elle-même a partagé l'opinion que du point de vue de la demande, ce sont les diffuseurs-distributeurs qui intervenaient du côté de l'offre, notamment lorsqu'elle a soutenu, à plusieurs reprises, que les diffuseurs-distributeurs français auraient pu être, à côté des diffuseurs-distributeurs suisses notamment, des partenaires de distribution des détaillants suisses.⁵⁷⁸ 507. En Suisse, le rôle des diffuseurs-distributeurs est encore plus important que dans la situation à la base de l'analyse de la décision Lagardère. Au-delà de Diffulivre aucune partie n'a mis en cause que les diffuseurs-distributeurs sont les partenaires de l'échange des détaillants considérés. Ce sont donc eux qu'il s'agit de considérer comme partenaires de l'échange du côté de l'offre au niveau wholesale. Au surplus, il peut être renvoyé aux considérants dédiés à l'indépendance des diffuseurs-distributeurs suisses.⁵⁷⁹ 508. Diffuseurs en France – Les parties n'ont pas remis en cause que les diffuseurs-distributeurs en France font partie de l'offre. Interforum a précisé même que « sur le marché wholesale Amazon est un des trois plus grand[s] clients d'Interforum France ». ⁵⁸⁰ Diffulivre est revenue à plusieurs reprises sur la possibilité prétendument offerte par Hachette Livre.⁵⁸¹ Flammarion l'a également reconnu.⁵⁸² 509. Grossistes – Selon Diffulivre, OLF et Interforum, les grossistes devraient être considérés du côté de l'offre sur le marché wholesale. Diffulivre a souligné dans sa prise de position le rôle et l'importance des grossistes sur le marché wholesale.⁵⁸³ Selon elle, le canal des grossistes serait substituable à celui des diffuseurs ; les services d'un niveau différent que ceux offerts par les diffuseurs-distributeurs ne seraient pas un critère pour les exclure du marché de référence wholesale dans la perspective d'une délimitation des marchés fondée sur la vente de livres et le caractère incomplet de leur assortiment ne les distinguerait pas des autres diffuseurs-distributeurs puisque la distribution est caractérisée par des rapports d'exclusivité. Plus avant, elle a remis en cause la pertinence des données statistiques de l'étude Ipsos Culture de mars 2007.⁵⁸⁴ Ces données ne permettraient pas de conclure à ce que l'importance des grossistes soit faible pour les détaillants suisses.⁵⁸⁵ 510. Les arguments qui ont été avancés par Diffulivre concernant l'assortiment et la qualité de services sont pertinents. Il est correct d'affirmer qu'aucun diffuseur-distributeur dans un système d'exclusivité généralisé tel qu'il a cours dans la branche du livre ne dispose d'un assortiment complet. Les différences au niveau du service ne doivent pas non plus mener à une définition trop étroite du marché de la vente. Dans ces circonstances, les grossistes doivent être intégrés au marché de référence. L'importance réelle qu'ils ont joué sur le marché sera considérée au niveau de l'analyse des concurrences intramarque et intermarques. 511.

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

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 112

reposant essentiellement sur des achats à travers des librairies françaises. On peut cependant se demander si les libraires français constituent un partenaire de l'échange au niveau wholesale uniquement en raison de l'ampleur du potentiel d'arbitrage et des restrictions au cœur de la présente enquête. La question de savoir si ces libraires font partie de l'offre au niveau wholesale peut rester ouverte. 512. Commerce électronique du livre imprimé (en particulier Amazon) – Pour éviter toute redondance et proposer un exposé clair, le rôle du commerce électronique sur le niveau wholesale est traité à la suite de l'analyse concernant son importance au niveau retail. En effet, toutes les parties qui ont prétendu que le commerce électronique avait eu une influence durant la période de référence au niveau wholesale ont également invoqué que cela avait été, a fortiori le cas au niveau retail. 513. L'analyse qui suit permet de retenir que le commerce électronique du livre n'est pas un partenaire de l'échange substituable de l'offre wholesale. Offre retail 514. L'offre retail est principalement constituée par les détaillants, lesquels ont acquis les livres des partenaires de l'échange de l'offre wholesale. 515. Flammarion a exposé que les grandes surfaces auraient dû être considérées du côté de l'offre au niveau retail. 586 Il ne s'agit là pas d'une critique, mais d'une erreur, puisque les grandes surfaces sont considérées – et l'ont déjà été dans la proposition du Secrétariat – du côté de l'offre sur le marché retail. 516. Sont exclus du marché de référence retail, les clubs de vente par correspondance. Cela concerne notamment l'entreprise France Loisirs dont le modèle économique se base sur le principe d'un engagement dans un club. Les membres sont obligés de commander un nombre minimal de livres par année, à défaut de payer la sélection du trimestre, composée d'un ou de deux livres recommandés par le comité de lecture du Club France Loisirs Suisse. 587 Aucune partie n'a remis en cause l'exclusion du Club France Loisirs Suisse du marché de référence. 517. Commerce électronique de livres imprimés – La principale critique de nombreuses parties – Diffulivre, Servidis/Transat, Dargaud, Interforum, E5F et Flammarion (expertise Gugler), OLF, AH et AIG (au moins implicitement) – a concerné l'absence de prise en compte au niveau de l'offre retail des entreprises actives par l'intermédiaire d'internet, dont Amazon est la plus connue. La plupart des parties n'a pas motivé en détail ce point. Certaines parties, en particulier Diffulivre ainsi qu'E5F et Flammarion par l'intermédiaire de l'expertise Gugler, ont en revanche avancé plusieurs éléments pour soutenir la thèse. 518. Pratique à l'étranger – L'expertise Gugler a relevé expressément que l'OFT n'a pas considéré le commerce électronique comme un substitut du commerce stationnaire dans une décision de concentration du 26 octobre 2011. 588 Selon l'OFT, qui a fondé sa décision sur la base de nombreuses prises de position de tiers, deux études économiques livrées par les parties en cause (BML Survey et ICM Survey), une étude économique livrée par un tiers et construite sur la méthode du SSNIP test, 589 la vente de

livres imprimés par le commerce électronique est un marché de référence différent que la vente de livres imprimés dans des

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 113

« magasins physiques » – « physical stores » ou « bricks and mortar retailers ».590 On rappelle que la définition du marché relevant est un exercice prospectif dans l'analyse d'une concentration. On relèvera que l'OFT semble être la seule autorité à ce jour à avoir mené une analyse dans la branche du livre sur l'opportunité de considérer un marché séparé du commerce électronique par rapport au commerce stationnaire. Comme l'expertise Gugler l'a constaté, les décisions de la Commission européenne, de l'Autorité française de la concurrence (en 2012) mais aussi de l'autorité allemande Bundeskartellamt ont toutes laissé la question ouverte, dans la mesure où cela ne modifiait pas les conclusions des décisions correspondantes.591 519. Dans la décision Lagardère, la Commission européenne avait également laissé la question ouverte. Selon Dargaud et Servidis/Transat, les références à la décision Lagardère sont peu pertinentes, étant donné la date à laquelle a été adoptée celle-ci.592 On a vu que de nombreuses décisions récentes sont parvenues à la même conclusion que la Commission européenne. Il convient de garder à l'esprit que la décision Lagardère est une décision de concentration et que la délimitation du marché relevant y est par définition prospective, laquelle s'inscrit dans un horizon temporel en principe de deux à trois ans. Dans la mesure où la décision a été arrêtée en 2004, elle ne pourrait pas être écartée sous ce seul prétexte. 520. Plusieurs détaillants (physiques) ont déclaré qu'ils considéraient les sites tels que Amazon comme de réels concurrents, ce qui supposerait que ceux-ci fassent partie de l'offre au niveau retail. La définition des marchés repose en principe essentiellement sur les perceptions de la demande. Dans ce sens, il serait erroné de considérer comme décisives les indications des détaillants pour déterminer si le commerce électronique doit être inscrit du côté de l'offre. Il n'en reste que les perceptions rapportées par ceux-ci ont une valeur certaine. L'évaluation des questionnaires indique, conformément à ce qu'a prétendu Diffulivre, que la plupart des détaillants – presque trois sur quatre – a considéré que les entreprises actives sur internet étaient des concurrents actuels, en 2011. Au moment d'estimer l'importance du commerce électronique, moins de la moitié des détaillants interrogés n'ont pu être en mesure d'articuler des chiffres. Lorsque des chiffres ont été articulés, il est ressorti que selon les détaillants, l'importance d'Amazon, en 2011 s'établissait en moyenne à environ 10 %. 521. Durant son audition, Jacques Lecomte (Distrilivres) a affirmé que les concurrents de Distrilivres avec l'euro à 1.2 francs, ne sont pas Payot et la FNAC (Suisse), mais Amazon et les librairies qui ouvrent dans la région d'Annemasse, à proximité de la frontière avec la Suisse.593 La portée d'Amazon est estimée par Jean-Marie Lebec (Payot), lors de l'audition du 26 novembre 2012, à 10, 15 % peut-être.594 522. Il y a lieu d'admettre que les détaillants ont considéré en 2011 les entreprises actives sur internet comme des concurrents et qu'ils ont estimé que le poids de la vente de livres par internet a été marginal en 2005 et de l'ordre de 10 à 15 % pour la période 2010-2011. Sans être décisifs, ces éléments sont un indice en faveur de l'inclusion des entreprises actives sur internet du côté de l'offre sur le marché retail. 523. Plusieurs diffuseurs-distributeurs n'étaient pas en mesure de fournir une

estimation de l'importance du commerce électronique de livres en Suisse dans leur réponse au questionnaire du 2 mars 2011. Pour ceux qui ont fait part de leur estimation, les indications sont

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

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 114

proches de celles des détaillants, Interforum et Dargaud indiquant des parts de marché identiques de 10 % (2010) et 12 % (2011), 595 OLF des parts de marché de 10 % (2010) et 15 % (2011). 596 Glénat a indiqué que le commerce électronique pesait 10 % en se référant au sondage M.I.S Trend examiné ci-après. Les autres diffuseurs-distributeurs ne se sont pas prononcés. 524. La portée du sondage M.I.S Trend a été remise en cause par certaines parties. D'une part, Diffulivre a prétendu que selon le sondage M.I.S Trend internet exercerait une présence déjà significative sur le marché retail. D'autre part, Flammarion a considéré que le sondage M.I.S Trend/Hebdo ne serait pas une source suffisante pour baser une constatation et a précisé que « le résultat reflété par cette enquête n'est pas [être] en adéquation avec les habitudes réelles des consommateurs. 597 ». D'autres parties ont simplement soulevé que le sondage n'était pas sérieux, étant donné qu'il a été rapporté par un magazine hebdomadaire. Le fait que le sondage M.I.S Trend/Hebdo ne peindrait pas la réalité n'est pas motivé par Flammarion, qui n'a fourni d'ailleurs aucun élément de fait pour soutenir sa critique. Il n'y a pas lieu d'écarter « par principe » le sondage M.I.S Trend/Hebdo, ni de ne pas le considérer sous prétexte qu'il a été élaboré en collaboration avec un magazine hebdomadaire. 525. Le sondage M.I.S Trend appelle plusieurs commentaires. Les données à la base de l'étude ont été collectées à la fin de l'hiver 2012. 598 Selon l'étude, moins de 10 % des Suisses romands ont le plus souvent acheté des livres par le biais d'internet en 2012. La question posée était la suivante : « Où achetez-vous le plus souvent vos livres ? » 526. Interforum a prétendu que « 10 % sont une part de marché loin d'être négligeable. 599 » La texture ouverte de la question, comme l'a relevé Diffulivre, ne permet pas de conclure à admettre que le chiffre de 10 % correspond à une part de marché. Le chiffre ne concerne que le lieu d'achat le plus utilisé et n'indique aucun volume. Il convient dans tous les cas d'être prudent pour extrapoler des indications en parts de marché à partir de ces données. 527. M.I.S Trend a indiqué que 74,2 % des Suisses romands achetaient le plus souvent leurs livres dans une librairie appartenant à une chaîne ou de type indépendant. Les propositions à choix du sondage éludaient les supermarchés – comme Manor, Migros, Coop – mais aussi d'autres lieux comme les kiosques Naville ou la Poste. Or, comme l'ont relevé de nombreux diffuseurs, il ne peut être fait abstraction de ces canaux. Dans ces circonstances, on ne peut exclure qu'en volume de livres achetés, la prise en compte du poids de ces détaillants tend à se répercuter négativement sur le canal internet, comme sur les autres canaux mentionnés d'ailleurs. 528. La plupart des parties ont souligné la rapidité de la croissance des entreprises actives sur internet. Interforum a dans ce sens précisé que le chiffre de 10 % est d'autant moins négligeable que les parts de marché des entreprises sur internet connaissent une croissance très rapide. 600 Sous l'hypothèse d'un développement rapide, il ne peut être mis en doute dans ces circonstances que le chiffre de 10 % avancé par l'étude, décrivant la situation en

595 A 407, Q. 14. 596 A 404, Q. 14. 597 A 699, 22, n. 63. 598 Le sondage a été mené

auprès de 1010 Suisses romands entre 15 ans et plus représentatifs de la population, du 29

février au 21 mars 2012 ; cf. l'article de L'Hebdo du 25 avril 2012 disponible à l'adresse : http://www.mistrend.ch/articles/SDL_hebdo.pdf (consulté la dernière fois le 31.7.2012) ; cf. également Le Temps du 26.4.2012, disponible à l'adresse : http://www.mistrend.ch/articles/sdl_leTemps.pdf (consulté la dernière fois le 31.7.2012). 599 A 692, 40, N 148. 600 A 692, 40, N 148.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 115

2012, est très probablement supérieur à l'influence réelle du canal en question durant la période de référence, à savoir de 2005 à 2011. Pour rappel, en 2005, la Suisse romande venait juste de passer la barre des 50 % de la population utilisant internet régulièrement et c'est en 2010 que la Suisse romande a dépassé la barre des 60 %.⁶⁰¹ Il est au surplus notoire que procéder à des paiements sur des sites étrangers ne fait pas partie des activités les moins craintes par les utilisateurs internet.⁵²⁹ Le sondage distingue entre les résultats pour les hommes et les femmes. Il ressort du sondage que parmi les catégories « 4 à 10 achats » et « plus de 11 achats » proposées pour répondre à la question « [a]u cours des douze derniers mois, combien de livres avez-vous achetés ? », les femmes surperforment systématiquement les hommes. Cette indication confirme les données collectées par l'UNESCO indiquant que 39 % des femmes contre seulement – ce qui reste cependant élevé en comparaison internationale – 24 % des hommes lisent quotidiennement. Il convient de constater que les femmes génèrent un plus gros volume de commerce de livres que les hommes. Or, cette consommation plus forte de livres par l'un des genres ne retrouve pas son pendant au niveau des achats sur internet. L'achat sur internet n'est l'apanage que de 5,7 % des femmes contre 12 % des hommes, soit plus du double. Selon ces indications, il semble ainsi même plutôt raisonnable d'admettre que la moyenne indiquant que 10 % de la population suisse romande achète en 2012 le plus souvent des livres sur internet est probablement surévaluée et que le volume généré est inférieur à 10 %.⁵³⁰ Dans ces circonstances, il n'est pas possible de déduire du sondage M.I.S Trend que le commerce électronique aurait eu une influence importante sur le marché durant la période d'enquête. Il indique qu'environ 10 % des consommateurs ont effectué le plus souvent, leurs achats de livres par internet. Il s'agit d'un indice selon lequel certains consommateurs finaux considèrent les entreprises actives sur internet au moment d'acheter des livres, mais cet indice ne permet pas d'affirmer que cela a été le cas durant la période visée par l'enquête.⁵³¹ Diffulivre a produit une étude effectuée par Ipsos Suisse SA (ci-après : rapport IPSOS) à sa demande. Ce rapport confirmerait l'importance d'internet pour les consommateurs de Suisse romande, selon Diffulivre. Le rapport Ipsos a été réalisé online, du 14 au 19 septembre 2012 sur un échantillon de 561 individus. Cela signifie que l'étude a été réalisée en dehors de la période d'enquête et sur la base de réponses fournies par des internautes. Pour déterminer l'importance du commerce électronique par rapport au commerce stationnaire pour les consommateurs Suisses romands, le choix d'une étude online est particulièrement peu pertinent. Se basant sur le rapport Ipsos, Diffulivre a souligné que, parmi les Suisses romands ayant acheté des livres par le commerce électronique durant l'année précédant l'étude – essentiellement en 2012 en d'autres mots – 29 % ont déclaré acheter de plus en plus souvent sur internet.⁶⁰² Cette donnée confirme la progression du canal internet. Elle prouve également que durant la période visée par l'enquête l'influence a forcément été inférieure à ce qu'elle peut l'être à ce jour. Comme l'étude M.I.S Trend, le rapport Ipsos constitue un indice selon lequel les consommateurs finaux considèrent les entreprises actives sur internet au moment d'acheter des livres, mais il ne laisse pas tirer de

conclusion déterminante pour la période visée par l'enquête. 532. L'importance d'internet serait également corroborée par des données statistiques françaises que Diffulivre a extrapolé pour juger de la situation en Suisse. Le tableau proposé par Diffulivre indique qu'en France, les ventes de livres par internet sont passées de 5,4 % en 2005 à 10,0 % en 2009. Les chiffres devraient même être supérieurs pour la Suisse étant

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 116

donné le différentiel de prix entre la Suisse et la France.⁶⁰³ Ces données statistiques n'appellent de commentaire particulier si ce n'est qu'elles ne concernent pas la Suisse. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un indice supplémentaire menant à considérer les entreprises actives sur internet du côté de l'offre retail. 533. Diffulivre a exposé que cela serait contraire à la pratique de la COMCO de ne pas considérer les ventes par internet, citant la décision Online-Handel.⁶⁰⁴ S'il est correct de remarquer que la COMCO a considéré le canal internet dans ladite décision, la définition du marché de référence reste un exercice devant être effectué au cas par cas et dépendant exclusivement des circonstances de la branche concernée. On ne saurait extrapoler des constatations faites en matière de ventes de machines à laver, des éléments déterminants pour apprécier la substituabilité de la demande de livres de la part des consommateurs finaux, seul pertinente en l'espèce. 534. L'expertise Gugler datant du 19 octobre 2012 a mentionné au demeurant, en se basant sur plusieurs sources que « [d]ans de nombreux pays, on observe une augmentation de la part de marché détenue par le [commerce électronique de livres]⁶⁰⁵ dont la substituabilité au commerce stationnaire tend à s'affirmer.⁶⁰⁶ » En observant que la substituabilité « tend à s'affirmer » à l'automne 2012, l'expertise Gugler constate ainsi que cette substituabilité est en progression et, précisément, qu'elle n'est pas encore – puisqu'elle « tend » – affirmée en automne 2012. Dans ce contexte, une lecture précise de l'expertise Gugler confirme également que le commerce électronique de livres n'a certainement pas constitué une option de substitution durant la période de référence, laquelle s'étend de 2005 à 2011. 535.

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

603 A 693a, 37. 604 Cf. DPC 2011/3, 372 ss, Online-Handel. 605 Le texte original indique « commerce de livres électroniques », mais il convient d'admettre qu'il s'agit d'une confusion de l'auteur. Une portée limitée aux livres électroniques du propos tenu se- rait dans tous les cas moins favorable aux mandantes de l'expertise Gugler que l'interprétation re- tenue dans la présente décision. 606 A 736, annexe 1 (expertise Gugler), 8. 607 A 699, 20, N 88. 608 Cf. B.4.2.1.2, N 478 ss. 609 L'abréviation n'est pas précisé dans l'étude, il semble que cette indication regroupe les chaînes de librairies/grandes surface culturelles si l'on se réfère à la prise de position de Diffulivre, A 693a, 36. 610 A 693a, annexe 2 (rapport Ispos), 52.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 117

n'est pas sans rappeler l'analyse des autorités américaines dans l'affaire *United States v EI du Pont de Nemour and Co* dont la doctrine a déduit l'erreur dite de la « Cellophane Fallacy ».611 Dans sa prise de position, Interforum a relevé qu'il y a « sûrement des clients qui, par principe, préféreraient la librairie [physique] aux offreurs sur internet.612 » Distrilivres a préci- sé que c'est « l'euro à 1,2 » qui mène à ce que ses concurrents ne soient plus Payot ou la Fnac, mais bien Amazon et les librairies transfrontalières.613 Les constatations du rapport Ip- sos et d'Interforum ne permettent pas d'écarter l'option d'une substituabilité uniquement due à la (forte) différence de prix actuelle entre le commerce électronique et stationnaire. 536. Au vu de ce qui précède, force est de constater que le commerce électronique de livres imprimés connaît un développement non négligeable dans la branche du livre en Suisse. Sur la période visée par l'enquête, il s'est avéré qu'il n'a joué qu'une portée marginale en 2005 et que sa portée avait progressé pour représenter, en 2011, un poids de 10 % de l'achat des livres en Suisse romande par des consommateurs finaux. La plupart des acteurs ont consta- té une progression rapide de ce canal de distribution. Cette indication laisse conclure à ce que le commerce électronique n'a pas joué un rôle important durant la période visée par l'enquête. De plus, au même titre que la pénétration du commerce électronique dans les ha- bitudes de consommation, l'appréciation du franc semble avoir joué un rôle déterminant dans la progression des sites en ligne. Cette indication ne permet pas d'exclure qu'il conviendrait, comme l'a fait l'OFT et l'a relevé l'expertise Gugler, de distinguer entre un marché du com- merce stationnaire et un marché du commerce électronique de livres. D'ailleurs, le fait que malgré la différence de prix conséquente entre un même livre obtenu sur internet ou en li- brairie, fait relevé par tous les diffuseurs-distributeurs, en particulier durant les années 2009 à 2011, il n'y a pas eu de déplacement de la demande conséquent vers le commerce élec- tronique est un indice important dans le sens d'une constatation de deux marchés distincts. Pour la présente enquête, la question de savoir si ces entreprises font partie de l'offre substi- tuable au niveau retail pour la période visée par l'enquête peut rester ouverte. Cependant il conviendra d'examiner l'influence du commerce électronique au moment de l'analyse d'éventuelles pressions concurrentielles émanant des entreprises actives sur internet sur les diffuseurs-distributeurs.614 Commerce électronique de livres imprimés (wholesale) 537. Selon Diffulivre, Servidis/Transat, Interforum, E5F et Flammarion (expertise Gugler), OLF, AH et AIG (pour ces deux entreprises, au moins implicitement), les entreprises qui vendent des livres sur internet doivent être considérées du côté de l'offre également sur le marché wholesale. Elles se sont fondées notamment sur les réponses de certains détaillants durant l'enquête. En revanche, OLF a indiqué durant l'enquête que « le canal internet est au-

611 WHISH/BAILEY (n. 62), 32-33. Dans cette affaire, certains produits ont été considérés comme des substituts alors qu'il n'en étaient probablement pas, et ce uniquement du fait que l'entreprise en cause avait déjà élevé les prix de son produit à un niveau supra compétitif. On notera que le SSNIP test a été développé aux Etats-Unis pour examiner les opérations de concentration, c'est-à-dire dans un contexte où une restriction de concurrence n'est pas présumée par l'analyse juridique. L'UE a étendu la portée de ce test aux analyses de restrictions à la concurrence – à savoir les art. 105 et 106 TFUE – mais adopte expressément une approche prudente à cet égard et se garde de fonder la définition des marchés de référence uniquement sur ces critères, cf. Notice sur la définition du marché de l'UE. 612 A 692, 40, N 147. 613 A 886, 3, L 321 ss. 614 Cf. B.4.2.4, 134 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 118

jour d'hui destiné au consommateur final.⁶¹⁵ Plusieurs parties se sont référées à la réponse suivante de 2011 de la librairie Ex Nihilo : « J'achète souvent sur Amazon.fr. Les livres sont vendus au change réel, hors TVA française, les frais de port sont offerts. Ils sont donc entre 20 et 30 % moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur Amazon des livres au prix où les libraires les achètent aux diffuseurs.⁶¹⁶ » 538. La même librairie a fait en 2008, ce qu'a relevé Diffulivre également,⁶¹⁷ la remarque suivante : « Quand un diffuseur suisse peine trop pour obtenir un livre, nous pouvons être amenés à les commander auprès des marchands sur internet mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant.⁶¹⁸ » 539. Il ne peut être interprété des deux affirmations de la librairie Ex Nihilo que les entreprises présentes sur internet ont constitué durant la période visée par l'enquête et même par après, une alternative d'approvisionnement. La librairie a abordé la question du prix. Un approvisionnement par Amazon ne permet pas au libraire de retirer une marge suffisante pour son activité. Les prix sur Amazon sont les mêmes que peut obtenir tout un chacun utilisant ce canal. Cela renforce la thèse selon laquelle le canal internet peut représenter, au mieux un dépannage pour une librairie qui souhaite garantir un service à certains clients préconisant le commerce stationnaire par rapport au commerce électronique. Dans ce sens, les autres détaillants qui ont entrepris de se fournir par internet, cités par Diffulivre à l'appui de cet argument, ont indiqué que la commande par internet s'inscrivait au même niveau que de profiter d'un séjour en France pour acheter des livres ou qu'elle était utilisée lorsqu'un diffuseur exclusif pour la Suisse n'avait pas été prévu ou pour des recherches concernant de petits éditeurs méconnus.⁶¹⁹ Les indications de Payot lors de son audition ont confirmé cet état de chose.⁶²⁰ 540. De manière générale, le fait que plusieurs détaillants ont indiqué que les entreprises actives sur internet étaient devenues des concurrentes permet également d'exclure le commerce électronique de l'offre wholesale. 541. Ainsi, les démarches ont été exécutées dans des situations particulières, ponctuelles, et elles ne sauraient mener à la conclusion que les entreprises actives sur internet constituent une alternative d'approvisionnement. Le commerce électronique, c'est-à-dire l'ensemble des entreprises dont le modèle repose sur des commandes par internet, n'est pas un partenaire de l'échange substituable de l'offre wholesale. B.4.2.1.3 Dimension géographique 542. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits. Les critères définis dans cette disposition sont applicables dans les procédures de concentration d'entreprises et sont appliqués par analogie de manière constante par la COMCO dans les

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 119

procédures fondées sur l'art. 5 al. 4 LCart, également au niveau de la dimension géographique du marché de référence.⁶²¹ 543. Dans la mesure où les règles concernant le traitement des accords verticaux en Suisse doivent se lire en symbiose avec le droit de l'UE correspondant, il convient de remarquer que ce dernier admet qu'en cas d'accord visant une restriction du jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun – le principal cas visé est celui de la restriction des importations parallèles –, la définition de la dimension géographique est superflue. Cette pratique a été confirmée par la CJCE et n'est guère remise en cause en pratique.⁶²² Ainsi, dans l'UE, lorsque des accords ATD sont constatés, la dimension géographique du marché n'est en principe pas examinée. *wholesale* 544. Les partenaires potentiels de l'échange se trouvent tant en France qu'en Suisse. La dimension géographique du marché relevant *wholesale* est la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, ce que les diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté.⁶²³ *retail* 545. La demande des consommateurs finaux pour les produits en cause s'inscrit dans un contexte local. L'analyse de la dimension géographique en l'espèce ne se distingue pas fondamentalement des analyses menées dans le secteur de la vente de détail, notamment alimentaire. Dans ces situations, la pratique décisionnelle de la COMCO a constaté à plusieurs reprises une demande locale.⁶²⁴ 546. Une demande locale peut mener à la définition d'un marché relevant plus large, soit régional voire national. C'est le cas lorsqu'une chaîne de substitution peut être constatée ou que certains éléments relevant du fonctionnement du marché peuvent s'observer sur une région plus vaste.⁶²⁵ La Commission européenne s'est basée sur un raisonnement comparable pour la branche du livre au niveau *retail* dans la décision *Lagardère*.⁶²⁶ 547. Certains diffuseurs-distributeurs ont considéré que la dimension géographique du marché *retail* est supranationale. Ils se sont en particulier fondés sur les ventes par internet, mais aussi sur le commerce stationnaire transfrontalier. Selon l'expertise *Gugler*, la dimension géographique nationale du marché *retail* considérée dans la proposition du Secrétariat ne sert qu'à conforter la thèse du cloisonnement du « marché suisse ».⁶²⁷

621 Décision de la COMCO du 28.11.2011 en l'affaire *Nikon*, 83 s., N 382 s., (publication prévue in DPC) ; DPC 2010/1, 89 s., N 201 s., *Gaba* ; DPC 2010/4, 673 s., N 190 s., *Hors-liste* ; DPC 2009/2, 147 s., N 51 s., *Felco*. 622 Le point est expressément explicité dans la version non-confidentielle de la décision de la Commission des Communautés européennes du 5.10.2005 en l'affaire *Peugeot*, N 12, 9, accessible à : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36820/36820_192_1.pdf (dernière consultation le 11 juin 2013). Le TPI s'est prononcé dans l'affaire *Volkswagen* sur ce point, cf. *Volkswagen c. Commission*, T-62/98, Rec. II-2713, points 230-232. Le recours de *Volkswagen* devant la CJCE n'a plus contesté ce point. 623 Cf. en particulier A 693a, 29 N 73 ; A 692, 39, N 144. 624 DPC 2010/4, 673 N 192, *Hors-liste* ; DPC 2008/1, 156 s., N 235 s., *Migros/Denner*. 625 DPC 2010/4, 673 N 194, *Hors-liste*. 626 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* (n. 503), points 399 ss. 627 A 736, annexe 1 (expertise *Gugler*), 11.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 120

548. En l'espèce, les conditions du marché au niveau retail devraient permettre de considérer un marché national, non seulement en raison de l'extension de la dimension locale grâce aux chaînes de substitution, mais aussi par les politiques de prix de référence uniformes pour toute la Suisse et les coûts uniformes (envois postaux notamment). 549. Les seuls arguments invoqués dans le sens d'une définition plus large se sont basés sur l'hypothèse que le commerce électronique faisait partie de l'offre au niveau retail. L'analyse de la dimension produit a laissé ouverte la question de savoir si le commerce électronique faisait partie du marché de référence, sous réserve d'une considération de leur influence sur le marché dans l'analyse de concurrence subséquente. Sous les mêmes réserves, la définition d'un marché supranational au niveau retail peut rester ouverte. 550. La détermination de la dimension géographique du marché relevant au niveau retail correspond à la région francophone nationale. L'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devra cependant être considérée dans l'analyse de la concurrence subséquente. B.4.2.1.4 Autres marchés de la branche du livre 551. À côté des marchés de la vente, marchés de référence de la présente enquête, la branche du livre présente d'autres marchés, notamment les marchés des services de diffusion et les marchés des services de distribution. En effet, comme l'a constaté la Commission européenne en 2005, « [à] la différence de nombreux secteurs, la commercialisation des livres n'est pas toujours intégrée aux activités propres des éditeurs, mais est souvent sous-traitée à des diffuseurs-distributeurs, qui réalisent ces fonctions de commercialisation pour le compte de tiers.⁶²⁸ » Dans cette affaire, la Commission européenne a dû analyser les marchés des services de diffusion et de distribution⁶²⁹, mais également les marchés des droits,⁶³⁰ au-delà des marchés de la vente de livres.⁶³¹ 552. Diffulivre a mentionné l'option de considérer des marchés des services distincts des marchés de la vente de livres francophones, car il n'y aurait pas de véritable relation commerciale entre les diffuseurs-distributeurs et les revendeurs. 632 Diffulivre a rappelé que la Commission européenne avait considéré le diffuseur comme un partenaire de l'éditeur.⁶³³ Selon E5F, l'importance des services offerts par les diffuseurs aux éditeurs ne serait pas considérée à suffisance dans la proposition,⁶³⁴ critique émise également par Interforum.⁶³⁵ E5F a indiqué à ce sujet que les diffuseurs achetaient les livres aux éditeurs français, qu'ils prenaient en charge l'ensemble des coûts commerciaux, qu'ils assumaient les frais d'importation, qu'ils payaient notamment le dédouanement et les frais de transport aller et retour (des invendus), qu'ils prenaient également en charge les coûts de distribution, soit notamment les coûts de logistique (emballage), de facturation et finalement, qu'ils assuraient le re-

628 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 115. 629 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 115 ss. 630 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 65 ss. 631 Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), points 159 ss. 632 A 693a 17 ss, N 28 ss, en particulier, 18, N 33. 633 A 693a, 19, N 37 ; Décision de la Commission européenne du 7.1.2004, COMP/M.2978, Lagardère/Natexis/VUP (n. 503), point 121. 634 A 736 N 110. 635 A 672 31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 121

couvrement auprès des libraires.⁶³⁶ E5F s'est limitée à constater ces éléments et n'a pas précisé plus avant de quelle manière cette relation devrait se répercuter sur la définition du

marché relevant, ni sur l'analyse de la concurrence d'ailleurs.⁶³⁷ 553. La décision Lagardère de la Commission européenne ne saurait être interprétée comme imposant le choix de considérer soit des marchés de services, soit des marchés de vente comme a semblé l'invoquer Diffulivre. Ces marchés sont distincts et coexistent. L'énumération des tâches par E5F à l'appui de son argument confirme si nécessaire que les relations entre les diffuseurs-distributeurs et les éditeurs contiennent plusieurs facettes. Sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution, les éditeurs interviennent du côté de la demande. En résumé, ils déterminent le partenaire commercial qui sera le plus à même respectivement de mettre en valeur leur production éditoriale au mieux (services de diffusion) et de gérer la logistique (services de distribution), ces deux tâches pouvant être attribuées à la même entreprise. Sur les marchés de la vente, ils interviennent non pas en tant que demandeur, mais en tant qu'offreur, puisqu'ils sont à l'origine de la production éditoriale. C'est dans ce cadre qu'ils sont étroitement liés aux diffuseurs-distributeurs et que la Commission européenne a jugé pertinent, dans la définition des marchés de référence de la vente, de les considérer ensemble. En effet, le point de départ de toute définition du marché de référence est la demande, laquelle se répartit en deux niveaux distincts : l'approvisionnement de gros (wholesale) et de détail (retail).

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

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 122

distingués, la demande wholesale, c'est-à-dire celle des détaillants et la demande retail, c'est-à-dire celle des consommateurs finaux. Ces deux types de demandes sont l'origine et la destination respectivement des flux physiques (flèches bleues sur la droite de la figure ci-dessus) et financiers (flèches rouges sur la droite de la figure ci-dessus) sur les marchés de la vente en Suisse. Les spécificités de la diffusion-distribution en Suisse conduisent ensuite à ne pas considérer les diffuseurs-distributeurs conjointement avec les éditeurs comme les partenaires de l'échange des détaillants, mais à se concentrer sur les diffuseurs-distributeurs. Cette distinction entre éditeurs, diffuseurs-distributeurs et détaillants est d'ailleurs également celle qui structure l'association faîtière de la branche et celle qu'ont exposé certains diffuseurs-distributeurs dans leur indications sur le fonctionnement du marché. 555. À la différence d'une décision de concentration, comme celle qu'a examinée la Commission européenne dans l'affaire Lagardère, une décision fondée sur les art. 5 ou 7 LCart ne commande pas de considérer comme « marché de référence » tous les marchés connexes à ceux sur lesquels une restriction à la concurrence est supposée. L'analyse doit se concentrer sur les marchés affectés par les accords examinés et les pressions concurrentielles disciplinant les acteurs du marché de référence doivent être dûment prises en compte dans l'analyse. Ainsi, en l'espèce, en ce qui concerne les marchés des services de diffusion et les marchés des services de distribution, seule pourrait être déterminante une éventuelle pression disciplinante provenant de ces marchés sur les marchés de la vente de livres au niveau wholesale (marché de référence), ce qui sera analysé plus bas.⁶³⁹ B.4.2.1.5

Conclusion intermédiaire 556. Le marché de référence est le marché de la vente de livres au niveau wholesale. Sur ce marché, les partenaires de l'échange sont du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les libraires traditionnels – la librairie indépendante – que les

autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor ; du côté de l'offre ce sont les diffuseurs- distributeurs en Suisse et en France ainsi que les grossistes et les libraires français. Ce marché est de dimension supranationale et englobe la région supranationale francophone. 557. En aval de ce marché se trouve le marché de la vente de livres au niveau retail, sur lequel les détaillants sont en relation avec les consommateurs finaux. 558. Les libraires en France et le commerce électronique développé depuis la France pourraient faire partie du marché de référence respectivement au niveau de l'offre wholesale et retail pour le premier et de l'offre retail uniquement pour le deuxième. Ces questions peuvent cependant rester ouvertes. L'analyse de la concurrence qui suit en tiendra cependant compte. 559. La portée des livres électroniques n'a été au mieux que marginale durant la période visée par l'enquête. Il n'y a pas lieu de les considérer plus avant dans la présente enquête. B.4.2.2 Concurrence intramarque 560. Dans la pratique de la COMCO, l'analyse de la concurrence intramarque s'arrête de prime abord sur les possibilités d'arbitrage et l'évaluation des activités d'importation paral-

639 Cf. B.4.2.4, 134 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 123

lèle.640 Ce n'est que dans un deuxième temps que la concurrence intramarque au sens strict est analysée, dans les dimensions prix et service.641 561. Selon KRAUSKOPF/SCHALLER, il faut comprendre par concurrence intramarque, la concurrence qui existe entre commerçants de la même marque – « Markenhändler ».642 Selon REINERT, il faut la comprendre comme la concurrence entre producteurs d'un même produit.643 Ensemble, ces définitions correspondent en grande partie à celle de MOTTA, lequel fait abstraction, à raison, des différents échelons. Ceux-ci dépendent en effet du marché de référence examiné. Ainsi, la notion de concurrence intramarque recouvre les relations entre entreprises qui produisent et distribuent la même marque, en faisant abstraction des effets des producteurs ou distributeurs de marques concurrentes.644 Cette notion correspond à celle utilisée par la COMCO dans sa pratique.645 Par conséquent, le point de départ de l'appréciation de la situation de concurrence sur le marché wholesale est, d'une part, la concurrence entre produits de la même marque au niveau wholesale (concurrence intramarque) et, d'autre part, la concurrence entre produits substituables appartenant au même marché relevant (marché wholesale), fournis par d'autres offreurs (concurrence intermarques). 562. Dans la branche considérée, une question supplémentaire surgit. La notion de « marque » pose certaines difficultés de mise en œuvre. La forte différenciation des titres édités rend non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, au niveau wholesale ou retail, n'acquiert pas en fonction d'une marque correspondant au nom du fabricant (par exemple « BMW » ou « Nivea »), comme c'est le cas dans d'autres marchés de produits. En effet, selon la FNAC, un client ne vient pas acheter un Flammarion ou un Hachette, mais un livre.646 Selon Françoise Berclaz, le livre n'est pas interchangeable pour certains lecteurs. Ceux-ci considèrent un livre par exemple comme un chef d'œuvre et ne veulent que ce livre précis.647 Dargaud a relevé qu'il est exact qu'un consommateur ne choisit pas un livre en fonction de sa « marque ».648 Ces constatations n'altèrent pas la pertinence de la méthode d'analyse. Le système d'exclusivité couvrant l'ensemble du marché, on remarquera qu'indépendamment de l'interprétation que l'on peut donner à la notion de marque - production de chaque éditeur, catalogue de chaque diffuseur, chaque livre - l'analyse mène à la même conclusion. La question de la détermination de la marque peut donc rester ouverte. 563. Diffulivre a considéré dans sa

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

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 124

cette dernière renvoie.⁶⁵¹ Le Tribunal administratif fédéral a précisé dans sa jurisprudence récente que les concurrences actuelle et potentielle doivent en principe être analysée de manière séparée sur chaque marché de référence.⁶⁵² Il n'y a pas lieu d'admettre qu'il devrait en aller différemment en l'espèce. Par conséquent, l'analyse de la concurrence intramarque et intermarques est conduite sur le marché wholesale et sera suivie par l'analyse de la position des partenaires de l'échange pour être complétée. 564. Albert le Grand a admis dans sa prise de position que la concurrence intramarque a été supprimée au niveau wholesale.⁶⁵³ Les prises de position des parties sont traitées par la suite selon qu'elles concernent les possibilités d'arbitrage, les importations parallèles ou les autres paramètres de concurrence. B.4.2.2.1 Potentiel d'arbitrage 565. La première étape de l'analyse consiste en l'examen des possibilités d'arbitrage, lesquelles peuvent consister en un différentiel de prix ou des différences concernant d'autres paramètres, tel le service.⁶⁵⁴ 566. Diffulivre n'a pas contesté qu'il y avait un potentiel d'arbitrage d'ordre systématique pour les détaillants sur le marché pertinent durant toute la période visée par l'enquête.⁶⁵⁵ Elle a d'ailleurs exposé dans sa prise de position qu'il y avait un potentiel d'arbitrage d'ordre systématique, également avec l'offre des grossistes, lorsqu'elle a décrit le calcul, théorique, à la base du choix que pourrait être amené à faire un libraire suisse entre un approvisionnement par un grossiste en France et le diffuseur-distributeur situé en Suisse.⁶⁵⁶ 567. Dargaud a contesté le fait que le système de détermination des prix dans la branche conduisait systématiquement à une possibilité d'arbitrage pour les détaillants suisses. Servi-dis/Transat ont considéré qu'il n'y avait pas de possibilité d'arbitrage.⁶⁵⁷ 568. Interforum n'a pas contesté que cet arbitrage avait existé mais a prétendu qu'il avait été surestimé, et partant qu'il était insuffisant.⁶⁵⁸ Selon elle, le Surveillant des Prix aurait constaté que le différentiel de prix ne serait pas abusif.⁶⁵⁹ Les conclusions du Surveillant des Prix ne sauraient être interprétées dans ce sens et l'argument doit être écarté d'emblée. En effet, les conclusions du Surveillant des Prix se sont basées sur la structure des coûts théorique des entités actives en Suisse. Elles ne sauraient être propres à évaluer les possibilités d'arbitrage avec des prix d'achat auprès d'autres entités situées à l'étranger. Prix 569. L'exemple de Distrilivres est la preuve par les faits que durant la période visée par l'enquête un différentiel de prix important a existé.⁶⁶⁰ Pour être en mesure de profiter des conditions d'achat en France, Distrilivres a mis en place le système Ecolibri. Ce système

prévoit des achats par l'intermédiaire de librairies situées en France, afin de fournir les points de vente de Distrilivres en Suisse. Malgré la complexité de la structure mise en place pour

651 A 693a, 87, N 261. 652 Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 383 consid. 9.2, Implenia/WEKO. 653 A 690, 24. 654 DPC 2012/3, 570-571, BMW ; Arrêt du TAF 2010/2, 384, consid. 9.2.2.2, Implenia/WEKO. 655 A 693a, 74, N 209-210. 656 A 693a, 64, N 26. 657 A 672, 45. 658 A 692, 41, N 156. 659 A 692, 42, N 157. 660 Cf. A 886, 3, L 296 et cf. N 248 ss. 31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 125

obtenir des livres depuis l'étranger et les coûts inhérents à une telle organisation (notamment logistiques), Distrilivres a contourné la diffusion-distribution exclusive prévue pour la Suisse pour profiter de prix d'achat plus bas. C'est exemple constitue un réel test de marché et démontre à suffisance l'existence d'un potentiel d'arbitrage important au niveau du prix. On remarquera également que le système fonctionne par l'intermédiaire de librairies situées en France, et non de grossistes. Or, dans la mesure où les grossistes obtiennent en principe de meilleures conditions que les libraires sur le prix du fait qu'ils ne s'adressent pas à la même clientèle, il y a lieu d'admettre que le potentiel d'arbitrage sur le seul paramètre du prix pourrait même être plus important en cas d'achat auprès de grossistes. 570. D'autres éléments confirment au surplus cette constatation. Premièrement, dans l'une des expertises économiques qu'elle a produites, Diffulivre a proposé une comparaison entre les prix wholesale – c'est-à-dire les prix d'achat pour les détaillants – en France et en Suisse pour un ouvrage dont le prix public en France est de 10 euros. 661 Elle a exposé dans ce cadre qu'en moyenne, sur la période 2005 à 2011, l'écart de prix avait été de [...] au niveau wholesale, sans tenir compte de la TVA. 662 Ce différentiel ne peut pas être qualifié de modeste, contrairement à l'avis de Diffulivre, 663 puisqu'il se situe au-delà du niveau de [...] parfois utilisé pour admettre que des différences de prix sont considérables et éliminer tout doute lié aux imprécisions des mesures effectuées. 664 571. Deuxièmement, dans la branche du livre, la détermination des prix au niveau wholesale repose sur le système des tables. Les prix pour les détaillants suisses sont systématiquement calculés à partir du prix public – et obligatoire – en euros pour les consommateurs finaux en France, la conversion en un prix de 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. Ainsi, les possibilités d'arbitrage sont systématiques, même pour les diffuseurs-distributeurs qui ont prétendu pratiquer des prix très attractifs en Suisse. Ainsi, Dargaud a admis une différence de [...] 665, pourcentage qui s'élèverait même à [...] selon les indications de Payot produites par Dargaud. 666 572. Selon Payot, le mécanisme de fixation des prix et le canal d'approvisionnement sont économiquement liés, ils forment un tout économique. 667 La raison principale en est le système de fixation du prix : « Imaginons un livre à 100 en prix de vente français [indice] avec la table d'aujourd'hui on le retrouve à (...) 150 comme indice en Suisse. En France, les librairies de qualité ont [...] de remise, ce qui veut dire que leur prix d'achat va se retrouver à 60. Donc ils vont acheter ledit bouquin à 60. Le même libraire suisse de qualité va avoir une remise supérieure, c'est exact, probablement [...] sur [...], ça donne un prix d'achat à [...]. C'est-à-dire que c'est [...] de plus que le prix qu'une même chaîne française peut acquérir. » 668

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 126

Sur cette base, Payot craint une distorsion de concurrence avec la FNAC : « On est privés de pouvoir concurrentiel quand on achète les livres entre 30 et 40 % plus chers que notre voisin [la FNAC].⁶⁶⁹ » Jean-Marie Lebec (Payot) expose que le système des tabelles mène de manière systématique à des différences concernant le prix d'achat allant jusqu'à 40 %, ce qui n'est pas justifié en tant que tel par des éléments économiques.⁶⁷⁰ 573. L'appréciation du franc suisse par rapport à l'euro a augmenté les différentiels entre libraires suisses et français. En effet, si les diffuseurs ont adapté leurs tabelles en fonction de l'appréciation du franc, ces adaptations n'ont pas suivi une évolution comparable à celle de l'évolution du taux de change. En termes relatifs, même les tabelles traditionnellement les plus basses du marché ont donc augmenté par rapport au cours, comme l'indiquent les données que Servidis a fournies, par exemple.⁶⁷¹ Concrètement, alors que l'euro s'échangeait à 1,61, la tablette (principale) de Servidis prévoyait un coefficient de 1,9 à 2,0 en 2007. Début novembre 2011, le taux de change s'était installé à 1,2 et la même tablette avait baissé à 1,60. Ainsi, en 2011, la tablette de Servidis majorait le prix public français au taux de change additionné de 33 %, alors qu'elle le majorait du taux de change additionné d'environ 18 à 24 % en 2007.⁶⁷² En d'autres mots, le coefficient de la tablette a baissé sur la période considérée, mais la majoration pour le marché suisse a augmenté relativement au taux de change sur la même période. 574. Dans ce sens, les librairies Payot et Ex Nihilo, dont les volumes d'achat ne sont pas comparables, ont indiqué que leur prix d'achat avait parfois, en ce qui concerne Payot au [...].⁶⁷³ 575. Ainsi, des possibilités d'arbitrage au niveau du prix auraient pu décider certains détaillants à entreprendre des importations parallèles. Service et autres paramètres 576. Plusieurs parties ont relevé que les services des diffuseurs-distributeur suisses sont plus étoffés et de meilleure qualité par rapport aux autres alternatives d'approvisionnement. La plupart des diffuseurs a relevé la qualité de son service de distribution par rapport à d'autres canaux. Plusieurs détaillants se sont faits l'écho de ces différences, telles qu'ils ont pu les percevoir. La Liseuse, comme d'autres, a relevé que le délai de livraison était un élément important pour les libraires indépendants.⁶⁷⁴ Selon Jacques Lecomte (Distrilivres), les délais de livraison sont courts lorsque les livres sont en stock chez les diffuseurs-distributeur suisses, mais sautent à 18 jours lorsqu'ils ne le sont pas, la qualité des services s'étant dégradée en Suisse ces dernières années.⁶⁷⁵ 577. Dargaud a relevé qu'il existait des paramètres de concurrence de type service au niveau wholesale durant la période d'enquête. En France, Diffulivre a justifié le faible recours des libraires français à l'approvisionnement par des grossistes par le fait que le libraire français a le choix entre le grossiste et le diffuseur français. Dans ces conditions, les prix du grossiste étant proches de ceux du diffuseur-distributeur, il serait normal que le libraire français ait recouru au diffuseur, car il obtient un niveau de service plus élevé.⁶⁷⁶

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 127

578. Ces constatations sont correctes. L'offre des diffuseurs-distributeurs suisses et des autres alternatives d'approvisionnement a présenté des différences considérables au niveau des prestations de services complémentaires, tels que le droit de retour, la fréquence des livraisons, le suivi des commandes, etc. Les différences substantielles sur d'autres paramètres que le prix ont distingué les offreurs au niveau wholesale durant la période visée par l'enquête. 579. Le service ou d'autres paramètres auraient pu être des facteurs de concurrence pertinents au niveau wholesale. En d'autres mots, des possibilités d'arbitrage sur d'autres paramètres que le prix auraient également pu décider certains détaillants à entreprendre des importations parallèles. B.4.2.2.2 Importations parallèles 580. Dans sa pratique, la COMCO examine si des importations parallèles ont été opérées, ou auraient pu l'être, dans un volume suffisant pour générer une pression disciplinante sur la concurrence.⁶⁷⁷ 581. En l'espèce, l'impact des systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG sur les importations parallèles a déjà été examiné plus haut pour définir la portée des régimes d'exclusivité. Il peut y être renvoyé en ce qui concerne l'analyse, dont les enseignements sont résumés dans les conclusions intermédiaires qui suivent. B.4.2.2.3 Conclusions intermédiaires 582. Des possibilités d'arbitrage ont existé durant toute la période d'enquête, tant au niveau du paramètre prix que d'autres paramètres tels que le service et la qualité. Dans la mesure où elles ont été significatives, elles auraient pu constituer des opportunités intéressantes pour les détaillants. 583. Malgré ces possibilités d'arbitrage, seule Distrilivres a opéré des importations parallèles durant la période d'enquête de manière régulière. Elle a dû son succès à la mise en place de structures secrètes, complexes autant qu'ingénieuses, le système Ecolibri. Elle re-présente – encore aujourd'hui – un cas particulier. A part le système Ecolibri, seules des importations parallèles ont pu être opérées grâce à la méthode du faux-nez, tout aussi secrète que le système Ecolibri, mais de moindre ampleur. Ni le système Ecolibri, ni la méthode du faux-nez ne pourraient être reproduits par des détaillants d'un certain volume, comme la FNAC ou Payot, à cause du volume d'achat de ces entités. 584. Les autres importations parallèles retenues ont été extrêmement limitées. Leur constatation repose sur une interprétation favorable aux diffuseurs-distributeurs des indications de quelques libraires indépendants. Elles ont représenté un volume infime et ont constitué des exceptions. Ce volume est clairement insuffisant pour considérer que ces importations parallèles auraient généré une pression disciplinante sur la concurrence intramarque. Leur volume ne suffit en aucun cas pour admettre qu'elles ont eu pour effet de discipliner la concurrence durant la période visée par l'enquête. 585. Aucun des systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG n'a permis des importations parallèles de la part des détaillants durant la période visée par l'enquête. Sur la période d'enquête, les détaillants se sont procurés la quasi-totalité des livres qu'ils ont écoulés par les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse et il y a lieu de constater l'absence de concurrence intramarque.

⁶⁷⁷ DPC 2010/1, 90 N 207, Gaba.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 128

B.4.2.3 Concurrence intermarques 586. L'analyse de la concurrence intermarques comprend l'analyse de la concurrence actuelle et de la concurrence potentielle.⁶⁷⁸ Avant de traiter ces deux éléments, la portée de l'analyse de la concurrence intermarques doit être précisée. B.4.2.3.1 Portée et différenciation des produits Portée 587. Selon le chiffre 11 CommVert in fine, la concurrence intramarque étant nulle, le renversement de la

présomption ne peut être réalisée qu'en présence d'une concurrence inter-marques singulièrement suffisante pour discipliner le marché. Dans l'affaire Gaba, la COMCO a considéré que la concurrence intermarques était suffisante pour renverser la présomption malgré l'absence d'importations parallèles,⁶⁷⁹ ce qu'a relevé Diffulivre dans sa prise de position.⁶⁸⁰ 588. La CommVert 2010 se démarque de la CommVert 2007 et indique un changement de pratique de la COMCO.⁶⁸¹ Avant ce changement de pratique, le ch. 10 (2) CommVert 2007 prévoyait que la présomption de suppression de la concurrence ne pouvait pas être renversée par la simple preuve qu'une concurrence existe entre les fournisseurs des différentes marques (concurrence intermarques).⁶⁸² L'analyse se focalisait alors sur l'intensité de la concurrence intramarque et, selon les résultats obtenus, examinait la concurrence intermarques seulement dans un deuxième temps. Dans ce sens, la CommVert 2010 est plus favorable aux entreprises visées par une procédure cartellaire que la CommVert 2007. Partant, c'est à l'aune de la CommVert 2010 que la portée de l'analyse de la concurrence intermarques est déterminée. 589. Selon Diffulivre, la CommVert (2010) établie par la COMCO va à l'encontre du courant économique majoritaire lorsqu'elle considère que « (...) la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisantes sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante » serait décisive.⁶⁸³ Elle a également exposé que seul en cas de concurrence intermarques insuffisante, des accords verticaux de protection territoriale absolue pouvaient être – sans forcément l'être – anticoncurrentiels. 590. En l'espèce, la question soulevée par l'argument de Diffulivre, renvoyant au demeurant à la doctrine consacrée à la fixation des prix de reventes et non à l'attribution de territoires de distribution, peut rester ouverte. En effet, l'analyse qui suit parvient au résultat que la concurrence intermarques serait, à elle seule, également insuffisante pour renverser la présomption de suppression de la concurrence en l'espèce.

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 129

Différenciation des produits 591. Certains types de biens, parmi eux en particulier les biens de consommation, offrent des possibilités très importantes de différenciation. La différenciation des produits peut avoir une influence sur plusieurs paramètres économiques, comme la fixation des prix, la substituableté, etc. La COMCO en a tenu compte dans sa pratique, par exemple lorsqu'elle a constaté dans l'affaire Gaba que la différenciation des produits se répercutait sur les prix des différentes marques proposées en rayon.⁶⁸⁴ 592. Les livres sont des produits dont la palette de différenciation est considérable. Mieux, aucun titre ne peut être véritablement identique, sauf à en constituer une copie ou un plagiat. Les consommateurs ne lisent en principe pas deux fois le même livre, ni ne l'achètent à plu-

sieurs reprises. Servidis/Transat ont précisé que « [l]a demande est fixée d'abord en fonction de l'intérêt de l'ouvrage, lequel n'est acquis qu'une fois. Il ne s'agit pas d'un bien de consommation qui peut faire l'objet d'acquisitions répétées en quantité.⁶⁸⁵ » Dans ce contexte, de nombreuses nouveautés sont successivement proposées aux consommateurs finaux. Ainsi, il ne peut pas être considéré que la différenciation des produits est en tant que telle un indice de concurrence, comme l'a interprété une partie de la doctrine.⁶⁸⁶ 593. À la différence de produits tels que le dentifrice ou les objectifs d'appareils photographiques, la différenciation des livres ne se répercute pas directement sur leurs prix.⁶⁸⁷ En d'autres mots, le prix n'est ni pour le consommateur final ni pour le revendeur un critère pour juger de la qualité ou non d'un ouvrage. Dans ce sens, Servidis/Transat ont relevé que le prix sur le marché [retail] du livre est probablement un paramètre secondaire pour l'acheteur.⁶⁸⁸ Il s'agit d'un corollaire de l'absence de la notion de marque au sens traditionnel dans la branche du livre.⁶⁸⁹ Par contre, la variété des prix dans le secteur du livre est considérable, chaque éditeur déterminant pour chaque titre un prix obligatoire dans le système français de la loi Lang. 594. Par contre, la forte différenciation des produits influence directement les choix des consommateurs finaux et des libraires, dans la mesure où la substituabilité de certains produits est limitée. Selon Françoise Berclaz (La Liseuse, Présidente des libraires au sein de l'ASDEL) : « Le livre n'est pas interchangeable pour certains lecteurs. Ceux-ci considèrent un livre par exemple comme un chef d'œuvre et ne veulent que ce livre précis.⁶⁹⁰ La plupart des diffuseurs-distributeurs ont admis cette substituabilité restreinte, mais éventuellement émis certaines réserves au moins pour certaines catégories de livres.⁶⁹¹ 595. La moindre substituabilité résultant de la forte différenciation des produits se répercute sur la nature des relations entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Certains détaillants – concrètement les libraires au sens traditionnel, ce qui inclut les chaînes que sont la FNAC et Payot – se doivent de proposer à leur client d'être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale.⁶⁹² L'exigence est moins élevée pour

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 130

d'autres détaillants. Néanmoins, pour tous les types de détaillants, certains livres peuvent se révéler à un moment donné impératifs. L'exemple du – lumineux – best-seller « La vérité sur l'affaire Harry Quebert » est significatif. Bien que son co-éditeur basé en Suisse constitue une entreprise intégrée étant également active en matière de diffusion en Suisse (AH), une relation contractuelle a vu le jour entre AH et OLF pour permettre aux grandes surfaces de proposer ce livre, à la suite de son succès. Patrice Fehlmann (OLF) a rapporté durant l'audition du 10 décembre 2012, concernant son activité déployée en rackjobbing la constatation suivante : « ce qu'on a garanti à ces chaînes [Coop, Naville, la Poste] c'était que nous étions à même de leur offrir l'ensemble des bons produits qui étaient ou n'étaient pas à l'OLF. Donc on va aller acheter des marchandises chez Servidis et on va en acheter chez Diffulivre, on va en acheter à l'Âge d'Homme, elle en a parlé ce matin quand elle a

dit « J'ai même un bouquin qui est dans les grandes surfaces », « son Dicker c'est parce qu'on ne peut pas ne pas mettre ce livre dans les chaînes dont je viens de vous parler. »⁶⁹³ 596. À la question subséquente, « vous vous approvisionnez donc chez les diffuseurs concurrents en quelque sorte ? », Patrice Fehlmann (OLF) a répondu : « Il y a pas de concurrents, soit chez les diffuseurs, oui. Parce que Dicker je ne l'ai pas donc je peux que aller l'acheter chez lui [le diffuseur AH], chez elle [Andonia Dimitrijevic, la directrice de AH]. »⁶⁹⁴ 597. Dans cette perspective, la seule différence entre les détaillants de type libraire et les autres, c'est que les premiers doivent être en mesure d'accéder à toute l'offre éditoriale et les seconds, seulement aux « bons produits » ou à une sélection plus restreinte. Or, dans l'un ou l'autre cas, la faculté de pouvoir accéder à toute la production est donnée. C'est cette réalité qui a mené à ce que l'un des diffuseurs-distributeurs, OLF, au demeurant particulièrement bien placée pour le savoir puisqu'elle est la seule entité à devoir obtenir des livres chez les autres diffuseurs-distributeurs dans le cadre de son offre de rackjobbing, à considérer non seulement qu'il n'y avait « pas de concurrents », ce qui indique une absence de concurrence intermarques, mais également que pour un ouvrage particulier, il n'y a qu'un seul fournisseur qui entre en ligne de compte, le diffuseur en Suisse, ce qui confirme également l'absence de concurrence intramarque. 598. Les éléments de fait qui précèdent indiquent que la concurrence intermarques est limitée par la forte différenciation des produits en l'espèce et que les détaillants ne peuvent pas pleinement faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs. 599. Certains diffuseurs-distributeurs ont relevé que pour certaines catégories d'ouvrages, aux yeux des consommateurs finaux, la différenciation des produits était plus faible, ce qui laisserait plus de place pour une concurrence intermarques.⁶⁹⁵ Dargaud a distingué dans son analyse de la concurrence intermarques entre les trois segments de marché que sont les bandes dessinées, les livres pour enfants et les livres pratiques.⁶⁹⁶ Dans son analyse, Dargaud a mis en relief différentes caractéristiques de ces grandes catégories de livres, en particulier en se basant sur le critère du coût d'opportunité. Fondés sur des observations probablement correctes, les arguments développés par Dargaud ne sont cependant d'aucune utilité pour juger de la concurrence intermarques. Le fait que les bandes dessinées se lisent plus rapidement que d'autres ouvrages n'indique cependant pas pourquoi la concurrence entre

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 131

les BD de différents diffuseurs-distributeurs serait plus intensive qu'entre deux ouvrages de littérature générale de différents diffuseurs-distributeurs. Il en va de même pour ce qui concerne les différences entre les types de consommateurs finaux pour les différentes catégories de livres. En d'autres mots, le fait qu'il existe des catégories de livres qui se distinguent, constatation au demeurant correcte, n'est pas en tant que tel un critère pour juger de la concurrence intermarques. Il est cependant probablement correct d'admettre qu'au sein de certaines catégories de livres, l'importance de la différenciation des produits varie pour les consommateurs finaux et donc que certains livres sont un peu plus interchangeables que d'autres pour ces derniers. De plus, au niveau wholesale, ce point a une importance significativement réduite, car le libraire devra être en mesure de s'adapter aux goûts de ses clients et de commander l'ouvrage souhaité par le consommateur, comme il a été exposé dans la définition du marché.⁶⁹⁷ 600. Selon Diffulivre, la forte différenciation du produit livre génère la nécessité d'une activité importante de promotion

du livre. Cette activité est essentiellement menée par les représentants des diffuseurs qui rencontrent les détaillants pour leur faire connaître leur offre, laquelle doit continuellement se renouveler.⁶⁹⁸ Le système des offices, la qualité de l'information mais aussi le rythme des sorties de nouveaux ouvrages généreraient une concurrence intermarques forte. ⁶⁰¹. Le secteur du livre se caractérise par un nombre très élevé de références distinctes. Tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits. Au-delà du stockage, la contrainte spatiale se manifeste principalement au niveau du rayonnage, c'est-à-dire concrètement de la place accordée à chaque titre ou plus généralement, à chaque diffuseur-distributeur. Chaque diffuseur-distributeur a un intérêt à ce que chaque détaillant lui consacre le plus grand espace pour être en mesure de capter l'intérêt du consommateur final. La contrainte spatiale crée ainsi une concurrence pour le rayonnage : chaque diffuseur est en concurrence avec les autres diffuseurs pour disposer du plus grand rayonnage des titres de son catalogue auprès de chaque détaillant. Les relations entre les détaillants et les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête ont attesté que la question des promotions était un objet récurrent des relations commerciales.⁶⁹⁹ Il y a donc une concurrence pour obtenir un meilleur rayonnage. Cependant, cette concurrence a une portée limitée à cet élément. ⁶⁰². Il résulte de la différenciation des produits dans le secteur du livre en premier lieu qu'aucun détaillant ne peut se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement en cas de rackjobbing par exemple, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Cet état de fait réduit partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence intermarques ab ovo. En deuxième lieu, la contrainte spatiale à laquelle chaque détaillant est confronté crée une concurrence intermarques sur le rayonnage. B.4.2.3.2 Concurrence actuelle Parts de marché et évolution de celles-ci ⁶⁰³. Les parts de marché sont le point de départ de l'appréciation de la concurrence actuelle. ⁶⁰⁴. Diffulivre, citant une observation faite par la doctrine, a relevé que faute d'entraîner une addition de marchés horizontale, les accords verticaux ont un potentiel de nuisance inférieur

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 132

aux accords horizontaux.⁷⁰⁰ Selon elle, sa part de marché se situant en deçà du plafond de [...] mentionné par une partie de la doctrine suisse,⁷⁰¹ l'exclusivité dont bénéficie Diffulivre ne serait pas apte à supprimer la concurrence sur le marché.⁷⁰² C'est d'autant plus le cas que le poids relatif de Diffulivre devrait être pris en compte et qu'elle ferait face à six diffuseurs représentant ensemble [...] du marché.⁷⁰³ ⁶⁰⁵. Si l'observation relevée par Diffulivre concernant l'addition de marchés est correcte sur le principe, elle n'est d'aucune aide en l'espèce. Dans la mesure où l'enquête a pour objet les systèmes de distribution de l'ensemble de la branche, et non d'une seule marque, comme cela avait pu être le cas dans les affaires Gaba, Nikon et BMW, l'hypothèse d'une addition des parts de marché ne peut être exclue d'emblée et de manière forfaitaire comme l'a prétendu Diffulivre. L'hypothèse d'une addition des parts de marché est en l'espèce même avérée et pertinente, puisqu'il a été établi que le cloisonnement du marché est l'apanage de tous les diffuseurs-distributeurs concernés.⁷⁰⁴ ⁶⁰⁶. Le tableau ci-dessous rend compte des parts de marché des diffuseurs-distributeurs fonctionnant selon un système de distribution reposant sur l'exclusion des ventes passives sur la période 2005-2011 selon les chiffres d'affaires :

PM 2011 PM 2010 PM 2009 Interforum [...] [...] [...] E5F [...] [...] [...] Flammarion [...] [...] [...] Glénat [...] [...] [...] OLF [...] [...] [...] Diffulivre [...] [...] [...] Servidis [...] [...] [...] Transat [...] [...] [...] Dargaud [...] [...] [...] AIG [...] [...] [...] Autres [...] [...] [...] [...]

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

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

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 133

608. Si plusieurs diffuseurs-distributeur ont mentionné la perte ou le gain de l'un ou l'autre éditeur dans son catalogue, aucune partie n'a prétendu que ses parts de marché avaient connu des modifications substantielles durant la période visée par l'enquête. 609. Ainsi, il y a lieu de constater, d'une part, que les parts de marché ont été stables sur toute la période visée par l'enquête et que, d'autre part, les systèmes de distribution reposant sur l'exclusion des ventes passives ont couvert plus de 95 % du marché pendant la période visée par l'enquête. Prix 610. Plusieurs diffuseurs-distributeur ont invoqué qu'il y avait une forte concurrence sur les prix au niveau intermarques. 611. Au niveau wholesale, le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la table pour chaque titre. Chaque détaillant négocie avec chaque diffuseur le niveau de la remise. Chaque diffuseur détermine une voire plusieurs tables pour les ouvrages de son catalogue. En revanche, seul un taux de remise est généralement négocié avec les détaillants. 612. La forte différenciation des produits rend sur le plan intermarques les comparaisons de prix difficiles dans le secteur du livre, tant au niveau wholesale que retail. Interforum a constaté que « les taux varient par niveaux de prix chez beaucoup de diffuseurs. Il n'y a pas une clarté évidente du plus cher ou du moins cher. 706 » Les remises constituent seulement une indication. 613. Concernant les remises, plusieurs éléments peuvent être constatés. Premièrement, les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeur sont relativement proches les uns des autres. 707 614. Deuxièmement, si les taux de remise varient entre les différents types de détaillants, ces taux sont restés relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête. À titre d'exemple, les évolutions concernant Diffulivre, dont on peut partir de l'hypothèse raisonnable qu'il est le diffuseur qui a été le plus mis sous pression comme en atteste l'action collective des libraires de l'ASDEL pour tenter de faire pression sur lui 708 suite à l'appréciation du franc suisse, 709 peuvent être résumées comme suit : ■ Les taux des librairies indépendantes ont oscillé entre [...] (minimum en 2008) et [...] (maximum en 2011), ■ Les taux de Payot ont oscillé entre [...] (minimum en 2008) et [...] (maximum en 2006), ■ Les taux de la FNAC ont oscillé entre [...] (maximum en 2006) et [...] (minimum en 2008), ■ Les taux de la grande distribution, entre [...] (minimum en 2005) et [...] (maximum en 2006)

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 134

615. Troisièmement, plusieurs diffuseurs-distributeurs ont constaté, en généralisant, que les libraires suisses ont de meilleures remises qu'en France.⁷¹⁰ 616. La sensibilité aux prix est également un critère pertinent pour apprécier la portée de la concurrence sur les prix.⁷¹¹ Les tabelles ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse. Les diffuseurs-distributeurs n'ont pas réagi avec la même vitesse au phénomène monétaire. Diffulivre a relevé dans ce sens que « les autres diffuseurs se sont également engagés dans une politique de baisse continue du niveau de leur table à partir de 2009.⁷¹² » [...] ⁷¹³ Dans le même temps, [...] ⁷¹⁴ Partant, la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau wholesale, les différences de prix n'influencent pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs. 617. Pour Servidis/Transat, la table a pour effet de reporter automatiquement sur le marché de référence la concurrence sur les prix entre les éditeurs.⁷¹⁵ Dargaud a argumenté dans le même sens.⁷¹⁶ Or, la concurrence entre les éditeurs serait intense, ce qui se reporterait sur la concurrence au niveau des prix. Le système des tabelles a pour corollaire que le seul moyen de baisser les prix pour la Suisse (uniquement) pour un éditeur, c'est de baisser le prix en euros. Une telle politique de prix affecterait non seulement la Suisse, mais surtout tous les revenus de l'éditeur générés en euros en France – et au-delà, dans la mesure où des systèmes de tabelles comparables sont également mis en place dans d'autres pays. Lorsque l'on se figure que le bassin de la population en France est d'environ 60 millions d'habitants et que celui de la Suisse romande est environ quarante fois inférieur, il ressort que l'éditeur français souhaitant distribuer ses livres à un prix inférieur sur le territoire suisse serait freiné dans une telle démarche par les répercussions sur d'autres territoires. De plus, plusieurs diffuseurs-distributeurs ont remarqué que dans le système de la table, la majoration prévue pour les ventes en francs suisses ne revenait en aucune mesure aux éditeurs français.⁷¹⁷ Finalement, selon les constatations de la Commission européenne, il ne semble pas que l'hypothèse d'une concurrence vive entre les éditeurs soit vérifiée.⁷¹⁸ 618. Diffulivre propose également un raisonnement se basant sur les prix de gros pour affirmer qu'il y a une concurrence très forte entre diffuseurs.⁷¹⁹ Dans la mesure où elle compare les prix de gros de Diffulivre avec ceux de Hachette Livre, cet argument doit être traité – et a été traité – en matière de concurrence intramarque au niveau du potentiel d'arbitrage. On ne saurait en déduire une portée sur la concurrence intermarques. On relèvera cependant qu'en indiquant que l'écart corrigé du taux de change entre les prix de gros de la Suisse et de la France est resté stable, Diffulivre admet que le potentiel d'arbitrage s'est accentué durant la période visée par l'enquête et confirme la constatation selon laquelle les détaillants suisses auraient dû, faute de protection territoriale absolue, profiter d'un choc d'offres favorables grâce à l'évolution du cours.

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 135

619. Sans avoir été inexistante, la concurrence sur le prix au niveau wholesale a été faible et a une portée limitée à cause de la différenciation des produits. Autres paramètres de concurrence 620. Selon Diffulivre, les modalités de paiement accordées sont également un

paramètre concurrentiel de type prix sur lesquels les diffuseurs se font concurrence. Pour étayer cela, elle s'est basée sur un courrier de Servidis à l'adresse d'un libraire, accordant à ce dernier un délai supplémentaire de 30 jours comme demandé tant à Servidis qu'à Diffulivre.⁷²⁰ L'argument de Diffulivre tombe particulièrement à faux lorsqu'il apparaît que le courrier à l'origine de la demande est enrichi d'un ajout à la main par la libraire dont émane la pièce indiquant : « Ce courrier a également été envoyé à Diffulivre, qui n'a jamais répondu.⁷²¹ » Il ne s'agit là donc nullement d'un paramètre de concurrence intermarques pertinent. Dans le cas contraire, Diffulivre n'aurait simplement pas pu se permettre de traiter sa cliente de la sorte. ⁶²¹. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont soutenu qu'il y avait une concurrence intermarques au niveau des services.⁷²² Diffulivre a prétendu que les diffuseurs se livreraient une concurrence intermarques sur les prestations financières telles que les surremises liées au chiffre d'affaires, aux promotions réalisées, à la qualité de l'assortiment et aux budgets marketing.⁷²³ Ces éléments seraient le signe d'une concurrence intermarques. Les diffuseurs se feraient également concurrence via le niveau de services de diffusion qu'ils sont en mesure d'offrir aux différents détaillants.⁷²⁴ La concurrence à ce niveau s'inscrirait sur la taille et le nombre des équipes, les compétences particulières des représentants, les promotions particulières (mise à disposition d'éléments mobiliers, de livres gratuits, création d'autocollants, etc.), les aménagements du droit de retour, les modalités de livraison dont notamment les avantages consentis en cas de groupement minimal des commandes. ⁶²². Tous les éléments invoqués au niveau des services n'altèrent pas la nécessité pour les détaillants d'être en relation directement ou indirectement avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Aucun diffuseur-distributeur ne peut être substitué à un autre comme canal d'approvisionnement. Par contre, la concurrence sur les paramètres évoqués se répercute sur le rayonnage. C'est l'unique portée des différents services proposés par les diffuseurs-distributeurs. La concurrence sur le rayonnage, est mentionnée plus haut. Conclusions intermédiaires ⁶²³. L'analyse de la concurrence actuelle mène à plusieurs constatations : ■ La forte différenciation des livres limite ab ovo les possibilités de substitution dans ce secteur à tous les niveaux. ■ Les clauses systèmes de distribution fondés sur un régime d'exclusivité ont couvert plus de 95 % du marché sur la période visée par l'enquête. ■ La répartition des parts de marché a été stable sur toute la durée de l'enquête. ■ Une concurrence entre les diffuseurs a existé au niveau des prestations financières mais aussi des services pour disposer du meilleur rayonnage (concurrence sur le rayonnage).

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 136

B.4.2.3.3 Concurrence potentielle ⁶²⁴. L'analyse de la concurrence potentielle a pour objet central les barrières à l'entrée sur le marché. ⁶²⁵. Selon Diffulivre,⁷²⁵ il faut considérer les phénomènes suivants concernant les entrées sur le marché : les éditeurs non représentés en Suisse souhaitant le devenir ; les éditeurs présents en Suisse mais désirant passer à de l'auto-diffusion ; les éditeurs souhaitant changer de diffuseur-distributeur en fin de contrat (renouvellement) ; l'approvisionnement par le canal de sociétés-sœurs situées en France et lesquelles pourraient s'inventer grossistes ou « grossistes-distributeurs » ; l'approvisionnement par les diffuseurs français. De plus, Diffulivre a constaté une absence de barrières à l'entrée sur le marché de référence et a relevé qu'il n'existait pas de mesures législatives ou administratives rendant difficile l'accès au marché, qu'aucune donnée

propre à ce marché ne laissait admettre que de nouveaux concurrents seraient dissuadés d'y entrer et que les coûts seraient faibles pour créer une structure de diffusion minimale sur le marché. La FNAC et Payot pourraient en outre profiter de leur infrastructure en France pour passer des commandes depuis ce pays. 626. Deux éléments ont limité considérablement les possibilités d'entrée sur le marché durant la période visée par l'enquête. Premièrement, l'entrée sur le marché dépend des droits d'édition. L'analyse de la Commission européenne dans l'affaire Lagardère a mis en relief leur importance et a mené à la conclusion que seules les entités qui seraient en mesure d'être des « acteurs significatifs sur les marchés primaires de l'achat de droits d'édition de livres en langue française, c'est-à-dire de pouvoir acquérir et exploiter ces droits à travers toute la chaîne du livre » pourraient conduire à des entrées sur les marchés de la vente de livres.⁷²⁶ En d'autres mots, les marchés situés en amont et ayant pour objet les droits d'édition des livres créent une barrière au marché importante. 627. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs principaux ont des rapports très étroits avec la distribution en France (intégration verticale/conglomérale). Les principaux éditeurs sont concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion en Suisse, ce qui revient à admettre que la plupart des acteurs de l'édition sont déjà entrés sur le marché. Dans ce sens, une entrée n'est réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués spécifiquement en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché. Diffulivre a semblé avoir elle-même convenu de cette réalité lorsqu'elle a précisé à ce sujet avoir reçu « divers e-mails de petits éditeurs demandant à Diffulivre de les représenter en Suisse.⁷²⁷ » 628. Plusieurs diffuseurs auraient constaté deux entrées sur le marché durant la période d'enquête : Heidiffusion et Eurolivres.⁷²⁸ Selon Interforum, « du moment où un nouvel acteur conclut un contrat avec un ou plusieurs éditeurs, il peut entrer sur le marché sans problème.⁷²⁹ » Cette observation est correcte. Or, l'acquisition de la diffusion-distribution d'un éditeur ou de plusieurs éditeurs constitue justement la barrière principale à l'entrée sur le marché étant l'intégration verticale/conglomérale constatée. Pour cette raison, les diffuseurs que sont Heidiffusion et Eurolivres ont eu au mieux un rôle marginal sur les diffuseurs-distributeurs et ne sont en mesure d'amener une quelconque pression disciplinante.

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 137

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

marché du côté de l'offre et de générer une pression disciplinante a été faible voire nulle durant la période visée par l'enquête. B.4.2.3.4 Conclusion intermédiaire 631. Les détaillants sont contraints de travailler avec tous les diffuseurs. Ni la concurrence actuelle ni la concurrence potentielle n'ont discipliné le comportement des diffuseurs- distributeurs durant la période visée par l'enquête. 632. Il a existé une concurrence intermarques pour le rayonnage, tant sous forme financière que sur certains critères de services. Cette concurrence pour le rayonnage est faible et n'est pas apte à discipliner les diffuseurs-distributeurs pour la vente des livres au niveau whole- sale. B.4.2.4 Position des partenaires de l'échange 633. La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral a fait sienne l'opinion émise en doctrine selon laquelle la pression disciplinante des partenaires de l'échange composant la demande pouvait également conduire à un renversement de la présomption, au même titre que la concurrence résiduelle.⁷³² 634. En l'espèce, la pression concurrentielle des acteurs en amont – les éditeurs –, puis celle de la demande, d'abord au niveau wholesale puis au niveau retail seront examinées. B.4.2.4.1 Pression disciplinante des éditeurs (marché des services de diffusion et des services de distribution, marché de l'édition) 635. Services de diffusion et services de distribution – Diffulivre, Servidis/Transat, OLF, Flammarion et Interforum,⁷³³ ont considéré que le marché des services de diffusion avait généré une pression concurrentielle sur l'offre du marché wholesale de la vente de livres aux détaillants. Ces diffuseurs-distributeurs ont considéré que le fait que certains éditeurs changeaient parfois de diffuseurs pour la Suisse avait généré une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs. Selon Diffulivre, les éditeurs n'hésiteraient pas à changer de diffuseur-distributeur lorsque les résultats ne sont pas atteints.⁷³⁴ Nombreux seraient les éditeurs ayant changé de diffuseur-distributeur en raison des performances réalisées. Il y aurait ainsi une concurrence entre les diffuseurs pour obtenir les mandats de diffuser-distribuer les ouvrages.

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

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 138

636. Il n'est pas contesté que plusieurs (petits) éditeurs ont changé de diffuseur-distributeur durant la période d'enquête, certains rejoignant d'autres diffuseurs, d'autres ayant décidé de passer en auto-diffusion. Mais il convient de rappeler, que plusieurs diffuseurs sont des filiales des principaux groupes éditoriaux et que les groupes éditoriaux importants sont déjà entrés sur le marché.⁷³⁵ Par conséquent, une éventuelle pression concurrentielle serait dans tous les cas d'une ampleur fortement limitée. 637. Ces éléments de fait soulèvent d'abord la question d'une pression disciplinante sur le marché wholesale de la vente de livres qui serait générée par la concurrence existant sur le marché des services de diffusion et sur le marché des services de distribution, distincts de ceux de la vente de livres.⁷³⁶ Aucun diffuseur-distributeur n'a fourni d'indication sur la mesure dans laquelle cette concurrence dans l'obtention de la diffusion se répercuterait sur la concurrence entre diffuseurs sur le marché wholesale de la vente des livres. La Commission européenne dans la décision Lagardère n'a pas non plus constaté que les marchés des services de diffusion et des services de distribution exerceraient une pression disciplinante sur les marchés de la vente. On ne voit en l'espèce pas non plus comment cela pourrait être le cas. En effet, sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution, les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs, leur intérêt est d'obtenir une diffusion ou distribution

qui leur convient, mais pas de péjorer les profits qui pourraient être générés par les revenus des ventes aux détaillants puis aux consommateurs finaux. Si une politique de prix propre au territoire suisse est considérée comme opportune pour un éditeur, par exemple parce qu'une discrimination de prix territoriale lui permettrait d'améliorer ses profits, alors il va chercher à mettre en place une telle diffusion-distribution. Cette pression ne va pas pouvoir discipliner les acteurs en aval. 638. Édition – Servidis/Transat ont considéré qu'il y avait une concurrence forte entre les éditeurs et une concurrence dans l'accès à la distribution.⁷³⁷ Cet argument selon lequel le système des tabelles reporterait la concurrence entre éditeurs au niveau wholesale et même au niveau retail a été traité au niveau de la concurrence intramarque et n'est pas fondé.⁷³⁸ Le marché en amont des droits d'édition limite d'ailleurs également l'émergence d'une pression concurrentielle de ce type.⁷³⁹ B.4.2.4.2 Pression disciplinante des détaillants 639. Interforum, Servidis/Transat, Dargaud, E5F et Flammarion par l'intermédiaire de l'expertise Gugler en particulier,⁷⁴⁰ ont invoqué que la pression concurrentielle provenant des détaillants, principalement de la FNAC et de Payot, avait discipliné les diffuseurs- distributeurs. Selon Diffulivre,⁷⁴¹ les revendeurs disposeraient d'une position forte à l'égard des diffuseurs-distributeurs. Le fort degré de concentration et les niveaux autant que l'évolution des remises consenties en seraient la preuve. D'une part, Diffulivre a relevé le fort degré de concentration au niveau des revendeurs. Les six plus gros revendeurs romands ont représenté [...] du chiffre d'affaires de Diffulivre en 2011.⁷⁴² Dans ce sens, la FNAC et Payot seraient des canaux de revente incontournables et les libraires indépendants disposeraient d'un levier important grâce à leur concertation au sein de l'ASDEL. D'autre part, les niveaux

735 Cf. B.4.2.3.3, 132. 736 Cf. B.4.2.1.4, N 551 ss. 737 A 692, 47. 738 Cf. B.4.2.3.2, 128 ss. 739 Cf. B.4.2.3.3, 132 ss. 740 A 692, 43, N 162 ; 45, N 173 ; en particulier 47 ss, N 182 ss ; A 672, 48 ; A 691, 51 s., N 181 ss ; A 698, annexe 1 (expertise Gugler), 23 ss. 741 A 693a, 111 ss, N 346 ss. 742 A 693a, 114 N 347.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 139

de remises seraient plus élevés que dans les autres pays européens et auraient constamment augmenté depuis 2005. Capacité disciplinante des détaillants 640. En droit de l'Union européenne, les critères de l'analyse de la puissance d'achat en aval ont été développés dans le contrôle des concentrations d'entreprise.⁷⁴³ Parmi ces critères, la jurisprudence et la doctrine européennes considèrent comme centrale la possibilité pour les acheteurs d'obtenir les biens par un autre canal.⁷⁴⁴ Cette menace doit être en outre sérieuse. Il est systématiquement nécessaire de mener une analyse au cas par cas. 641. En l'espèce, plusieurs éléments doivent être pris en compte. Premièrement, les détaillants n'ont pas été en mesure durant la période visée par l'enquête de mettre en concurrence les diffuseurs-distributeurs suisses avec d'autres fournisseurs. La cause en est le cloisonnement du territoire.⁷⁴⁵ Les propos d'Interforum ont été éloquentes : « Pour info, la Fnac nous a menacé d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder.⁷⁴⁶ » 642. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs ont discuté entre eux au sein de l'ASDEL des importations parallèles et des conséquences qu'elles pourraient avoir sur leur existence. Le fait que ce genre d'information ait circulé entre les diffuseurs-distributeurs a d'autant réduit les possibilités de négociation – de Payot en l'occurrence, mais cela vaut pour l'ensemble des détaillants –, car chaque diffuseur-distributeur était conscient de la stratégie de ses semblables. Pascal Vandenberghe (Payot) s'est d'ailleurs montré surpris durant son audition devant la COMCO que les diffuseurs se soient entretenus entre eux sur le sujet de

sa demande.⁷⁴⁷ 643. Troisièmement, Diffulivre a fait état d'un courrier commun des libraires de l'ASDEL tentant de faire pression sur elle et critiquant le niveau de sa table. Cet exemple ne saurait constituer une preuve que les détaillants pourraient – et auraient – fait pression sur les diffuseurs-distributeurs. En effet, même en se concertant et en prenant une mesure collective, les libraires indépendants, représentant environ 30 % de la demande wholesale, ont constaté que Diffulivre était « resté[e] sourd[e] à [leur] message » et les promotions proposées ne remplaçaient en aucun cas une politique à long terme d'ajustement des tables à la baisse considérable de l'euro.⁷⁴⁸ 644. Quatrièmement, selon Servidis/Transat, le fait que le niveau des prix de gros pour les détaillants était juste au-dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finaux prouverait que « [L]es remises concédées par les diffuseurs garantissent un prix d'achat pour les libraires inférieur à Amazon qui permet précisément aux libraires de couvrir leurs coûts et se maintenir. »⁷⁴⁹ Le fait d'être en mesure d'imposer une telle politique de prix, laquelle condamne assurément de nombreux détaillants, prouve précisément que les détaillants ne sont pas en mesure de discipliner les diffuseurs-distributeurs. 645. Finalement, les temps de réaction distincts dans l'adaptation des tables par rapport à l'appréciation du franc et au recul des ventes dans le commerce stationnaire est un indice que les diffuseurs-distributeurs n'ont pas été contraints par les comportements des détail-

743 Cf. lignes directrice sur les concentrations, para. 64 ; WHISH/BAILEY (n. 62), 874.

744 Cf. par exemple l'analyse de la Commission européenne dans la concentration M.1225 En- so/Stonera JO L 254/9, pts 84-97 ; WHISH/BAILEY (n. 62), 874. 745 Cf. B.4.2.4.2, 135. 746 A 27, 1 747 A 913 L 153. 748 Cf. A 693a, annexe 56. 749 A 672, 46.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 140

lants. Les détaillants n'ont pas eu d'alternatives d'approvisionnement pour les livres diffusés- distribués en Suisse. De plus, ils ne peuvent globalement pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, ce qui fragilise d'autant leur situation et les empêche de discipliner les diffuseurs-distributeurs. 646. Dans ce contexte, les détaillants n'ont pas été en mesure d'exercer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs pendant la période visée par l'enquête. Pratique des tables, facturation et étiquetage 647. Il ressort de ce qui précède que les détaillants n'ont pas disposé d'une capacité disciplinante pendant la période visée par l'enquête. Même si les détaillants avaient été en mesure d'exercer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête, une telle pression aurait été improbable. En effet, dans la branche du livre en Suisse, les relations entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants présentent plusieurs caractéristiques ayant pour effet de rendre improbable une telle pression concurrentielle de leur part. 648. Le système de calcul des prix basé sur des tables de conversion – le système des tables – génère un point de repère sur le niveau de prix considéré comme optimal par les diffuseurs-distributeurs pour la revente des livres. Chaque diffuseur-distributeur suisse établit une table de conversion pour déterminer le cadre de ses relations avec l'ensemble des libraires. Les tables de conversion se présentent sous une forme très basique : il s'agit de deux colonnes côte à côte, une colonne exposant des montants en euros, l'autre indiquant les montants en francs suisses correspondants. En général les taux de conversion diminuent à mesure que le prix augmente.⁷⁵⁰ À partir d'un certain niveau de prix, le coefficient devient en principe linéaire. Les tables des diffuseurs ne sont pas identiques, mais elles ont en commun le fait qu'elles apposent dans tous les cas une majoration par

rapport au taux de change. Sur la base des montants indiqués par les tables, chaque diffuseur-distributeur négocie avec chaque détaillant un taux de remise, lequel est décisif pour déterminer le prix d'achat de ce dernier. Concrètement, si un détaillant convient d'un taux de remise de 40 % avec un diffuseur-distributeur, cela signifie que le prix d'achat de chaque livre auprès de ce diffuseur-distributeur lui coûtera le 60 % du prix tel que défini par la table de conversion. Dans cet exemple, si l'on admet que la table prévoit par hypothèse un taux de conversion de coefficient 2,751 un livre dont le prix public français est de 10 euros coûte 12 francs suisses au détaillant bénéficiant d'une remise de 40 %. En effet, la table fixe pour cet ouvrage un prix tabellisé de 20 francs suisses, dont le libraire est tenu de payer le 60 % au diffuseur-distributeur. Si ledit livre est vendu par le détaillant au prix de 20 francs suisses (prix tabellisé), ce sont 40 % du prix de vente qui restent chez le détaillant après la transaction. 649. Le système de calcul exposé et commun à tous les diffuseurs-distributeurs en Suisse est complété en pratique par les modèles de facturation de ces derniers. En effet, ces modèles de facturation reprennent intégralement le calcul du prix et indiquent en général que le prix de référence est considéré comme un « prix de vente public ». De plus, il est en général loisible pour les détaillants de demander, contre rémunération, que les livres leur soient remis avec une étiquette indiquant parmi d'autres informations le prix de vente final (prestation d'étiquetage). Selon les indications des diffuseurs-distributeurs en audition, c'est généralement le prix tabellisé qui est porté sur l'étiquette et ce, en particulier si le détaillant ne donne pas de précision sur les prix.

750 Cf. par exemple A 122, 6 ; A 79, 6. 751 Lorsque le cours EUR/CHF était à 1.64 au 30 juillet 2007 par exemple, la table de Servidis prévoyait un coefficient légèrement supérieur à 2, le montant de 9.90 euro ayant pour prix tabellisé 20.30 francs suisses ; cf. A 672, 48 et annexe 26.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 141

650. Finalement, la majoration opérée par les tables de conversion a pour corollaire une remise relative plus élevée pour les détaillants en Suisse que celle des détaillants en France. Selon E5F, la remise moyenne en Suisse est de [...] plus élevée qu'en France. 752 Servidis a précisé, en 2010, que les remises accordées aux libraires en Suisse étaient en moyenne de [...] en France, selon un rapport Ipsos sur la librairie indépendante. 753 D'autres diffuseurs-distributeurs ont fait part de constatations comparables. 754 En d'autres mots, la majoration générée par le système de calcul des prix basé sur des tables de conversion, si elle a essentiellement profité aux diffuseurs-distributeurs grâce au cloisonnement du territoire a aussi permis aux détaillants de garder pour chaque livre vendu un montant plus élevé relativement à un détaillant en France. Dans ce sens, Diffulivre a exposé, en 2007 : « [...] 755 » [...] 756 » 651. Tel que l'a également constaté la jurisprudence de l'UE dans une affaire présentant certains points similaires, un système de calcul des prix basé sur les prix indicatifs de vente au détail est fortement incitatif. 757 Il ne saurait l'être dans une moindre mesure lorsque certaines prestations telles que l'étiquetage sont rationalisées et offertes par les diffuseurs-distributeurs. En pratique, le système fortement incitatif s'est traduit par un taux de suivi par les détaillants élevé des prix tabellisés sur le marché final pendant la période visée par l'enquête. 652. Ainsi, une éventuelle pression disciplinante de la part des détaillants a été d'autant moindre que ces derniers ont été en mesure de transférer sur les consommateurs finaux le niveau des prix jugé optimal par les diffuseurs-distributeurs. Commerce électronique 653. Selon Servidis/Transat, l'essentiel de la pression concurrentielle viendrait du marché de détail, soit de la pression des consommateurs. Le

Secrétariat n'aurait « pas fait son travail » et ignorerait encore « la réalité de la pression concurrentielle effective exercée sur les libraires, les diffuseurs et les éditeurs au niveau de la demande finale.⁷⁵⁸ »⁶⁵⁴. Le commerce électronique n'est pas arrivé récemment dans la branche du livre, comme l'ont relevé plusieurs diffuseurs-distributeurs. Tout au plus peut-on admettre que l'utilisation par les consommateurs finaux s'est accrue progressivement pour avoir représenté vers la fin de la période visée par l'enquête environ 10 % de la vente de livres aux consommateurs finaux. Le réel déclencheur de la fuite de nombreux consommateurs finaux vers des sites tels qu'Amazon réside dans le fait que l'appréciation du franc a rendu les prix proposés par Amazon bien plus bas que les prix dans le commerce stationnaire en Suisse. Parallèlement, les diffuseurs-distributeurs n'ont pas transmis les gains de change aux détaillants, ni aux consommateurs finaux. L'exemple précisément de Servidis le prouve à suffisance. En effet, les chiffres exposés par Servidis/Transat indiquent que les baisses successives de leurs tables n'ont pas eu pour effet de répercuter l'appréciation du franc en faveur des détaillants.⁷⁵⁹ En effet, alors que l'euro perdait 25 % de sa valeur entre le 1er janvier 2007 et le 1er novembre 2011, la table de Servidis a baissé de 15 % sur cette même période. Par conséquent, la majoration relative pour le marché suisse a en fait augmenté sur cette pé-

⁷⁵² A 79, 6. ⁷⁵³ A 331, 5. ⁷⁵⁴ A 72 (Transat), 4. ⁷⁵⁵ A 33, 3. ⁷⁵⁶ A 33, 6. ⁷⁵⁷ Arrêt du TPI du 13 janvier 2004 T-67/01, JCB Service contre Commission des Communautés européennes, Rec. 2004, point 130. ⁷⁵⁸ A 672, 39 et 47-48. ⁷⁵⁹ A 672, 48.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 142

riode, passant d'environ 18-24760 % à 33 %. Dans un contexte de détérioration des ventes dues à la substitution vers notamment le canal internet, la majoration relative de la table par rapport à l'euro a donc augmenté. Servidis a pu préserver ses marges, malgré la détérioration du marché, au détriment des détaillants. Appels d'offres ⁶⁵⁵. Diffulivre a également mentionné qu'elle était parfois soumise à des appels d'offres, ce qui témoignerait de la concurrence émergeant de ses clients.⁷⁶¹ ⁶⁵⁶. Les appels d'offres évoqués par Diffulivre ne sont pas l'apanage de revendeurs actifs sur le marché retail. Ce sont des clients finaux d'un type particulier qui procèdent à des appels d'offre, dans la mesure où leurs choix s'opèrent en fonction de critères très précis et concernent des quantités conséquentes d'un même ouvrage. À ce titre, la concurrence que se livrent les diffuseurs, ou plutôt comme l'a mentionné à raison Diffulivre, les éditeurs, n'a pas lieu sur le marché wholesale. Il s'agirait plutôt d'un marché distinct, en ce sens que la demande n'est pas composée par des détaillants. B.4.3 Conclusion intermédiaire ⁶⁵⁷. L'art. 5 al. 4 en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart prévoit que si la concurrence efficace est supprimée par les accords, ceux-ci sont illicites.⁷⁶² ⁶⁵⁸. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. ⁶⁵⁹. Il y a lieu de constater l'absence de concurrence intramarque. La concurrence intermarques, dont la portée est limitée par les caractéristiques du produit, n'a pas non plus existé au-delà de la concurrence circonscrite au rayonnement, provenant des marchés des services de diffusion. L'analyse du marché dans sa globalité mène à la conclusion que ni la concurrence intramarque, ni la concurrence intermarques, ni la combinaison des deux concurrences intramarque et intermarques n'est apte à renverser la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. ⁶⁶⁰. La présomption de l'art. 5 al. 4 LCart s'applique et elle ne peut pas être renversée. Les systèmes de distribution de Diffulivre, Dargaud, OLF, Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, Servidis, Transat et AIG

sont illicites.

760 Le coefficient étant dégressif, l'augmentation relative de 24 % concerne plutôt les prix en euros bas et 18 % les prix en euros élevés. 761 A 693a, 45. 762 CR Concurrence AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 50), art. 5 LCart, N 228 ss., 490.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 143

B.5 Affectation notable de la concurrence 661. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). 662. Lorsque la présomption prévue à l'art. 5 al. 4 LCart peut être renversée, il y a lieu d'examiner si l'accord en cause affecte de manière notable la concurrence sur le marché pertinent (art. 5 al. 1 LCart) et, le cas échéant, s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). B.5.1 Remarque liminaire 663. Les questions de savoir si un accord affecte notablement la concurrence et si un tel accord est justifié par des motifs d'efficacité économique ne se posent que si la présomption de suppression de la concurrence peut être renversée. 763 En l'espèce, la présomption de suppression de la concurrence ne peut être renversée pour aucun des systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG. Les questions de l'affectation notable et des justifications d'efficacité ne sont donc en principe pas à être examinées. 664. En pratique, la COMCO peut toutefois procéder à un examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence, par exemple lorsqu'un tel examen ne commande pas de mesures d'enquête supplémentaires. 764 En l'espèce, l'examen de l'affectation notable et des justifications d'efficacité intervient à titre subsidiaire, car l'analyse a démontré que la présomption de suppression de la concurrence ne pouvait pas être renversée. Ainsi, la suite de l'analyse examine plus avant si, même dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption, une affectation notable de la concurrence, cas échéant, qui ne serait pas justifiée par des motifs d'efficacité économique devait être constatée. B.5.2 Examen du caractère notable de l'affectation 665. Selon le ch. 12 CommVert, le caractère notable de l'affectation de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart s'examine à l'aune de critères tant qualitatifs que quantitatifs. La pesée de ces deux critères est effectuée au cas par cas, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Ainsi, une atteinte qualitativement grave peut être notable malgré ses effets limités sur le plan quantitatif. Inversement, une atteinte ayant des effets importants d'un point de vue quantitatif peut affecter la concurrence de manière notable, même si elle n'est pas grave d'un point de vue qualitatif. 765 B.5.2.1 Caractère qualitativement notable 666. Le ch. 12 (2) CommVert énumère les accords considérés comme qualitativement notables relativement à leur objet. Au sens de la lettre b de l'énumération, les accords ayant pour objet les restrictions du territoire dans la mesure où elles intègrent les ventes passives sont considérées comme qualitativement notables.

763 Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 390 consid. 9.2.5, Implenia/WEKO et réf. citées. 764 Cf. DPC 2010/4, 649ss, Hors-liste. 765 DPC 2012/3, 575, N 279, BMW ; DPC 2010/1, 103, N 302, Gaba ; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, in: T. Geiser/P. Krauskopf/ P. Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, N 8.47.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 144

667. En l'espèce, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont reposé pendant la période visée par

l'enquête sur un régime d'exclusivité visant à prohiber les ventes passives vers la Suisse, comme il a été démontré plus haut.⁷⁶⁶ De tels systèmes de distribution sont typiquement ceux qui sont visés par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, mais également par le ch. 12 (2) let. b CommVert. 668. Ainsi, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffu- livre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont, en tout état de cause, notablement affecté la concurrence sur le plan qualitatif pendant la période visée par l'enquête. B.5.2.2 Caractère quantitativement notable 669. Selon le ch. 13 (1) CommVert, les accords verticaux en matière de concurrence non visés au chiffre 12 (2) lettres a à e n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsqu'aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de mar- ché supérieure à 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord. Selon le ch. 13 (2) CommVert, lorsque la concurrence sur le marché pertinent est restreinte par l'effet cumulatif de plusieurs réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires, le seuil visé au chiffre 13 (1) est abaissé à 5 %. En règle générale, il n'existe aucun effet cumulatif de ver- rouillage si moins de 30 % du marché pertinent est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires. 670. En l'espèce, les seuils mentionnés par le ch. 13 CommVert ne sont pas pertinents, car le caractère notable sur le plan qualitatif correspond au ch. 12 (2) let. b CommVert, expres- sément écarté du champ d'application du ch. 13 (1) CommVert. 671. Au-delà du cadre défini par le ch. 13 CommVert, les principes de l'analyse du caractère quantitativement notable ont été établis par la COMCO dans l'affaire Gaba.⁷⁶⁷ Cet examen repose essentiellement sur les éléments de la position sur le marché, des possibilités d'arbitrage, des parts de marché, de la concurrence actuelle, de la structure du marché et de la position des partenaires de l'échange. Ce sont fondamentalement les mêmes paramètres que ceux qui sont examinés dans l'examen du renversement de la présomption, la seule dif- férence résidant dans le degré de l'affectation permettant de considérer que la condition est réalisée.⁷⁶⁸ 672. En l'espèce, l'analyse du renversement de la présomption a mis en évidence que plus de 95 % du marché est soumis aux systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flamma- rion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG, lesquels ont reposé durant la période visée par l'enquête sur un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives. 673. L'examen des autres critères n'a pas été à même de laisser un doute quant à la sup- pression de la concurrence efficace sur le marché de référence wholesale. 674. Partant, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Dif- fulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont, en tout état de cause, notablement affecté la concurrence sur le plan quantitatif pendant la période visée par l'enquête.

⁷⁶⁶ Cf. B.4.1.5, 93 ss. ⁷⁶⁷ Cf. DPC 2012/3, 577 (et renvois à la pratique antérieure de la COMCO), BMW. ⁷⁶⁸ DPC 2012/3, 577, BMW.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 145

B.5.2.3 Conclusion intermédiaire 675. L'examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif. B.5.3 Aucune justification pour des motifs d'efficacité économique 676. Lorsqu'un accord affecte notablement la concurrence, il convient d'examiner si ce der- nier peut être justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire

pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer les produits ou les procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources et lorsque cet accord ne permet en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace. 677. Dans le contexte d'un marché dans lequel les produits vendus sont accompagnés d'un droit de retour, le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives pourrait réduire les coûts de distribution. Ce motif d'efficacité économique commande d'examiner la faculté de retourner les livres invendus et sa relation avec le régime d'exclusivité. 678. La faculté de pouvoir retourner les livres invendus durant un certain délai est l'une des caractéristiques même de la branche. Dans un contexte d'incertitude généralisée et de répartition des ventes sur un nombre élevé de titres, une répartition des risques entre les différents échelons de la branche a pris forme. Il en va de même concernant les livres rédigés dans d'autres langues. Ainsi, le droit de retour est un élément important pour permettre l'activité des détaillants dans la branche du livre. 679.

L'hypothèse du caractère indispensable du régime d'exclusivité prohibant les ventes passives pour garantir le fonctionnement de la faculté de retourner les livres invendus dans un certain délai n'est pas vérifiée, comme l'ont d'ailleurs admis la plupart des parties lors de leur audition ou dans leurs prises de position. En effet, le régime d'exclusivité détermine les flux, principalement les flux « aller », c'est-à-dire de l'éditeur vers le détaillant, mais également les flux « retour », les systèmes de distribution examinés agençant notamment les délais et modalités de paiement par rapport aux flux tant aller que retour. Dans ce sens, si le régime d'exclusivité permet de gérer les flux retour en interdisant des canaux de distribution parallèles, il ne se révèle pas le seul moyen de gérer de tels flux. En effet, d'autres modalités seraient envisageables. En audition, Servidis a exposé qu'une solution basée sur des taux de retour serait envisageable pour éviter les retours croisés, 769 solution que Diffulivre a également mentionnée dans sa prise de position. 770 Cela serait pratiqué pour les livres en langue allemande notamment, selon Michel-Édouard Slatkine (Servidis). 771 Flammarion a mentionné la possibilité d'un système de marquage. 772 680. En résumé, le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives est apte à canaliser le retour des livres invendus. Cependant, il n'est pas indispensable à cet effet, car il existe plusieurs autres méthodes permettant de parvenir au même résultat sans porter préjudice à la concurrence. Ainsi, il n'y a pas lieu de constater de motif d'efficacité économique nécessairement généré par le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives au cœur des sys-

769 A 914 L 795 ss. 770 A 693a, 69, N 196. 771 A 914 L 795 ss. 772 A 905 L 285 ss.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 146

tèmes de distribution justifiant ces derniers durant la période visée par l'enquête. Les diffuseurs-distributeurs concernés seraient au demeurant bien en peine de prétendre à une telle justification puisqu'ils nient l'existence même d'un tel régime. B.5.4 Conclusion intermédiaire 681. Même si l'on devait admettre contrairement à l'analyse du considérant B.4 que la présomption de suppression de la concurrence pouvait être renversée en l'espèce, l'examen de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG sont illicites, car ils ont notablement affecté la concurrence durant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif, et qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie la nécessité de ces derniers.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 147

B.6 Sanction 682. En raison de leur ratio legis les sanctions directes prévues à l'art. 49a LCart doivent assurer la mise en œuvre efficace des règles de concurrence et empêcher les violations de la loi au moyen de leur effet préventif. Les sanctions directes ne peuvent être imposées que de pair avec une décision finale qui constate l'illicéité d'une restriction à la concurrence. 683. Le fait d'imposer une sanction à des entreprises présuppose que l'énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart est réalisé. Selon cette disposition, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4 LCart, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. L'art. 9 al. 3 LCart, est applicable par analogie. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant. 684. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. L'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions, OS LCart ; RS 251.5) détermine plus avant les critères pour le calcul du montant de la sanction. 685. Concrètement, il y a lieu de déterminer d'abord le montant maximal, puis le montant de base. Ce dernier correspond à un montant pouvant aller, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart, art. 3 OS LCart). Le montant de base est ensuite augmenté en fonction de la durée de la pratique anticoncurrentielle (art. 4 OS LCart). Cette augmentation peut atteindre 50 %, pour une pratique d'une durée de 1 à 5 ans. Ensuite, une augmentation complémentaire de 10 % par année supplémentaire est possible. Les circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) et atténuantes (art. 6 OS LCart) doivent aussi être examinées. 686. La hauteur effective de la sanction dépend des circonstances concrètes et tient compte du principe de la proportionnalité conformément à l'art. 2 al. 2 OS LCart. 687. Plusieurs éléments de l'énoncé de fait légal de l'art. 49a al. 1 LCart se recoupent avec les éléments constitutifs matériels de l'infraction déjà passés en revue plus haut. Il y sera renvoyé en conséquence. B.6.1 Principe général de prescription 688. Servidis/Transat ont argué que la sanction proposée par le Secrétariat frapperait des faits prescrits. La LCart ne contient certes pas de disposition relative à la prescription, mais cette dernière serait un principe de droit général. De plus, l'application de l'art. 11 al. 4 [L]DPA serait commandée en l'espèce et une prescription de 5 ans s'appliquerait aux peines de la loi sur les cartels. 689. Servidis/Transat ont indiqué correctement que la LCart ne contenait pas de disposition concernant la prescription. Si les états de fait relevant de la loi sur les cartels devaient connaître une règle de prescription, le TF devrait alors en tenir compte d'office, ce qu'il ne fait justement pas, comme le démontre le récent arrêt Publigroupe.⁷⁷⁴ Ainsi, il n'y a pas lieu de

⁷⁷³ A 672, 50 s. ⁷⁷⁴ Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 11, Publigroupe/COMCO.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 148

considérer qu'une prescription empêcherait la COMCO de prononcer des sanctions en l'espèce. B.6.2 Entreprises 690. Les restrictions à la concurrence auxquelles se réfère l'art. 49a al. 1 LCart doivent être le fait d'une entreprise. La notion d'entreprise de l'art. 49a al. 1 LCart correspond à celle de l'art. 2 al. 1 et 1bis LCart. Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG peuvent être qualifiés

d'entreprises au sens de la loi sur les cartels. B.6.3 Comportement illicite 691. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit conformément au cadre légal constitutionnel des mesures contre les cartels durs au sens d'accords horizontaux ou verticaux saisis par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart. Ce sont les infractions au droit de la concurrence qui portent le plus préjudice aux consommateurs, aux entreprises et à l'économie dans son ensemble et qui ont par ailleurs été traitées spécifiquement par le législateur par l'introduction des présomptions de la LCart. Partant, deux conditions doivent être remplies pour qu'une sanction puisse être infligée en application de l'art. 49a al. 1 LCart. Il s'agit d'une part d'une participation à un accord sur les prix, les quantités ou sur la répartition des marchés au sens de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart et d'autre part de l'illicéité de cet accord. B.6.3.1 Suppression de la concurrence 692. Toutes les parties ont contesté avoir été parties à des accords tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart durant la période visée par l'enquête. Les arguments qu'elles ont avancés ont été traités dans les considérants matériels de la présente décision. 693. Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont supprimé la concurrence efficace. 775 B.6.3.2 Affectation notable 694. Interforum, OLF, Diffulivre, Dargaud et AIG ont argué que si la COMCO devait retenir non pas la suppression de la concurrence, mais seulement son affectation notable sur la base des art. 5 al. 1 et 2 LCart, une sanction qui serait infligée aux parties sur la base de l'art. 49a al. 1 LCart serait tout de même à exclure. 776 Diffulivre en particulier a fait valoir que l'art. 49a al. 1 LCart, dans sa teneur actuelle ne prévoirait une sanction qu'en cas de suppression de la concurrence et non en cas d'affectation notable de cette dernière. Au vu de cela, la COMCO en effectuant une interprétation divergente violerait le principe de la légalité. La subsumption des situations dans lesquelles seule une affectation notable au sens des art. 5 al. 1 et 2 LCart tomberaient sous le coup de l'art. 49a al. 1 LCart serait non seulement contraire à la lettre de cette dernière norme et au but des sanctions directes visant les atteintes les plus graves, mais elle mènerait également à une insécurité juridique et un défaut de prévisibilité des sanctions. Les considérations du législateur faites dans le cadre de la révision actuelle de la LCart abonderaient également dans ce sens. De plus, le raisonnement de la COMCO, selon lequel la preuve de la suppression de la concurrence étant très difficile à apporter en pratique en raison des exigences posées par le Tribunal fédéral et les difficultés auxquelles cette dernière se verrait confrontée de ce fait pour infliger des sanctions directes, justifierait que l'art. 49a al. 1 s'applique également aux accords visés par l'art. 5 al. 1 et 2 775 Cf. B.4.3. 776 A 672, 50 ; A 690, 27 ; A 689, 16 ; A 691 N 187.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 149

LCart, ne saurait être retenu, en raison du principe de la légalité tel qu'il est formulé à l'art. 1er CP, la nature de la sanction étant pénale. 777 695. Le raisonnement de Diffulivre et l'argument des autres diffuseurs-distributeurs l'ayant invoqué ne peut être suivi. Premièrement en effet, c'est l'illicéité d'un accord au sens de l'art. 49a al. 1 LCart qui est déterminante et non le degré de restriction de la concurrence constaté. Dans sa pratique, la COMCO a considéré que les accords au sens de l'art. 5 al. 4 pouvaient être sanctionnés également dans le cas où la présomption légale aurait été renversée. 778 Deuxièmement, le TF a retenu que l'art. 49a LCart permettant les sanctions directes a été introduit dans le but de lutter de manière plus efficace contre les accords horizontaux et verticaux les plus nuisibles affectant notablement la concurrence – « wettbewerbsbeschränkend » – et non uniquement ceux supprimant la concurrence. 779 696. Ainsi, même s'il convenait d'admettre que la présomption de la concurrence devait être renversée en l'espèce, il y

aurait lieu d'admettre que les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont été illicités durant la période visée par l'enquête, dans la mesure où ils ont affecté notablement la concurrence.

B.6.3.3 Conclusion intermédiaire 697. Un comportement illicite au sens de l'art. 49a al. 1 LCart peut être constaté pour Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG.

B.6.4 Imputabilité 698. Selon la jurisprudence fédérale et la pratique de la COMCO, non seulement les éléments constitutifs de l'infraction sur le plan matériel, y compris l'illicéité, doivent être établis pour déclencher l'éventualité d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart, mais encore une imputabilité objective.⁷⁸⁰ Cette condition de l'imputabilité objective est à comprendre comme la nécessité de démontrer, au moins, une commission – ou une omission – par négligence consistant en une violation d'un devoir de vigilance découlant des circonstances ou en un défaut d'organisation. 699.

Interforum a soutenu dans sa prise de position que si la LPL avait été adoptée, l'enquête aurait été classée. La COMCO aurait ainsi fait dépendre sa sanction du résultat d'une votation populaire qui de une, était imprévisible et de deux, sortait du champ d'influence des diffuseurs, raison pour laquelle aucune imputabilité ne serait donnée. 700. Selon E5F, l'adoption de la LPL aurait conduit à légaliser les pratiques en vigueur en Suisse sur le marché du livre écrit en français. Le mécanisme qu'entendait institutionnaliser cette loi aurait correspondu quasiment en tous points aux comportements reprochés aux diffuseurs. En suspendant son enquête, le Secrétariat aurait signalé tolérer les pratiques des parties jusqu'à résultat connu de la votation populaire sur la LPL. De plus, en s'abstenant de mettre en garde les diffuseurs des conséquences liées à la poursuite de leurs agissements, le Secrétariat aurait adopté une attitude confortant ces derniers dans l'idée de conformité de leurs pratiques avec la LCart. Dans ces circonstances, les parties ne pouvaient s'attendre à ce que la procédure aboutisse à un tel résultat et vouloir leur infliger une sanction correspondrait à une violation du principe de la bonne foi.

777 A 693a, 165 ss, N 512 ss. 778 DPC 2012/3, 581, N 321 ss. BMW. 779 ATF 135 II 60, 63, consid. 2.1. ; DPC 2012/3, 582, N 322, BMW. 780 Arrêt du TAF DPC 2010/2, 363 consid. 8.2.2, Publigroupe/COMCO.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 150

701. Flammarion a indiqué que les entreprises du secteur se seraient conformées de bonne foi à un système qu'elles pensaient légitime et qui serait parfaitement légal dans leur pays d'origine. De plus, au vu des échanges avec le Secrétariat au cours des quatre années d'enquête, une sanction ne pouvait être raisonnablement anticipée. La longueur de la procédure et l'incertitude quant aux infractions réellement reprochées auraient abouti à une situation d'insécurité juridique. 702. Glénat a estimé incohérent et manifestement choquant que le Secrétariat ait pu concevoir de lui infliger une sanction pour un comportement qui serait en fin de compte imputable aux libraires, seuls responsables de ne pas s'approvisionner directement en France. 703. Diffulivre a réfuté que les reproches formulés dans la proposition du Secrétariat à l'endroit des diffuseurs seraient imputables à la violation d'un devoir de diligence de leur part. En premier lieu, elle a contesté avoir joué un quelconque rôle dans le déclenchement et le processus législatif lié à la LPL de manière générale. Le fait que l'avancement de ce projet de loi ait été discuté lors de réunions de l'ASDEL ne saurait en outre lui être reproché, puisque la LPL aurait eu des conséquences directes sur l'activité des diffuseurs et de telles discussions relèveraient du but statutaire de l'association. De plus, Diffulivre se serait toujours distancée des propos émanant de

l'ASDEL ou de ses membres qu'elle considérait inappropriés. En deuxième lieu, Diffulivre s'en est pris aux autres éléments avancés par le Secrétariat dans ce contexte. Tous les extraits tirés de procès-verbaux de réunions au sein de l'ASDEL ont été réfutés en tant que preuves d'une violation du devoir de diligence de Diffulivre. Selon elle, rien dans ces extraits ne démontrerait que les diffuseurs auraient douté de la conformité du système économique et auraient été conscients de la nature illicite de ces pratiques. 704.

Servidis/Transat ont contesté qu'un accord illicite leur serait imputable. Selon elles, le fait que la COMCO se soit abstenue d'ouvrir une enquête pendant si longtemps, contrairement au marché suisse allemand, alors que l'organisation du marché lui était connue et qu'elle l'ait ensuite ouverte avec pour objet l'examen d'un éventuel abus de position dominante leur livrait de très bonnes raisons de s'estimer en-dehors des « foudres de la LCart ». En effet, n'étant aucunement en position dominante et disposant de tables parmi les plus basses sur le marché, les deux sociétés ne se seraient pas senties concernées par l'enquête. Quant à l'organisation du marché, cette dernière ne serait que « le prolongement logique de l'organisation prévalant en France et dans le reste de l'Europe francophone ». Elle a relevé que la « duplication de la diffusion » est un « choix commercial ». Dans ce contexte, les diffuseurs n'avaient pas conscience d'être en infraction. 705. Concernant Dargaud, outre le fait que le Secrétariat n'aurait pas démontré que des accords illicites lui seraient imputables, les contrats qui pourraient éventuellement s'être révélés problématiques du point de vue du droit des cartels ne pourraient être imputés à Dargaud puisque les restrictions à la concurrence résulteraient d'accords conclus entre l'éditeur et le diffuseur étranger auxquels Dargaud ne serait pas partie. Dargaud a également contesté le reproche formulé dans la proposition du Secrétariat à l'égard des diffuseurs consistant en l'absence d'adaptation du comportement nonobstant l'ouverture d'une enquête. La procédure ne visant que les violations de l'art. 7 LCart, les diffuseurs pouvaient légitimement partir du principe que seul l'abus de position dominante était visé par l'enquête. L'élargissement de l'enquête aux art. 5 al. 3 et 4 LCart n'étant intervenu que le 2 mars 2011 avec en toile de fond l'adoption de la version finale de la LPL par le Parlement le 18 mars 2011, un changement de pratique ne pouvait être exigé de la part des diffuseurs dans ces circonstances. 706. ALG a contesté que l'imputabilité ait été établie par le Secrétariat. Aucune des indications qu'elle a faites dans sa prise de position ne concerne les accords verticaux ATD.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 151

707. Les éléments suivants justifient l'imputation des comportements illicites constatés aux diffuseurs-distributeurs. Premièrement, tous les systèmes de distribution considérés comme illicites auxquels ont été impliqués les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête ont expressément contenu des clauses contractuelles établissant un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives. 708. Deuxièmement, durant la période visée par l'enquête, tous les diffuseurs-distributeurs ont mis consciemment en œuvre les systèmes de distribution en s'opposant aux tentatives d'importations parallèles. 709. Troisièmement, les discussions au sein de l'assemblée professionnelle du domaine Diffuseur de l'ASDEL permettent de tirer la conclusion que le cloisonnement du territoire suisse était une politique assumée. Le passage d'un protocole d'une réunion des diffuseurs-distributeurs qui suit, faisant état de la volonté de la FNAC de basculer ses approvisionnements en direct, peut être imputé à l'ensemble des diffuseurs-distributeurs au regard des tentatives de modification de ses approvisionnements exposées par la FNAC en audition : « Les diffuseurs ont appris que la Fnac Suisse avait entrepris des démarches auprès de certains

diffuseurs français afin de pouvoir d'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les points et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la Fnac a toujours la possibilité de passer par la plate-forme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches prendront au besoin des dispositions appropriées.⁷⁸¹ » 710. Les développements législatifs parallèles à la procédure n'altèrent nullement la consi- dération de l'imputabilité pour les charges finalement retenues. En effet, comme il a été ex- posé en matière de prescription réservées, la LPL ne contenait aucun volet concernant la ré- glementation des approvisionnements. Seul un régime de prix de revente était prévu. Dans ce sens, les diffuseurs-distributeurs n'ont pu se représenter que leurs systèmes de distribu- tion fondées sur des régimes d'exclusivité pourraient être d'une quelconque manière « légi- timés » par un texte de régulation spécifique. Les diffuseurs-distributeurs ont bien au con- traire, comme le passage ci-dessus ainsi que les développements concernant l'exclusion des ventes passives le complète, échangé concernant le danger des exportations parallèles au sein de leur assemblée professionnelle, et cela sans que la procédure législative ne réduise d'une quelconque manière l'imputabilité des comportements aux diffuseurs-distributeurs. 711. Quatrièmement, malgré la proposition du Secrétariat, intervenue en août 2012, les dif- fuseurs-distributeurs n'ont, à quelques exceptions près, toujours pas ouverts la voie à des importations parallèles. 712. Ainsi, les comportements illicites peuvent objectivement être imputés aux diffuseurs- distributeurs que sont Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Tran- sat, Dargaud et AIG. B.6.5 Mesure de la sanction B.6.5.1 Montant maximal 713. Le montant maximal de la sanction correspond à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart en relation avec art. 7 OS LCart). Le chiffre d'affaires de l'entreprise est calculé par analogie

781 A 547f, 12 (PV de l'Assemblée professionnelle des diffuseurs du 12.3.2007, 2).

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 152

aux critères de l'art. 9 al. 3 LCart – notification des opérations d'entreprises (art. 49a al. 1 LCart). L'art. 9 al. 3 LCart est précisé aux art. 4 et 5 OCCE. En l'espèce, la somme des chiffres d'affaires en Suisse des trois dernières années de cha- cun des diffuseurs doit être pris en compte. Le montant maximal pour chaque diffuseur est indiqué dans le tableau suivant :

Partie Max	49a LCart	Somme	CA Interforum	Fr. [...]	Fr. [...]	E5F	Fr. [...]	Fr. [...]
			Flammarion	Fr. [...]	Fr. [...]	Glénat	Fr. [...]	Fr. [...]
			OLF	Fr. [...]	Fr. [...]	Diffulivre	Fr. [...]	Fr. [...]
			Servidis	Fr. [...]	Fr. [...]	Transat	Fr. [...]	Fr. [...]
			Dargaud	Fr. [...]	Fr. [...]	AIG	Fr. [...]	Fr. [...]

714. AIG a contesté le calcul de ce montant dans sa prise de position en indiquant que seul le chiffre d'affaires des activités dans le domaine de la diffusion aurait dû être pris en compte.⁷⁸² Il n'y a pas lieu de suivre son propos. Ce n'est que lors de la détermination du montant de base qu'il s'agit de tenir compte, conformément à l'art. 3 OS LCart, du chiffre d'affaires des trois derniers exercices réalisé sur les marchés pertinents. L'art. 7 OS LCart, qui s'applique en matière de calcul du montant maximal d'une sanction, ne contient pas cette précision. Par conséquent le chiffre d'affaires d'une entreprise est considéré de manière glo- bale et indifférenciée pour le calcul de ce montant. B.6.5.2 Mesure concrète de

la sanction B.6.5.2.1 Montant de base 715. Le montant de base du calcul peut représenter selon la gravité et le type d'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart). 716. Selon Interforum, les chiffres retenus pour le montant de base seraient trop élevés en ce qui la concerne. Il y aurait lieu de déduire de ce montant les revenus des livres des éditeurs suisses, des éditions scolaires pour écoles suisses (prix cession) et des livres vendus directement au Salon du livre. Ces positions du chiffre d'affaires mentionnées par Interforum n'ont pas été gagnées sur le marché de référence et dans la mesure où ces distinctions sont possibles, il y a lieu de les retrancher du montant de base.

782 A 690, 29.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 153

717. Selon Interforum il y aurait également lieu de déduire d'autres montants, lesquels constituent en fait des « frais », voire des versements. Ce sont concrètement les frais de distribution et les remises spéciales aux libraires (remises de fin d'années et surremises). Ces positions ne peuvent pas être considérées comme éléments du chiffre d'affaires et on ne voit dans quelle mesure ils sont pertinents pour le calcul du montant de base. 718. Selon Dargaud, les prestations de gestion en faveur des sociétés dans lesquelles elle détient des participations devraient être déduits du montant de base. Il en irait de même avec les positions prestation de services, ventes de produits dérivés et vente de livres d'éditeurs allemands. Elle a également considéré qu'il y aurait lieu de soustraire les chiffres d'affaires réalisés par les éditeurs MP et les tiers-MP. 719. Selon les considérants qui précèdent, Dargaud répond également d'accords illicites en ce qui concerne les systèmes de distribution des éditeurs MP et des Tiers-MP. Dans ce sens, les deux dernières soustractions invoquées du montant de base ne peuvent pas être suivies. Les autres positions relevées ne correspondent pas à des revenus sur les marchés de référence et doivent par conséquent être déduites du montant de base. 720. Selon AIG, le montant de base proposé par le Secrétariat devrait être diminué du chiffre d'affaires réalisé avec des éditeurs suisses et ramené à [...]. 783 Cette soustraction peut légitimement être invoquée et répercutée sur le montant de base d'AIG. 721. Les autres diffuseurs-distributeurs n'ont pas contesté le montant de base proposé par le Secrétariat. Ainsi, la limite supérieure du montant de base pour chaque diffuseur est indiquée dans le tableau suivant :

Max 49a LCart Somme CA MRéférence Interforum Fr. [...] Fr. [...] E5F Fr. [...] Fr. [...] Flammarion Fr. [...] Fr. [...] Glénat Fr. [...] Fr. [...] OLF Fr. [...] Fr. [...] Diffulivre Fr. [...] Fr. [...] Servidis Fr. [...] Fr. [...] Transat Fr. [...] Fr. [...] Dargaud Fr. [...] Fr. [...] AIG Fr. [...] Fr. [...]

783 A 690, 30.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 154

B.6.5.2.2 Gravité et type des infractions 722. Selon l'art. 49a al. 1 LCart en relation avec l'art. 3 OS LCart, la durée et la gravité des pratiques illicites doivent être considérées dans le calcul de la sanction. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte. 723. La pratique de la COMCO considère que la possibilité de pratiquer des importations parallèles est particulièrement digne de protection. 784 En effet, l'ouverture des marchés permet les activités pro-concurrentielles d'arbitrage, lesquelles

sont au cœur de tout processus de concurrence. Dans l'UE, les atteintes à l'intégration du marché, telles qu'elles résultent notamment des accords de cloisonnement sont considérées comme particulièrement graves et le niveau des sanctions dans ce domaine est, en conséquence, élevé.⁷⁸⁵ Les accords verticaux visant les prix et le cloisonnement des territoires sont considérés comme particulièrement nuisibles à la concurrence, ce qui se traduit notamment par le fait que la voie d'une exemption par le règlement d'exemption par catégorie n'est pas ouverte pour ces types d'accords. Arguments des diffuseurs-distributeurs 724. Interforum a contesté la gravité retenue, établissant un taux de 10 % comme montant de base. Elle a avancé que les effets nuisibles allégués par le Secrétariat ne se seraient pas produits et ne seraient pas avérés. Spécifiquement concernant le cloisonnement du territoire, il y aurait lieu de tenir compte du fait que les détaillants suisses n'auraient pas particulièrement cherché à obtenir des livraisons systématiques depuis l'étranger, lesquelles auraient été empêchées en raison d'accords.⁷⁸⁶ De plus, l'argument avancé par le Secrétariat consistant à dire que les accords de cloisonnement constitueraient des atteintes particulièrement graves, ce qui serait démontré par le fait que le législateur les a soumis à une présomption d'illicéité, a été contesté par Interforum. En effet, seuls les accords tombant sous la présomption peuvent faire l'objet d'une sanction.⁷⁸⁷ Le taux devrait, au vu de la gravité des accords en l'occurrence s'élever tout au plus à 4 %.⁷⁸⁸ 725. Selon E5F, le Secrétariat aurait violé le principe de la légalité en calculant la sanction sur la base d'un cumul des accords reprochés. En droit des cartels, la sanction devrait être fixée de manière individuelle pour chaque pratique illicite retenue.⁷⁸⁹ La question de la licéité d'un « cumul des comportements reprochés » peut rester ouverte, car les autres comportements illicites retenus par le Secrétariat dans sa proposition n'ont pas été retenus. E5F a également critiqué la prise en compte insuffisante du gain qu'elle aurait obtenu en recourant aux pratiques illicites. L'amende aurait été fixée par le Secrétariat sans tenir compte de ce critère. Elle a par la suite contesté s'être procurée toute sorte de rente cartellaire sur la base de ses pratiques.⁷⁹⁰ 726. Flammarion a contesté dans sa prise de position que les faits retenus par le Secrétariat constitueraient de graves infractions justifiant la prise en considération d'un montant de base aussi élevé. De plus, elle a constaté que la proposition serait en contradiction avec la pratique de la COMCO consistant à retenir pour les accords verticaux un montant ne dépassant pas les 5 % des trois derniers exercices sur le marché relevant. En l'occurrence, sur la base

784 DPC 2012/3, 587, N 364 et réf. citées, BMW. 785 DPC 2012/3, 587, N 364 et réf. citées, BMW ; GEORGIO MONTI, EC Competition Law, 2007, 40. 786 A 692, N 228. 787 A 692, N 231. 788 A 692, N 233. 789 A 736, N 142. 790 A 736, N 140.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 155

des faits retenus à l'encontre de Flammarion, le taux retenu pour le calcul du montant de base ne devrait pas dépasser 2 %.⁷⁹¹ 727. OLF a soulevé qu'il était essentiellement question d'accords verticaux dans la proposition. Ces derniers étant généralement considérés moins graves que les accords horizontaux, la gravité des pratiques devrait être relativisée et le montant adapté.⁷⁹² 728. Selon Diffulivre, le taux de 10 % retenu pour le calcul du montant de base serait excessif sous deux angles. D'abord, en admettant qu'un accord doive être retenu sur la base des art. 5 al. 1 et 2 LCart et non sur la base de 5 al. 3 et 4 LCart, le taux devrait être revu à la baisse puisqu'une restriction notable affecte moins la concurrence qu'une suppression totale de cette dernière. Ensuite, les accords verticaux seraient moins dommageables que les accords horizontaux ce qui justifierait également

qu'on s'écarte du taux maximal retenu. Dans tous les cas, les 10 % proposés, ne supporteraient pas la comparaison avec les autres décisions rendues par la COMCO en la matière.^{793 729}. Servidis/Transat ont réfuté l'argument du Secrétariat consistant à déduire la gravité des pratiques en cause du fait que le législateur leur a reconnu un potentiel anticoncurrentiel si important qu'il les a soumises à une présomption d'illicéité. Ce choix du législateur ne permettrait pas de tirer de conclusion quant à la gravité concrète de l'infraction.⁷⁹⁴ Elles ont également invoqué le fait qu'elle ne réalisaient pratiquement pas de profit. De plus, elles seraient désavantagées par le système de détermination des sanctions qui ne serait pas adapté aux sociétés actives uniquement en Suisse et dans un seul marché se voyant en raison de cela automatiquement infliger un montant de base équivalent à la peine maximale.^{795 730}. Dargaud a invoqué que dès le 18 mars 2011, date de l'adoption de la LPL par le Parlement, les diffuseurs pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que leur activité s'inscrive à court terme dans un cadre régulé qui aurait échappé à la LCart. Une adaptation du comportement ne pouvait, au vu de cette circonstance, pas être exigée de la part de Dargaud.⁷⁹⁶ De plus, cette dernière a estimé qu'un taux plafond de 10 % ne serait pas justifié par la gravité des pratiques en cause. Un tel taux s'éloignerait de la pratique de la COMCO, dans la mesure où il a été fixé à 5 % dans les affaires Nikon et Gaba sur la base de contrats prévoyant expressément des interdictions d'exportations et des mesures concrètes les faisant respecter, ce qui ne serait pas donné dans le cas présent.^{797 731}. Selon AIG, il conviendrait de tenir compte à ce stade de la faible importance de ces accords.⁷⁹⁸ Au vu de cela, les atteintes à la concurrence causées par AIG ne pourraient être qualifiées de graves, raison pour laquelle cette dernière estime que le taux retenu à son encontre ne devrait pas dépasser les 3 %.⁷⁹⁹ Appréciation 732. Les comportements illicites ayant pour objet de cloisonner le territoire constituent des violations graves de la loi sur les cartels. C'est d'autant plus le cas, lorsque plus de 95 % du marché sont concernés par un tel cloisonnement. En pratique, la COMCO retient générale-

791 A 699, N 112 ss. 792 A 689, 18. 793 A 693a, N 546 ss. 794 A 672, 55. 795 A 672, 55. 796 A 691 N 208s. 797 A 691, N 213. 798 A 690, 30 799 A 690, 30.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 156

ment un pourcentage se situant au milieu de l'échelle prévue par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 3 OS LCart, soit 4 à 6%, pour ce type de violations de la loi sur les cartels. 733. Comme la COMCO a eu l'occasion de le relever à plusieurs reprises, une rente cartellaire ne peut en pratique, et ce en particulier lorsqu'un cloisonnement du marché est en cause, que difficilement être estimée, voire a fortiori mesurée. La protection conférée par le cloisonnement du marché n'est pas forcément corrélée avec les profits des entreprises. En effet, il n'est pas à exclure que des changements structurels aient été empêchés ou retardés par les comportements illicites. 734. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, des particularités de cette enquête et de la violation de la loi sur les cartels finalement retenue, un pourcentage de 4 % du montant de base est considéré comme approprié par la COMCO. Le même pourcentage sera appliqué aux différents diffuseurs-distributeurs concernés. En effet, la violation retenue de l'article 5 al. 4 LCart est imputable à toutes les entreprises, même si elles ont appliqué des tabelles différentes ou ont rédigé leurs clauses contractuelles de manière différente. Lors de l'audition, la FNAC, Payot et Distrilivres ont indiqué que le cloisonnement du marché wholesale était généralisé et homogène pendant la période pertinente de l'enquête.⁸⁰⁰ L'application d'un même pourcentage se justifie par conséquent. Lors de son audition, le directeur des opérations

pour la FNAC en Suisse a été très clair : « Reinhart : Sur la période de votre enquête, je pense qu'il était impossible pour un libraire de s'approvisionner en France. Pour une raison très simple. C'est que l'ouverture du compte auprès d'un libraire français était impossible. Martenet : Pourquoi ? Reinhart : Un refus du libraire français de vous ouvrir un compte tout simplement. Martenet : Et auprès d'un diffuseurs français ? Reinhart : Auprès d'un éditeur ou d'un diffuseur. Martenet : N'importe lequel ça serait impossible ? Reinhart : Oui. »801 735. Les indications données par Payot lors de son audition vont dans le même sens : « Vandenberghe : [...] En dehors de ça [livres non distribués en Suisse], nous ne pratiquons aucune importation parallèle cachée pour les autres distributeurs actuellement présents aujourd'hui en Suisse. Martenet : Et ouvertes, est-ce que vous seriez en mesure de le faire ? Vandenberghe et Lebec : Non. Vandenberghe : Certainement pas. »802 736. Dans leurs réponses aux questionnaires, les libraires, y compris ceux spécialisés par exemple dans les bandes dessinées, n'ont fait aucune distinction entre les différents diffuseurs-distributeurs.

800 A 906 L 85 s ; A 913 L 410 ss. A 911 L 187 ss. 801 A 906 L 78 ss. 802 A 913 L 357 ss. 31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 157

737. Le tableau suivant indique les résultats intermédiaires du calcul basé sur un pourcentage de 4 % :

Montant de base Interforum Fr. [...] E5F Fr. [...] Flammarion Fr. [...] Glénat Fr. [...] OLF Fr. [...] Diffulivre Fr. [...] Servidis Fr. [...] Transat Fr. [...] Dargaud Fr. [...] ALG Fr. [...]

B.6.5.2.3 Durée des infractions 738. Selon l'art. 4 OS LCart, le montant de base doit être majoré en fonction de la durée de la pratique anticoncurrentielle. Cette augmentation peut atteindre 50 %, pour une pratique d'une durée de 1 à 5 ans et ensuite, une augmentation complémentaire de 10 % par année supplémentaire est possible. 739. E5F a relevé que l'enquête a duré du 13 mars 2008 au 14 août 2012 et que par conséquent une majoration de 60 % – telle que proposée par le Secrétariat dans sa proposition – reposant sur la durée du comportement illicite ne serait pas justifiée. Il faudrait tenir compte de la durée de l'enquête qui s'élèverait selon cette partie à 31 mois.803 Servidis/Transat ont considéré que la durée des infractions ne serait pas démontrée, les clauses d'exclusivité n'étant pas des accords ATD.804 740. Les comportements illicites constatés ont été menés durant toute la durée de la période visée par l'enquête, c'est-à-dire de 2005 à 2011, ce qui est soutenu non seulement par les accords contractuels considérés, mais également par les effets des régimes d'exclusivité sur l'ensemble de cette période. Dans ce sens, l'application de l'art. 4 OS LCart commande une augmentation de 50 %. 741. La question se pose ensuite de savoir si une augmentation complémentaire doit être considérée, étant donné que la période visée par l'enquête circonscrit une durée de plus de 5 ans. En l'espèce, une augmentation complémentaire n'est pas justifiée au regard de la

803 A 736, N 126. 804 A 692, 57.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 158

suspension de l'enquête pendant près d'une année.805 Dans de telles circonstances, il ne semble pas opportun d'appliquer une augmentation complémentaire en l'espèce. 742. Au surplus, l'argument fondé sur la durée de l'enquête, plus précisément de la durée de l'instruction par le Secrétariat, et non de celle de l'infraction est erroné et n'a aucune pertinence. Il est en effet question, selon l'OS LCart, de la durée de la « pratique concurren-

tielle », aucune référence n'étant faite à la durée de l'enquête, ni de l'instruction. 743. La période visée par l'enquête s'étend de 2005 à 2011. Sur cette période les comportements illicites ont été pratiqués par les diffuseurs-distributeurs en cause sans interruption. Sur la base des circonstances particulières de l'espèce, notamment de la suspension de l'enquête liée à la procédure législative de la LPL, et conformément à l'art. 4 OS LCart, il y a lieu de majorer le montant de base de 50 % pour l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. 744. Le tableau suivant indique les résultats intermédiaires du calcul :

Montant majoré Interforum Fr. [...] E5F Fr. [...] Flammarion Fr. [...] Glénat Fr. [...] OLF Fr. [...] Diffulivre Fr. [...] Servidis Fr. [...] Transat Fr. [...] Dargaud Fr. [...] AIG Fr. [...]

B.6.5.3 Circonstances aggravantes 745. Les circonstances aggravantes sont prises en considération conformément à l'art. 5 OS LCart. Il n'y a pas de circonstances aggravantes au sens de cette disposition à l'encontre des diffuseurs-distributeurs. B.6.5.4 Circonstances atténuantes et proportionnalité 746. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont considéré que certaines circonstances particulières devaient être prises en compte pour diminuer la sanction, non seulement au sens de l'art. 6 OS LCart (circonstances atténuantes), mais également au sens de l'art. 2 al. 2 OS LCart, lequel transpose l'exigence constitutionnelle de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.).

805 Cf. A.2

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 159

B.6.5.4.1 LPL 747. Interforum, E5F, OLF, Diffulivre ont notamment considéré que l'adoption et de manière plus générale le processus législatif lié à la LPL justifieraient une diminution de l'amende. Interforum et Diffulivre ont invoqué que l'adoption de la LPL aurait amené la COMCO à classer la procédure en cours. 806 Selon E5F, en suspendant la procédure, le Secrétariat aurait signalé tolérer les pratiques des diffuseurs-distributeurs jusqu'à résultat connu de la votation populaire sur la LPL. De plus, en s'abstenant de mettre en garde ces dernières des conséquences liées à la poursuite de leurs agissements, le Secrétariat aurait adopté un comportement confortant les diffuseurs de la conformité de leurs pratiques avec la LCart. Vouloir infliger une sanction aux parties dans ces circonstances, correspondrait en outre à une violation du principe de la bonne foi. 807 OLF a relevé que dans le droit de l'UE, l'existence d'un doute raisonnable de l'entreprise sur le caractère infractionnel du comportement restrictif devrait être apprécié comme circonstance atténuante. Dans ce sens, la LPL serait par conséquent indubitablement un facteur dont il faudrait tenir compte et il serait injuste de reprocher aux diffuseurs une absence de changement de comportement ou une tentative de réforme du système. 808 748. Les particularités de la présente enquête ont été retenues lors de la fixation du montant de base. Considérer le processus législatif en tant que tel au surplus comme circonstance atténuante ne peut être admis. En effet, il convient de relever que la LPL ne prévoyait aucune règle concernant les approvisionnements et qu'elle n'a jamais pu être la source d'un quelconque doute concernant la licéité ou non de cloisonner le territoire suisse. Durant tout le processus législatif, c'est la question de la fixation des prix de revente qui a été au centre des débats. Or, la présente décision ne retient pas une violation de la loi sur les cartels à ce titre. Bien que les diffuseurs-distributeurs ont relevé que la majorité des Romands avaient accepté le texte de loi en referendum, il convient de rappeler que la LPL n'est jamais entrée en vigueur. Capacité contributive 749. Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont invoqué que la sanction proposée par le Secrétariat mènerait à la faillite de leur société et ont livré

différents éléments comptables complémentaires pour attester de leur situation respective. 750. Dans sa pratique, la COMCO a considéré la capacité contributive des entreprises au niveau de la proportionnalité de la sanction.⁸⁰⁹ Selon le droit de l'UE, dans des circonstances exceptionnelles, la Commission européenne peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende ne sera accordée à ce titre sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne pourrait être accordée que si l'imposition d'une amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur.⁸¹⁰ Dans sa pratique la Commission européenne a précisé que la capacité des actionnaires de recapitaliser la société peut être prise en considération.⁸¹¹ Conformément aux lignes directrices correspondantes, elle a précisé qu'au-delà de l'éventuelle faillite de l'entreprise, il s'agissait encore de considé-

806 A 693a, N 557, A 692, 26, N 82. 807 A 736, N 130. 808 A 689, 17. 809 Cf. décision de la COMCO du 20.8.2012, 71 ss, Altimum. 810 Cf. ch. 35 Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, JO 2006/C 210/02. 811 Commission européenne, décision du 30. 6 2010, COMP/38.344, Prestressing Steel, point 1136.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 160

rer l'éventuel sauvetage des actifs de l'entreprise. Dans le cas où ces derniers pourraient survivre à l'entreprise, une réduction au titre de la capacité contributive n'entrerait pas en ligne de compte.⁸¹² La jurisprudence du Tribunal de première instance a confirmé la pratique de la Commission européenne et précisé que lorsque celle-ci inflige une amende pour infraction aux règles de la concurrence, elle n'est pas tenue de considérer comme circonstance atténuante la mauvaise santé financière du secteur en cause.⁸¹³ 751. À titre liminaire, il convient de relever que les sanctions proposées par le Secrétariat dans sa proposition étaient sensiblement plus élevées que les sanctions calculées ci-dessus. Malgré la diminution des sanctions par rapport à la proposition du Secrétariat, il y a lieu d'examiner si le risque de disparition des entreprises devait résulter des sanctions calculées plus haut. 752. Les diffuseurs-distributeurs ayant invoqué le risque de faillite sont [...], Glénat, OLF, [...], Servidis/Transat et AIG. [...] ⁸¹⁴ Selon [...] et Glénat, la sanction retenue dans la proposition, serait en contradiction totale avec le principe de la proportionnalité car elle [...]. ⁸¹⁵ La marge nette réalisée par OLF sur ses activités de diffusion serait négative et donc déficitaire en 2009, 2010 et 2011, un telle sanction mènerait donc à la faillite de la société. ⁸¹⁶ [...] ⁸¹⁷ Servidis/Transat ont invoqué une violation du principe de la proportionnalité puisque les sanctions prévues dans la proposition de décision entraîneraient inévitablement leur faillite respective. ⁸¹⁸ AIG a mis en relief que le montant de l'amende ne pourrait être que symbolique, sous peine de condamner l'entreprise. ⁸¹⁹ 753. Interforum est une filiale du groupe Editis, laquelle appartient à Grupo Planeta. Selon les données du site internet Editis, Grupo Planeta a réalisé en 2008, un chiffre d'affaires de [...], dont [...] à travers une quarantaine de maisons d'édition. ⁸²⁰ 754. E5F appartient au groupe Gallimard, dont le chiffre d'affaires consolidé s'est établi à [...] en 2011. ⁸²¹ 755. Flammarion appartient au groupe éponyme. Le chiffre d'affaires du groupe Flammarion s'est élevé en 2011 à [...]. ⁸²² Le groupe Flammarion a été racheté par le groupe Gallimard en 2012. Avant cette date, il appartenait à RCS MediaGroup, dont le chiffre d'affaires consolidé en 2011 a été de [...]. ⁸²³

812 Commission européenne, décision du 30. 6 2010, COMP/38.344, Prestressing Steel, point 1138. 813 arrêt du TPI du 5 octobre 2011 T-39/06, Transcat, pt 223.; arrêt du TPI du 12.12.2012 T- 352/09, Novácke chemické závody/Commission, pts 186-190 814 A 692, 21 N 63. 815 A 699, N 115 ss ; A 695 N 57 816 A 689, 19. 817 A 693a, N 560 ss. 818 A 672, 55. 819 A 690, 33. 820 Cf. <http://www.editis.com/content.php?lg=fr&id=51> (dernière consultation le 11 juin 2013). 821 Cf.

<http://www.gallimard.fr/Footer/Ressources/La-maison-d-edition> (dernière consultation le 11 juin 2013). 822 Cf. [http://www.groupe-flammarion.com/content/nos %20chiffres](http://www.groupe-flammarion.com/content/nos%20chiffres) (dernière consultation le 11 juin 2013). 823 Rapport annuel 2011, 78, accessible sur le site internet du groupe <http://www.rcsmediagroup.it> (dernière consultation le 11 juin 2013).

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 161

756. Selon différentes sources, notamment son partenaire qu'est Disney, le groupe Glénat a réalisé un chiffre d'affaires de plus de [...] en 2010.824 757. Diffulivre appartient [...] au groupe Hachette. Ce dernier, selon les indications de son portail internet a réalisé un chiffre d'affaires de [...] en 2012.825 758. Même si elle n'a pas invoqué d'incapacité contributive, il peut être relevé que Dargaud appartient au groupe Médias-Participations dont le chiffre d'affaires publié sur son portail internet s'est élevé à [...] en 2011.826 759. Relativement au chiffre d'affaires de leur société-mère ou du groupe dont elles sont les filiales à [...], les amendes calculées plus haut représentent respectivement les proportions suivantes :827 ■ Interforum : [...] (2008), [...] (2011) ; ■ E5F : [...] (2011, groupe Gallimard uniquement), [...] (2011, groupe Gallimard concentré828) ; ■ Flammarion : [...] (2011, groupe Flammarion uniquement), [...] (2011, groupe Gallimard concentré829) ■ Glénat : [...] ■ Diffulivre : [...] 760. Pour plusieurs diffuseurs-distributeurs, les profits nets cumulés sur la période visée par l'enquête sont également importants par rapport au montant des sanctions respectives, selon les données fournies par les parties elles-mêmes : ■ Interforum : [...] de francs suisses ; ■ E5F : [...] de francs suisses ; ■ Flammarion : [...] de francs suisses ; ■ Glénat : [...] francs suisses ; ■ OLF : [...] de francs suisses ; ■ Diffulivre : [...] de francs suisses ; ■ Dargaud : [...] de francs suisses. 761. La considération des critères qui précèdent permet d'exclure une réduction du montant des sanctions respectives de [...], E5F, [...], Glénat, OLF, [...] et [...] en raison de leur capacité contributive. En effet, les sanctions telles que calculées plus haut ne sauraient être la cause de l'éventuelle faillite de l'une ou plusieurs de ces entreprises qui font toutes partie

824 Cf. <http://corporate.disney.fr/2010/06/01/disney-et-les-editions-glenat-signent-le-retour-de-mickey-et-donald-en-librairie/> (dernière consultation le 11 juin 2013). 825 Cf.

<http://www.hachette.com> (dernière consultation le 11 juin 2013). 826 Cf.

<http://www.media-participations.com> (dernière consultation le 11 juin 2013). 827 Entre parenthèses, l'année du dernier chiffre d'affaires disponible a été indiquée. 828 Ce chiffre tient compte de la concentration entre Gallimard et Flammarion réalisée en 2012. Les chiffres d'affaires des deux entités en 2011 ont été additionnés pour obtenir l'approximation en question. 829 Cf. note de bas de page précédente.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 162

d'un groupe réalisant un chiffre d'affaires important. Au surplus, la question supplémentaire de la possibilité du sauvetage des actifs par une restructuration peut rester ouverte pour ces entreprises. 762. La situation des diffuseurs-distributeurs que sont Servidis, Transat et AIG commande une analyse plus approfondie sous l'angle de la

proportionnalité. En effet, la capacité contributive de ces entités n'est pas soutenue par un volume d'affaires de la dimension d'un groupe en arrière-plan comparable aux diffuseurs-distributeurs examinés plus haut. Transat et AIG sont entièrement indépendantes et Servidis est détenue à raison de 50 % par une personne physique, Michel-Edouard Slatkine.⁸³⁰ Les profits réalisés sur la période visée par l'enquête par ces entreprises sont nettement inférieurs aux montants respectifs des sanctions pour ces entreprises. Le ratio s'élève pour Servidis à [...], pour Transat à [...] et pour AIG, [...]. Ainsi, les profits réalisés sur la période visée par l'enquête ne permettent pas non plus d'exclure que la marche des affaires de ces entreprises ne soit affectée par un risque de faillite dû au montant des sanctions. ⁷⁶³. Dans ces circonstances, il convient d'examiner plus avant les fonds propres de ces entreprises, afin d'exclure un risque de surendettement suffisamment établi. Dans ce sens, tels que les documents comptables fournis par les entreprises l'ont attesté à suffisance, les fonds propres de Servidis s'élèvent à [...], ceux de Transat à [...] et ceux d'AIG à [...] à la fin 2011. Ces sommes ne tiennent pas compte des réserves. Partant, il y a lieu de réduire les sanctions pour ces 3 entreprises à un montant leur permettant de faire face à court terme à l'imposition d'une sanction pour les comportements illicites commis durant la période visée par l'enquête et de les arrêter aux montants suivants : ■ Servidis : [...]; ■ Transat : [...]; ■ AIG : [...]. ⁷⁶⁴. Les sanctions pour ces entreprises s'établissent à un plafond inférieur de [...] francs suisses aux fonds propres attestés pour la fin de l'exercice 2011, ce qui est approprié en l'espèce compte tenu de l'ensemble des circonstances. Le paiement de ces montants à eux seuls ne met ainsi pas en danger l'activité des entreprises concernées, lesquelles ont au surplus la possibilité de proposer un plan de paiement échelonné pour régler la sanction. Durée de la procédure ⁷⁶⁵. Selon Flammarion, la longueur de la procédure aurait créé une incertitude juridique et économique. ⁷⁶⁶. À l'aune de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral dans l'affaire Publigroupe,⁸³¹ la durée de la présente procédure, au regard du fait qu'elle porte en outre sur l'ensemble d'une branche économique, ne saurait être considérée comme une circonstance atténuante. Autres motifs ⁷⁶⁷. Servidis/Transat ont invoqué avoir largement contribué à une baisse de prix sérieuse en baissant de manière régulière et spontanée leurs catalogues qui faisaient déjà partie des plus basses. Les deux sociétés n'auraient pris aucune mesure de rétorsion ou d'incitation à l'égard des libraires ce qui devrait être reconnu comme circonstance atténuante.⁸³² En outre,

830 A 672, 9. 831 Arrêt du TF 2C_484/2010 du 29.6.2012, consid. 11, Publigroupe/COMCO 832 A 672, 57.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 163

il devrait être tenu compte du fait que le marché du livre ne serait pas essentiel d'un point de vue économique et constituerait un sujet politique.⁸³³ Ces points ne sont pas davantage motivés. Les griefs invoqués par Servidis/Transat ne peuvent pas non plus être pris en compte comme circonstances atténuantes. En ce qui concerne l'aspect politique, il a été exposé plus haut qu'il n'avait nullement influencé le volet des approvisionnements. L'importance économique quant à elle ne doit pas être sous-estimée. En l'espèce, plus de 95 % du marché a vu la concurrence supprimée par les comportements illicites des diffuseurs-distributeurs. ⁷⁶⁸. AIG a invoqué que seule une partie des accords passés avec les éditeurs pourrait poser problème, concrètement les contrats contenant une clause d'exclusivité renforcée qui ne représenteraient toutefois que [...] du chiffre d'affaires lié à l'activité de diffusion réalisé par AIG mais que ces derniers seraient justifiables.⁸³⁴

Comme il a été démontré, tous les accords de distribution conclus par AIG ont prohibé les ventes passives, si bien qu'une telle distinction n'est pas non plus commandée à ce titre.

B.6.5.5 Limite légale 769. La sanction maximale ne peut en aucun cas dépasser le 10 % du chiffre d'affaires réévalué sur les marchés pertinents en Suisse durant les trois dernières années. Les montants des sanctions ne dépassent pas la limite légale déterminée (art. 49a al. 1 LCart en relation avec art. 7 LCart). Partant, la limite légale ne modifie pas les montants des sanctions.

B.6.5.6 Conclusions intermédiaires 770. En raison des considérations qui précèdent, les sanctions suivantes sont considérées comme appropriées (arrondies au franc inférieur) :

Sanction Interforum Fr. [...]

E5F Fr. [...]

Flammarion Fr. [...]

Glénat Fr. [...]

OLF Fr. [...]

Diffulivre Fr. [...]

Servidis Fr. [...]

Transat Fr. [...]

Dargaud Fr. [...]

AIG Fr. [...]

833 A 672, 57. 834 A 690, 30.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 164

B.7 Frais 771. Conformément à l'art. 2 de l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, il s'agit des destinataires de la décision. 772. Dans les procédures d'enquêtes, n'ont pas à verser des émoluments les parties concernées qui ont occasionné une enquête préalable, lorsqu'il ne ressort de celle-ci aucun indice de restriction illicite à la concurrence (art. 3 al. 2 lit. a Ordonnance sur les émoluments LCart). En revanche, les parties concernées ont à verser des émoluments, lorsque l'on procède à l'enquête et qu'il en ressort qu'il existe une restriction illicite à la concurrence ou si les parties se sont conformées à la loi.⁸³⁵ Dans le cas présent, les parties sanctionnées par la présente décision sont tenues de s'acquitter d'un émolument. 773. En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire. 774. En l'espèce, l'enquête a été ouverte sur la base de l'art. 7 LCart. Il convient de laisser à la charge de la Confédération les frais relatifs à cette période, clairement identifiée temporellement, de l'enquête. 775. Les frais concernant la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart s'élèvent, quant à eux, à 988'200 francs suisses. Ces frais sont répartis entre les diffuseurs-distributeurs, à l'exception des frais incombant aux trois diffuseurs-distributeurs pour lesquels les charges ont été entièrement abandonnées. Partant, les dix diffuseurs-distributeurs condamnés doivent chacun, mais sous responsabilité solidaire, payer un treizième des frais occasionnés par la procédure, soit pour chacun un montant de 76'015 francs suisses, au total un montant de 760'150 francs suisses. Trois

treizièmes des frais de la procédure, soit 228'050, sont à la charge de la Confédération.

835 Arrêt du TF, DPC 2002/3, 546, consid. 6.1, BKW FMB Energie AG.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 165

B.8 Résultat 776. Sur la base de l'analyse qui précède, la COMCO parvient au résultat suivant : ■ La LCart s'applique pleinement à la présente enquête, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart ne devant être prise en compte. ■ Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont été parties à des systèmes de distribution ayant constitué une action collective consciente et voulue et ayant visé et eu pour effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de référence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. ■ Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG réalisent les conditions de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart dans la mesure où ils cloisonnent la distribution sur le territoire suisse. ■ L'analyse du marché dans sa globalité mène à la conclusion que ni la concurrence intramarque, ni la concurrence intermarques, ni la combinaison des deux concurrences intramarque et intermarques n'est apte à renverser la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG sont illicites et sont sanctionnés conformément à l'art. 49a LCart. ■ L'indication de la notion de prix de vente public ou de toute autre notion équivalente sur les factures adressées aux détaillants ainsi que l'étiquetage du prix de revente issu de la table en cas de défaut d'indication de la part des détaillants commandant la prestation d'étiquetage a réduit la pression disciplinante, déjà faible, générée par les détaillants. La COMCO s'attend à ce qu'une telle indication et cet étiquetage par défaut soient abandonnés à l'avenir. 777. De plus, à titre subsidiaire, sous l'hypothèse d'un renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, la COMCO parvient au résultat suivant : ■ Les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif. ■ Il n'y a pas lieu de constater de motif d'efficacité économique nécessairement généré par le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives au cœur des systèmes de distribution justifiant ces derniers durant la période visée par l'enquête. ■ Subsidiairement, les systèmes de distribution de Interforum, E5F, Flammarion, Glénat, OLF, Diffulivre, Servidis, Transat, Dargaud et AIG ont affecté notablement la concurrence. Ces systèmes de distribution sont illicites et sont sanctionnés conformément à l'art. 49a LCart.

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 166

C Dispositif

Au vu de ce qui précède, la COMCO : 1. Condamne au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart fondée sur la participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart : 1.1. Albert le Grand S.A. pour un montant de [...]. 1.2. Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de [...]; 1.3. Diffulivre S.A. pour un montant de [...]; 1.4. Diffusion Transat SA pour un montant de [...]; 1.5. Editions Glénat (Suisse) S.A. pour un montant de [...]; 1.6. Interforum Suisse SA pour un montant de [...]; 1.7. Les éditions des 5 frontières SA pour un montant de [...]; 1.8. Les Editions Flammarion S.A. pour un montant de [...]; 1.9. OLF SA pour un montant de [...]; 1.10. Servidis SA pour un montant de [...];

2. Interdit aux diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA 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 ; 3. Classe l'enquête à l'encontre des autres parties à la procédure ; 4. Condamne les diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA solidairement au paiement des frais de procédure s'élevant à un montant de 760'150 francs suisses, le reste des frais étant mis à la charge de la Confédération ; 5. Notifie la présente décision à :

Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA, Editions l'Age d'Homme SA, Editions Zoé SA, la Librairie du Lac (Olivier Ducommun), A l'ombre des jeunes filles en fleurs, A. Marschall, Airgate Shop, Archigraphy, Au Chien Bleu, Aux Beaux-Arts Perrier, Aux Galeries, Ayer-Demierre, Bauer Renens, Billod, Cadev, Le Cep Librairie chrétienne, Crobar, Cursus, Des Livres et Moi, Du Boulevard, Du Château, Du Vieux-Comté, Ellipse, Espace Noir, Ex Nihilo, FNAC Suisse, Focale - Association pour la photographie, FOR YOU TOO/4U2 books, France Loisirs Suisse, Gigon Librairie, Graphic Shop du Scribe, Histoire d'être, Interlude, ISPA, L' Aile, L'Olivier, Librairie la Bulle (FR), La Bulle (VS), La Fontaine

31/2009/03314/COO.2101.111.3.100523 167

(EPFL), La Fontaine (Vevey), La Librairie, La Liseuse, La Maison de la Bible, La Meridienne, La Tache d'Encre, La Vouivre, Le Cabestan, Le Parnasse, Les Yeux Fertiles, Librairie arabe l'Olivier, Librairie Art et Histoire, Librairie Basta Nouvelles, Librairie Belphégor, Librairie C'est écrit, Librairie Cumulus, Librairie de Crans, Librairie du Coin, Librairie du Midi, Librairie Fahrenheit 451, Librairie Forum, Librairie Galerie Impressions, Librairie La Proue, Librairie Le Haricot Magique, Librairie Le Petit Prince, Librairie Le Sycomore, Librairie Le Vente des Routes, Librairie Librophoros, Librairie Lîlâ, Librairie Passiflore, Librairie Point-Virgule, Librairie Raspoutine, Librairie Repères, Librairie Tome1, Librairie- Papeterie Cantin, Librairie-Papeterie des Franches-Montagnes, Librairie-Papeterie du Pierre-Pertuis, Librerit, Livraria Camões, Marine Pro, Melisa, Musée Barbier-Mueller, Notre-Dame de Fatima, Nouvelle Librairie Descombes, Nouvelles Pages, Editions du Parvis, Payot, Radio Reveil, Reperes, Saint-Augustin (Fribourg), Saint-Augustin (St- Maurice), Saint-Paul (Librairie), Schilliger Garden-Center, Thalia Bücher, Tschan, Librairie Universitaire de la Palud, Villard, Vivishop, Voltaire, Watchprint.

Commission de la concurrence

Prof. Dr Vincent Martenet

Dr Rafael Corazza Président

Directeur

Voie de droit La présente décision peut être attaquée dans les 30 jours par un recours interjeté auprès du Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 St Gall. Le recours doit

être motivé et déposé en deux exemplaires. Il doit indiquer les griefs, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée doit être jointe au recours.

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