



## Arrêt du 28 août 2023

---

Composition

Pascal Richard (président du collège),  
Pietro Angeli-Busi, Mia Fuchs, juges,  
Julien Delaye, greffier.

---

Parties

**D. \_\_\_\_\_ SA,**  
représentée par  
Maîtres Pascal G. Favre et Jérôme Levrat, avocats,  
recourante,

contre

**Commission de la concurrence COMCO,**  
autorité inférieure.

---

Objet

Cartels – sanction  
Marché du livre en français ; renvoi à la suite de  
l'arrêt du TF 2C\_39/2020 du 3 août 2022

**Faits :****A.**

**A.a** La société D.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'intéressée), dont le siège se situe dans le canton de Vaud, est une filiale de la société française K.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : K.\_\_\_\_\_), qui détient [...] % de son capital-actions.

**A.b** Son activité consiste dans la diffusion et la distribution de livres en français en Suisse. En tant que diffuseur, elle définit le plan commercial et promotionnel des livres concernés et les fait connaître aux divers points de vente. En tant que distributeur, elle organise les flux physiques, logistiques et financiers entre les éditeurs et les revendeurs de livres et assure notamment la gestion des ouvrages retournés par ceux-ci.

**A.c** Les fournisseurs de l'intéressée peuvent être classés en quatre catégories :

- les éditeurs qui, comme elle, font partie du groupe K.\_\_\_\_\_ ;
- les éditeurs qui ne font pas partie du groupe K.\_\_\_\_\_, mais qui ont conclu un contrat de diffusion-distribution avec celui-ci, par l'intermédiaire de la société K.\_\_\_\_\_ ;
- les éditeurs qui ne font pas partie du groupe K.\_\_\_\_\_, mais qui sont néanmoins diffusés et/ou distribués en Suisse par l'intéressée, sans passer par le canal de K.\_\_\_\_\_ ;
- et l'éditeur H.\_\_\_\_\_, qui est apparenté à un autre éditeur contrôlé conjointement par K.\_\_\_\_\_ et un groupe canadien.

**A.d** Entre 2005 et 2011, la diffusion et la distribution des deux premiers types d'éditeurs précités (éditeurs appartenant au groupe K.\_\_\_\_\_ ou ayant conclu un contrat de diffusion-distribution avec celui-ci) ont représenté presque [>90] % du chiffre d'affaires annuel moyen de l'intéressée. Cette activité principale repose sur un contrat que l'intéressée a conclu en [...] avec la société K.\_\_\_\_\_, avant son acquisition par celle-ci. L'activité de diffusion et/ou de distribution fournie par l'intéressée au troisième type d'éditeurs (éditeurs ayant confié leurs diffusion et/ou distribution à l'intéressée sans passer par le canal K.\_\_\_\_\_) se fonde pour sa part sur des contrats conclus directement par l'intéressée avec les éditeurs concernés. Enfin, la diffusion-distribution de l'éditeur H.\_\_\_\_\_ en Suisse a fait l'objet d'un contrat tripartite entre l'éditeur précité,

l'intéressée et la société K.\_\_\_\_\_. Tous ces contrats contiennent une clause d'exclusivité territoriale en faveur de l'intéressée, dont la formulation peut néanmoins diverger d'un accord à l'autre.

**B.**

**B.a** Du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : la Comco) a mené une enquête préalable sur le marché du livre écrit en français.

**B.b** D'entente avec le Président de la Comco, le secrétariat a ouvert, le 13 mars 2008, une enquête visant à examiner l'existence d'un éventuel abus de position dominante, enquête élargie à l'examen d'un potentiel accord illicite affectant la concurrence le 2 mars 2011.

**B.c** Le 14 août 2012, le secrétariat de la Comco a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il retenait, entre autres, que l'intéressée avait participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il considérait que cette relation était illicite et envisageait de lui interdire d'opérer une répartition géographique du marché de la diffusion et distribution du livre en français en Suisse, de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution exclusive. Finalement, il proposait de la sanctionner et de mettre à sa charge une part des frais de procédure.

**B.d** En date du 27 mai 2013, la Comco a rendu une décision à l'encontre de l'intéressée et de neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres. Elle a condamné en particulier la société précitée au paiement d'une sanction de 5'436'814 francs en raison de sa participation à des accords illicites (ch. 1.3 du dispositif). Elle lui a par ailleurs interdit – comme aux neuf autres diffuseurs-distributeurs concernés par sa décision – d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse (ch. 2 du dispositif). Enfin, elle l'a condamnée au paiement à titre solidaire des frais de procédure, lesquels se montaient à 760'150 francs (ch. 4 du dispositif).

**B.e** Le 11 juillet 2013, l'intéressée (ci-après également : la recourante) a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision précitée. Elle a conclu principalement à son annulation et au classement de la procédure à son encontre. Subsidièrement, elle demande une réduction de l'amende infligée à un montant maximum de 4'822'568.94 francs et la suppression de toute injonction ou interdiction du

dispositif de la décision de la Comco (ci-après également : l'autorité inférieure).

**B.f** Par arrêt B-3962/2013 du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours dans la mesure de sa recevabilité. Il a également mis à la charge de la recourante les frais de procédure et ne lui a pas alloué de dépens.

**B.g** Le 13 janvier 2020, la recourante a déposé un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité auprès du Tribunal fédéral.

**B.h** Par arrêt 2C\_39/2020 du 3 août 2022, le Tribunal fédéral a partiellement annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause au Tribunal administratif fédéral pour nouvelle décision s'agissant de la sanction à infliger à la recourante et des frais et dépens des procédures précédentes.

**C.**

Poursuivant la procédure sous le numéro B-3866/2022, le Tribunal administratif fédéral a invité la recourante, par ordonnance du 7 septembre 2022, à se déterminer sur la fixation de la sanction à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral précité.

**D.**

Le 30 novembre 2022, la recourante a, en substance, conclu à ce que la sanction prononcée à son encontre ne soit pas supérieure à (...) francs. Elle a également requis que l'autorité inférieure soit condamnée en tous les frais judiciaires relatifs à la procédure devant le Tribunal administratif fédéral et à la procédure de première instance. Elle a également sollicité que l'autorité inférieure lui verse une indemnité équitable à titre de dépens tant pour la procédure devant le Tribunal administratif fédéral que pour la procédure de première instance.

**E.**

Dans sa prise de position du 23 janvier 2023 (*recte* 23 décembre 2022), l'autorité inférieure a conclu, en substance, à ce que le Tribunal administratif fédéral ne retienne qu'une légère réduction du montant de base de la sanction.

**F.**

Dans sa réplique du 27 janvier 2023, la recourante a maintenu l'ensemble de ses conclusions et précisé certains griefs.

**G.**

L'autorité inférieure a pris position, le 3 février 2023, sur la réplique de la recourante.

**H.**

Invitée à faire part de ses remarques éventuelles jusqu'au 13 mars 2023, la recourante ne s'est pas déterminée dans le délai imparti.

Les arguments avancés en cours de procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

**Droit :****1.**

S'agissant d'un renvoi par le Tribunal fédéral, il peut être renoncé à examiner les conditions de recevabilité.

**2.**

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ainsi que pour inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]).

**2.1** La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA applicable par renvoi de l'art. 39 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [loi sur les cartels, LCart, RS 251]). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1 ; arrêt du TAF B-7633/2009 *Swisscom ADSL* du 14 septembre 2015 consid. 186 ; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, n° 142). L'art. 40 LCart fonde, à cet effet, une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés.

**2.2** La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32). Celle-ci

est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. En ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2). Il n'en va pas autrement en droit des cartels (cf. arrêt du TAF B-4669/2013 *E5F* du 30 octobre 2019 consid. 11.3.1).

**2.3** Cependant, lorsque, comme en l'espèce, le Tribunal fédéral admet un recours et renvoie l'affaire à l'autorité précédente en application de l'art. 107 al. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), l'autorité à laquelle la cause est renvoyée voit sa cognition limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a déjà été jugé définitivement par le Tribunal fédéral. C'est le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi qui découle du droit fédéral non écrit (cf. ATF 143 IV 214 consid. 5.3.3, 135 III 334 consid. 2.1 et 133 III 201 consid. 4.2). L'autorité est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt de renvoi. Elle est liée par ce qui a déjà été tranché par le Tribunal fédéral. Il en va de même pour les constatations de fait qui n'ont pas été critiquées devant lui ; des faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que sur les points ayant fait l'objet du renvoi, lesquels ne peuvent être ni étendus, ni fondés sur une base juridique nouvelle (cf. ATF 143 IV 214 consid. 5.3.3, 135 III 334 consid. 2.1 et 133 III 201 consid. 4.2).

**2.4** La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 *Nikon* consid. 4.2.5.2) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2 ; arrêt du TF 2C\_1017/2014 *Koch Group* du 9 octobre 2017 consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) et des art. 30 ou 32 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), notamment la présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo* (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C\_1022/2011 du 22 juin 2012

consid. 6.1). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits à la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.3 ; arrêts du TF 6B\_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1 et 6B\_118/2009 du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 ; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337).

**2.5** Le Tribunal administratif fédéral applique enfin le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision attaquée (cf. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3<sup>e</sup> éd. 2022, n° 2.165). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2).

### **3.**

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

**3.1** Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace notamment les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (art. 5 al. 4 LCart).

**3.2** L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (art. 49a al. 1 LCart).

#### **4.**

**4.1** Dans sa décision du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a retenu que, durant la période sous enquête, soit entre 2005 et 2011, la recourante avait pris part à des accords verticaux instituant des systèmes de diffusion-distribution ayant pour objectif et effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de la distribution dite « wholesale » du livre en français en Suisse, c'est-à-dire sur le marché suisse de la distribution de livres « en gros » aux librairies et autres revendeurs de livres. Elle a par ailleurs estimé que la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart s'appliquait à toutes les relations commerciales que la recourante avait entretenues durant cette période en vue de la diffusion et/ou de la distribution de livres en français en Suisse, peu importe en cela que les ouvrages en question aient été édités ou non à l'interne du groupe K.\_\_\_\_\_ : le système mis en place cloisonnait à chaque fois la distribution des livres concernés en empêchant toute importation parallèle vers la Suisse par les revendeurs helvétiques. Il n'existait par ailleurs aucune concurrence restante sur les plans « intermarques » et « intramarque » susceptible de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace découlant de l'art. 5 al. 4 LCart. L'autorité inférieure a dès lors infligé à la recourante une sanction de 5'436'814 francs pour participation à des accords illicites et lui a interdit de continuer à conclure des contrats de distribution et/ou de diffusion exclusives empêchant toute importation parallèle de livres en français par des détaillants actifs en Suisse.

**4.2** Statuant sur recours par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral s'est rallié à la décision de l'autorité inférieure. Il a en l'occurrence jugé qu'entre 2005 et 2011, la recourante avait entretenu des relations commerciales en vue de la diffusion et/ou de la distribution de livres en français qui avaient systématiquement impliqué la conclusion d'accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, accords qui lui étaient toujours imputables d'une manière ou d'une autre. Le Tribunal administratif fédéral a en outre estimé que le système de diffusion-distribution mis en place par ces accords avait eu pour but et effet d'empêcher d'autres fournisseurs actifs sur le marché du livre à l'étranger de vendre en Suisse les mêmes ouvrages que la recourante. Il fallait donc présumer, conformément à l'art. 5 al. 4 LCart, que, durant la période sous enquête, la concurrence efficace avait été supprimée sur le marché suisse de la distribution du livre en français s'agissant des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante.

Sur cette base, il a confirmé qu'il y avait lieu de sanctionner la recourante en application de l'art. 49a LCart, exactement comme l'avait fait la Comco, et de lui interdire en sus d'entraver à l'avenir les importations parallèles que voudraient opérer les revendeurs de livres installés en Suisse.

**4.3** Dans son arrêt 2C\_39/2020 du 3 août 2022, le Tribunal fédéral a jugé qu'en l'état de l'arrêt attaqué et du dossier, il ne pouvait être reproché à la recourante d'avoir été partie à des accords en matière de concurrence en lien avec la diffusion-distribution d'éditeurs de livres en français sur mandat de sa société mère et, de manière générale, du groupe K.\_\_\_\_\_ et qu'il convenait de considérer que seuls les accords illicites pouvant éventuellement justifier le prononcé d'une sanction étaient ceux que la recourante avait conclus elle-même avec des éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse, y compris celui qu'elle a passé de manière tripartite avec sa société mère et l'éditeur H.\_\_\_\_\_.

Examinant ensuite l'illicéité de ces accords, il a retenu que le Tribunal administratif fédéral n'avait pas violé le droit fédéral, ni n'était tombé dans l'arbitraire en retenant que, durant la période sous enquête, la recourante avait été partie à des contrats de distribution avec certains éditeurs externes au groupe K.\_\_\_\_\_ visant à lui garantir une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Il n'avait sur ce point précis pas violé non plus le droit d'être entendue de la recourante, ni la maxime inquisitoire ancrée à l'art. 12 PA, puisqu'il lui avait été loisible de ne pas tenir compte des allégations et réquisitions de preuves de la recourante sur la base d'une appréciation anticipée de celles-ci, dans la mesure où les preuves administrées lui avaient permis de forger sa conviction et d'établir les faits pertinents pour la cause sans arbitraire. Ces accords s'avéraient encore illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart, puisqu'ils avaient en tous les cas affecté la concurrence de manière notable et que rien n'indiquait que ces restrictions avaient été justifiées par des motifs d'efficacité économique. Il pouvait donc être reproché à la recourante, quoi qu'elle en dise, d'avoir conclu et participé à des accords de distribution illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart durant la période sous enquête, quand bien même ces accords n'avaient été à la base que d'une petite partie de son chiffre d'affaires.

Le Tribunal fédéral a ainsi estimé que le prononcé d'une sanction financière à son encontre se justifiait pleinement au sens de l'art. 49a LCart, à tout le moins dans son principe, et qu'il importait peu que les autres parties à ces

accords n'aient, pour leur part, pas été attraités à la procédure et n'aient pas été condamnés par l'autorité inférieure en application de la norme précitée.

Ceci étant, il a relevé que, faute de constatations de fait suffisantes dans l'arrêt attaqué et de l'impossibilité de les compléter sur la base du dossier, il ne pouvait pas être reproché à la recourante d'avoir participé à des accords illicites en lien avec la diffusion-distribution d'autres éditeurs – internes ou externes au groupe K. \_\_\_\_\_ – sur délégation de sa société mère, étant rappelé que cette activité avait représenté plus de 90 % de son chiffre d'affaires annuel moyen durant la période sous enquête. Partant, la violation de la LCart imputable à la recourante n'était pas aussi grave que cela ressortait de l'arrêt attaqué, puisqu'elle ne concernait finalement qu'une portion moindre de ses activités de diffusion-distribution de livres, à savoir celle développée pour le compte d'éditeurs indépendants s'étant directement adressés à elle pour l'exécution de ces tâches en Suisse. Le Tribunal fédéral a donc renvoyé la cause au Tribunal administratif fédéral pour adapter à la baisse la sanction prononcée à l'encontre de la recourante, laquelle devait tenir compte de la gravité des pratiques illicites.

Le Tribunal fédéral a confirmé, pour le reste, l'interdiction faite à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français et le fait que la recourante devait payer un dixième des frais occasionnés par la procédure devant la Comco, soit 76'015 francs. En revanche, il a estimé qu'il ne se justifiait pas que la recourante doive répondre solidairement de l'ensemble des autres frais de procédure mis à la charge des autres diffuseurs-distributeur.

**4.4** A la suite de l'annulation partielle de l'arrêt B-3962/2013 du 30 octobre 2019 et du renvoi de la cause, il incombe donc au Tribunal de céans de statuer sur le montant de la sanction à infliger à la recourante et sur les frais et dépens des procédures précédentes.

## **5.**

Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

**5.1** L'art. 49a al. 1 LCart se réfère aux types d'accords prévus par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, lesquels doivent être sanctionnés en tant qu'ils représentent des restrictions à la liberté d'action sur le marché,

considérées comme particulièrement problématiques du point de vue de la loi. Le Tribunal fédéral a relevé qu'une sanction directe ne peut toutefois être prononcée que si ces accords sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, c'est-à-dire s'ils suppriment la concurrence ou s'ils l'affectent de manière notable sans motif justificatif. En d'autres termes, l'art. 49a al. 1 LCart renvoie à l'ensemble des accords horizontaux qui fixent directement ou indirectement des prix, qui restreignent les quantités à produire, à acheter ou à fournir, qui opèrent une répartition géographique des marchés ou des partenaires commerciaux ainsi qu'aux accords verticaux qui imposent un prix de vente minimum ou fixe et qui attribuent des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9).

**5.2** En l'occurrence, la recourante a bel et bien conclu des accords de distribution illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart avec certains éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse. Le Tribunal fédéral a ainsi relevé, d'une façon qui lie le Tribunal de céans, que le prononcé d'une sanction financière à son encontre se justifiait pleinement au sens de l'art. 49a LCart à tout le moins dans son principe (cf. arrêt 2C\_39/2020 précité consid. 9.1.3).

La recourante ne saurait dès lors plus remettre en cause le caractère imputable de la sanction qui doit lui être infligée à l'issue de la présente procédure ; elle ne s'y risque d'ailleurs plus. Reste ainsi à déterminer le montant de la sanction.

## **6.**

Le montant d'une sanction est fixé conformément à l'art. 49a LCart et à l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart, RS 251.5), arrêtée par le Conseil fédéral en application de l'art. 60 LCart.

**6.1** Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplies, l'entreprise peut être pénalisée d'un montant susceptible d'atteindre 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 7 OS LCart ; cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 6.2). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le profit présumé résultant des pratiques illicites est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Ainsi, le montant concret de la sanction est fixé d'après les critères des art. 2 ss OS LCart,

dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 39a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt du TF 2C\_484/2010 *Publigroupe* du 29 juin 2012 consid. 12.3.1 s. ; arrêt du TAF B-294/2022 *Dargaud* du 31 août 2022 consid. 6.1).

Le calcul du montant de la sanction comporte dès lors trois étapes principales, à savoir la détermination du montant de base (art. 3 OS LCart), son éventuelle majoration selon la durée de la pratique illicite (art. 4 OS LCart), puis la prise en compte des circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) ou atténuantes (art. 6 OS LCart ; cf. notes explicatives du 26 février 2016 relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après : les notes explicatives OS LCart ; [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Législation et documentation Communications / Notes explicatives > Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart, consulté le 9 juin 2023] ; ATF 144 II 194 BMW consid. 6.2).

**6.2** Il convient donc de déterminer, dans un premier temps, le montant de base de la sanction.

**6.2.1** La recourante a d'abord affirmé que la décision attaquée violait l'art. 49a LCart dès lors que le calcul du montant de base devait se fonder sur les années 2010 à 2012, et non 2009 à 2011. Elle estime ensuite qu'il conviendrait de tenir compte de ce que seule une faible part de son chiffre d'affaires avait été réalisé avec les éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse, que, parmi les contrats passés avec ces éditeurs, seuls certains d'entre eux contiendraient un engagement de « ne pas laisser vendre » ou « de faire [leurs] meilleurs efforts pour éviter le contournement [du] droit d'exclusivité [de la recourante] à partir de pays limitrophes ou non », qu'ils n'auraient causé aucun effet, qu'elle n'avait donc pas mis en œuvre de manière effective une protection territoriale absolue, qu'il existait encore des possibilités d'arbitrage et d'importations parallèles et qu'il conviendrait de tenir compte de tous ces éléments dans le calcul de la sanction. Elle ajoute que le raisonnement suivi par le Tribunal administratif fédéral dans le cas d'un autre diffuseur-distributeur sanctionné ne saurait être suivi, qu'il y avait donc lieu de ne lui infliger qu'une sanction à caractère symbolique, et que, si tel ne devait pas être le cas, une réduction du montant de base de l'ordre de 3% (passant de 4 % à 1 %) se justifierait.

**6.2.2** En vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise sanctionnée sur les marchés pertinents en Suisse – puisqu'il peut représenter jusqu'à 10 % de

ce dernier – ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée ; la sanction se rattache par là-même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2 ; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 622).

**6.2.2.1** La notion de gravité au sens de l'art. 3 OS LCart repose sur une appréciation exclusivement objective, c'est-à-dire indépendante de la faute ou de la volonté de l'entreprise concernée. Le potentiel de risque abstrait ainsi que la nocivité pour l'économie nationale de l'infraction sont déterminants. Il faut tenir notamment compte du degré d'atteinte à la concurrence, de l'efficacité de l'infraction ainsi que du nombre de participants (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 9.2.3.2 et 144 II 194 *BMW* consid. 6.4 ; arrêts du TAF B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.3.2.1, B-4003/2016 du 10 mai 2022 *Pay-TV* consid. 11.4.6.2 et B-2597/2017 du 19 janvier 2022 *Medikamenten-informationen* consid. 15.2.4.1).

Dans ce contexte, le calcul du montant de base tient compte d'un « gain normal » tiré de l'infraction (cf. les notes explicatives OS LCart, p. 1). En revanche, lorsque l'entreprise réalise, grâce à l'infraction, un gain qui, selon une évaluation objective, se révèle particulièrement élevé, il faut en tenir compte dans l'examen des circonstances aggravantes et non dans le cadre de la détermination de la gravité de l'infraction (art. 5 al. 1 let. b OS LCart).

Il en va de même lorsque, dans une seule et même procédure, la réalisation de deux infractions différentes doit être sanctionnée. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, cette circonstance ne doit pas être prise en compte au titre de la gravité de l'infraction – et donc du montant de base – mais doit être appréciée comme une circonstance aggravante conformément à l'art. 5 al. 1 let. a OS LCart (cf. arrêts B-4003/2016 précité *Pay-TV* consid. 11.4.8.2 et B-2597/2017 précité *Medikamenten-informationen* consid. 15.2.4.12).

**6.2.2.2** De même, la Comco peut prononcer une sanction ayant un caractère plutôt symbolique. En pareilles circonstances, le montant découle d'une réflexion qui permet de fixer le niveau adéquat de la sanction en tenant compte de circonstances particulières. En revanche, afin de ne pas violer le principe de l'égalité de traitement, il convient de déterminer les éléments justifiant le choix d'une telle façon de procéder (cf. arrêt du TAF B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.7.2.1 ; décision de la Comco Sécateurs et cisailles précitée, in : DPC 2009/2 143, ch. 99). La pratique européenne considère également que des amendes symboliques peuvent

être infligées en particulier lorsque la situation juridique n'est pas claire et qu'il n'existe pas de jurisprudence (cf. notamment décision de la Commission européenne 2001/892/CE du 25 juillet 2011 *Deutsche Post* ch. 193). Le prononcé d'une sanction symbolique, en fixant le montant de base de la sanction à un niveau extrêmement bas, est ainsi un acte d'appréciation qui laisse une marge d'appréciation importante à l'autorité inférieure (cf. arrêt du TAF B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.7.2.1 ; décision de la Comco du 25 mai 2009 *Sécateurs et cisailles*, in : DPC 2009/2 143, ch. 99 ; ég. Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, p. 1925). Dans ce contexte, il appartient au Tribunal administratif fédéral de faire preuve d'une certaine retenue lorsqu'il examine s'il y a lieu de prononcer une sanction à caractère symbolique.

**6.2.2.3** S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C\_484/2010 *Publigroupe* précité consid. 12.3.2). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent – concerné par la restriction à la concurrence et déterminant pour le calcul de la sanction concrète – est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour le calcul de la sanction maximale, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. les notes explicatives OS LCart).

**6.2.2.4** En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisée par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts du TAF B-831/2011 *Six Group* du 18 décembre 2018 consid. 1576 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf. arrêts B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.3.2.3, B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). De façon similaire, il est également pris en compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS

311.0), de l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement de l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE C-101/15 *Pilkington Group* du 7 septembre 2016 ch. 19).

**6.2.2.5** Par ailleurs, l'art. 49a LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. Les marchés pertinents au sens de l'art. 3 OS LCart comprennent donc les marchés qui ont été concrètement affectés par la restriction à la concurrence (cf. ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd. 2013, art. 49a LCart n° 25). Au surplus, le marché pertinent pour le calcul du montant de base de la sanction se définit par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE (cf. les notes explicatives OS LCart). En plus du marché directement visé, les marchés pertinents comprennent donc également ceux de produits ou de services qui, en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés, peuvent être substitués à ceux considérés à titre liminaire. En règle générale, il n'y a pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché dans le cadre du calcul de la sanction (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 723). Des circonstances particulières peuvent toutefois le justifier. Tel est le cas notamment en cas d'effet de levier, à savoir lorsque le comportement abusif d'une entreprise dominante a pour effet d'entraver ses concurrents sur un autre marché connexe qui présente un lien étroit avec le marché dominé et sur lequel l'entreprise dominante ne dispose pas encore d'une position dominante mais où elle est déjà active ou a l'intention d'y entrer (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 7.3 ; arrêt du TAF B-2798/2018 du 16 février 2021 *Naxoo* consid. 12.3.1.2 ; arrêt de la CJUE C-52/09 *TeliaSonera* du 17 février 2011 ch. 85 ; EVELYNE CLERC, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd. 2013, art. 7 al. 1 LCart n° 66). Dans ce cas, il y a également lieu de tenir compte du chiffre d'affaires réalisé sur ce marché (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 9.1).

**6.2.2.6** Quant au chiffre d'affaires de l'entreprise, il se calcule selon les critères appliqués pour apprécier le chiffre d'affaires d'une entreprise

participante dans le cadre du contrôle des concentrations (art. 4 OCCE ; ROTH/BOVET, op. cit., art. 49a LCart n° 26). S'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. PETER REINERT, in : Stämpfli's Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 49a LCart n° 10). Cela étant, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi (cf. arrêts du TAF B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.3.2.5, B-823/2016 du 2 avril 2020 *Musik Hug* consid. 6.1.2 s., B-581/2012 *Nikon* du 16 septembre 2016 consid. 9.2.3 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé – eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. FF 2002 1911, p. 1925 s. ch. 2.1.4) – qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 *Nikon* précité consid. 9.2.3 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 726 ss). A ce propos, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires (cf. arrêt B-823/2016 *Musik Hug* précité consid. 6.1.2). Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts B-581/2012 *Nikon* précité consid. 9.2.3 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 726 ss).

**6.2.3** En l'occurrence, l'autorité inférieure a, dans un premier temps, établi en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant maximal de la sanction à (...) francs, correspondant à 10 % de la somme des chiffres d'affaires réalisés par la recourante en 2009, 2010 et 2011, à savoir (...) francs. Elle a expliqué, dans sa prise de position du 20 novembre 2013, se fonder sur les trois derniers exercices disponibles au moment du prononcé de la décision.

**6.2.3.1** Dans son arrêt B-3962/2013, le Tribunal administratif fédéral a rejeté les critiques de la recourante quant à la prise en compte, dans le calcul du montant maximal de la sanction, des chiffres d'affaires des

années 2009 à 2011 et non 2010 à 2012. Il constatait que les exercices retenus – à savoir 2009 à 2011 – étaient ceux qui se rapprochaient le plus du comportement incriminé, ce qui correspondait à la pratique du Tribunal administratif fédéral dont il n'y avait pas lieu de s'écarter (cf. arrêt B-3962/2013 précité consid. 18.3.4.1).

**6.2.3.2** Comme considéré (cf. supra consid. 6.2.2.6), on ne saurait suivre l'approche suggérée par la recourante selon laquelle c'est la date de la décision de la Comco qui devrait être déterminante pour fixer quels sont les trois derniers exercices à prendre en compte pour le calcul de la sanction. Une telle approche s'éloigne en effet de la jurisprudence bien établie du Tribunal administratif fédéral (cf. arrêts du TAF B-823/2016 du 2 avril 2020 *Musik Hug* consid. 6.1.2 s., B-581/2012 *Nikon* du 16 septembre 2016 consid. 9.2.3 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 726 ss) ; la recourante n'explique au demeurant pas en quoi il y aurait lieu de s'en écarter. Aussi, il n'y a pas lieu de remettre en cause l'analyse effectuée dans l'arrêt B-3962/2013, lorsque, comme en l'espèce, la décision de l'autorité de première instance intervient près d'un an et demi après la fin de dite période de référence.

A cet effet, la recourante ne s'aurait se prévaloir de ce que, dans plusieurs autres affaires sans lien avec le marché du livre écrit en français, la Comco se serait fondée sur la date de sa décision pour arrêter les trois derniers chiffres d'affaires, en tant qu'elle ne saurait, en tout état de cause, se prévaloir de l'égalité dans l'illégalité. Cela étant, il ne s'agit pas non plus de se livrer à une forme de spéculation ou de se fonder sur des allégations sans aucune forme de démonstration pour fixer de manière arbitraire la fin du comportement illicite. Il convient bien plus, dans l'esprit de la loi, de se fonder sur les trois derniers exercices qui se rapprochent le plus du comportement incriminé. Ceux-ci sont, en principe, dictés par la période de référence déterminée par la Comco dans le cadre de son enquête. D'ailleurs, on peut relever que, lorsque le comportement se poursuit toujours, il n'est pas rare que cette période se termine au plus près du prononcé de la décision de la Comco, raison pour laquelle il naît parfois une confusion entre les deux dates.

En l'espèce, le Tribunal de céans est lié par le constat selon lequel la période sous enquête s'étend de 2005 à 2011. Dans ces circonstances, ce sont donc bien les exercices 2009 à 2011 qui se rapprochent le plus du comportement incriminé. Les griefs formés par la recourante doivent donc être rejetés.

**6.2.4** L'autorité inférieure a ensuite examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a retenu, sans toutefois l'expliquer, que le chiffre d'affaires réalisé dans le marché pertinent lors des trois derniers exercices (2009 à 2011, cf. supra consid. 6.2.3) se montait à (...) francs, de sorte que la valeur maximale du montant de base s'élevait à (...) francs (10 % de [...] francs). La recourante ne formule, sur ce point, aucun grief supplémentaire dans le cadre de la procédure de renvoi. Elle avait d'ailleurs repris cette valeur de (...) francs – pour les exercices 2009 à 2011 – dans le cadre de son recours de droit public du 13 janvier 2020 (p. 194). Il n'y a donc pas lieu de s'éloigner de ce montant qu'elle n'a pas critiqué.

**6.2.5** L'autorité inférieure a encore pris en compte la gravité et le type d'infraction, de même que le profit présumé réalisé par la recourante. Elle a indiqué que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles devait être protégée et était essentielle pour la concurrence. Ainsi, elle a retenu qu'un comportement illicite cloisonnant le marché constituait une infraction grave à la loi sur les cartels. Elle a, en revanche, constaté que le profit présumé réalisé par la recourante en raison de ce comportement était difficile à estimer ou à mesurer, la protection territoriale conférée n'étant pas forcément corrélée avec les profits de l'entreprise. Prenant en compte cela, elle a estimé qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle serait conforme à l'art. 49a LCart et à l'art. 3 OS LCart et que, selon sa pratique, il y avait lieu de le fixer à 4 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent. Elle a ainsi calculé le montant de base à (...) francs (4 % de [...] francs).

**6.2.5.1** Dans son arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a constaté que la recourante, respectivement le groupe K.\_\_\_\_\_, avait entre 2005 et 2011, été partie à des accords au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart non seulement avec *tous* les éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse, y compris celui qu'elle a passé de manière tripartite avec sa société mère et l'éditeur H.\_\_\_\_\_, mais également – et à tort – qu'elle avait été partie à de tels accords en lien avec la diffusion-distribution d'éditeurs de livres en français sur mandat de sa société mère et, de manière générale, du groupe K.\_\_\_\_\_. Relevant que le marché suisse avait été cloisonné en ce sens que les importations de livres francophones diffusés-distribués en Suisse par la recourante n'avaient pas été possibles entre les années 2005 et 2011, il a retenu que les conséquences particulièrement néfastes de l'ensemble de ces accords justifiaient de fixer le montant de base de la sanction à hauteur de 4 % du chiffre d'affaires

déterminant. Il a donc confirmé le montant de base arrêté par l'autorité inférieure à (...) francs.

**6.2.5.2** Cela étant, dans son arrêt 2C\_39/2020, le Tribunal fédéral a retenu, d'une façon qui lie le Tribunal de céans, que la recourante n'avait conclu des accords de distribution illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart qu'avec *la plupart* (cf. consid. 8.4) des éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse. Il a en revanche exclu l'existence de tels accords en lien avec la diffusion-distribution d'éditeurs de livres en français sur mandat de sa société mère et, de manière générale, du groupe K.\_\_\_\_\_ et considéré que cette dernière activité avait représenté plus de 90 % de son chiffre d'affaires annuel moyen. Dans ces circonstances, il a estimé que la violation de la LCart imputable à la recourante n'était pas aussi grave que cela ressortait de l'arrêt attaqué, mais que le prononcé d'une sanction se justifiait dans son principe.

**6.2.5.3** Dans leurs déterminations respectives, la recourante et l'autorité inférieure divergent sur l'étendue de la réduction qui doit être octroyée à la suite de cet arrêt.

La recourante souligne d'abord que, contrairement à ce que retenait l'arrêt attaqué, elle n'a pas été partie à des accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart avec tous les éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse, mais seulement avec certains d'entre eux, à savoir 20. Elle explique en outre que, nonobstant le texte des clauses figurant dans ces accords, ils n'ont eu aucun effet sur la concurrence en tant qu'il subsistait des possibilités d'arbitrage et que des importations parallèles pouvaient être, et avaient été, réalisées. L'arrêt attaqué ne ferait état d'aucune librairie qui se serait concrètement adressée à des distributeurs étrangers afin de se procurer auprès d'eux des ouvrages diffusés et distribués en Suisse par la recourante, et qui se serait vu refuser une telle livraison durant la période sous enquête. Pour ces motifs, la recourante estime qu'une sanction à caractère symbolique se justifie.

Subsidiairement, elle considère que, dans la mesure où le chiffre d'affaires réalisé avec les accords illicites ne s'élèverait qu'à (...) % de son chiffre d'affaires net moyen, il suffirait de multiplier le montant de la sanction initialement prononcée par ce pourcentage (soit [...] % de 5'436'814 francs) pour aboutir, de manière simplifiée, à une sanction « de principe ». Elle justifie ce procédé pour le motif que le Tribunal fédéral a indiqué dans l'arrêt

de renvoi que le prononcé d'une sanction se justifiait dans son principe à tout le moins.

De façon encore plus subsidiaire, la recourante soutient que le montant de base de la sanction ne devrait pas être fixé à plus de 1 % du chiffre d'affaires déterminant.

De son côté, l'autorité inférieure considère que seule une légère réduction du montant de base de la sanction serait adaptée aux circonstances et prend l'exemple, dans ses écritures, de ce qu'une sanction calculée sur la base d'un montant de base correspondant à 3 % du chiffre d'affaires déterminant pourrait donner.

**6.2.5.4** D'abord, même à retenir la position de la recourante selon laquelle les accords jugés illicites par le Tribunal fédéral n'auraient causé aucun effet restrictif de concurrence parce que les clauses n'auraient pas été mises en œuvre, qu'il subsisterait des possibilités d'arbitrage ou qu'il existerait certains exemples ou, à tout le moins, des possibilités d'importations parallèles, il n'empêche que la recourante a été partie à des accords de distribution avec certains éditeurs externes au groupe K. \_\_\_\_\_ visant à lui garantir une protection territoriale absolue.

En souscrivant un contrat de diffusion et/ou de distribution avec la recourante, ces éditeurs se sont engagés soit à ne pas vendre ni laisser vendre leurs produits sur le territoire suisse par d'autres entreprises que la recourante, soit à renoncer à toute distribution directe ou parallèle de leurs produits, soit encore à faire leurs meilleurs efforts pour éviter tout contournement de l'exclusivité de la recourante. Selon le principe de la confiance, en prenant de tels engagements, les éditeurs se sont obligés non seulement à ne jamais livrer eux-mêmes leurs produits à des revendeurs de livres suisses, mais également à faire en sorte qu'aucune autre société distributrice de leurs ouvrages à l'étranger ne concurrence la recourante en vendant les mêmes produits que cette dernière aux détaillants suisses. La recourante, qui ne pouvait de bonne foi ignorer que les clauses qu'elle insérait dans ses contrats étaient susceptibles d'être comprises en ce sens, n'en a proposé aucune autre interprétation convaincante. Cette interprétation objective de la volonté de la recourante – qui relève du droit – a été définitivement tranchée par le Tribunal fédéral dans le cadre de son arrêt de renvoi (cf. arrêt 2C\_39/2020 précité consid. 7.6.5 ; sur le principe de la confiance, cf. not. ATF 136 III 186 consid. 3.2.1, 133 III 675 consid. 3.3 et 131 III 268 consid. 5.1.3).

On ne peut donc faire abstraction dans le calcul de la sanction du texte des clauses en question, pour la plupart d'entre elles, bien plus explicites que d'autres dispositions contractuelles dont le Tribunal fédéral a déjà admis qu'elles accordaient une protection territoriale absolue aux distributeurs suisses qui en bénéficiaient (cf. arrêt 2C\_39/2020 précité consid. 7.6.5), et de la volonté établie de la recourante de cloisonner le marché suisse par des accords qu'elle a conclus en son nom et pour son propre compte (sur ce point, cf. arrêt 2C\_39/2020 précité consid. 9.1.3). Aussi, on ne saurait retenir que le comportement de la recourante constitue une infraction de faible gravité, même si l'on devait suivre la position de la recourante selon laquelle les clauses n'ont pas été mises en œuvre et qu'il a subsisté des possibilités d'arbitrage ou d'importations parallèles (dans le même sens, cf. ATF 144 II 194 consid. 6.4 *in fine*).

**6.2.5.5** De plus, même en tenant compte, à l'instar de la recourante, que seuls 20 des 29 contrats conclus avec des éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse comprennent une clause illicite expressément citée par le Tribunal fédéral et que le chiffre d'affaires réalisé avec ces accords s'élève à seulement (...) % de son chiffre d'affaires, on ne saurait établir un rapport direct entre le nombre de contrats illicites et le pourcentage retenu pour le calcul du montant de base. En effet, un seul accord illicite peut justifier à lui seul une sanction maximale. Dans une jurisprudence récente rendue à cinq juges, le Tribunal administratif fédéral a posé le principe qu'il était ainsi exclu de procéder à une règle de trois pour déterminer la réduction qu'il convient d'accorder lorsque le nombre d'accords illicites finalement retenu est moins important que le nombre initialement fixé (cf. arrêt B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.3.5.1).

Il ne saurait en aller autrement en ce qui concerne le chiffre d'affaires réalisé en lien avec le comportement illicite. Outre la prise en compte du profit réalisé, la loi (art. 49 al. 1 LCart) et la jurisprudence n'imposent pas de corrélation directe entre le chiffre d'affaires réalisé et la gravité de l'infraction ; il est dès lors là aussi exclu de procéder à une règle de trois pour déterminer la réduction du montant de base de la sanction lorsque le chiffre d'affaires réalisé avec les activités illicites ne concerne finalement qu'une part congrue du chiffre d'affaires de la recourante. Une telle règle ne ressort pas non plus de l'arrêt de renvoi. En effet, même si le Tribunal fédéral constate que plus de 90 % du chiffre d'affaires de la recourante découle de relations commerciales exemptes de tout accord illicite, il n'en déduit nullement une réduction proportionnée de la sanction à prononcer, quoi qu'en dise la recourante. Ainsi, même en réalisant un faible chiffre

d'affaires ou un faible profit en lien avec les activités illicites, celles-ci peuvent justifier, en cas d'infraction particulièrement grave à la LCart, une sanction importante. Il est donc exclu de réduire la sanction de manière simplifiée en établissant un lien direct entre le chiffre d'affaires réalisé avec les activités illicites et le montant de l'amende initialement fixée par l'autorité inférieure. Dans ces circonstances, on ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle soutient à titre encore plus subsidiaire qu'il suffirait de multiplier le montant de la sanction initialement prononcée par le pourcentage du chiffre d'affaires réalisé en lien avec les accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart conclus par la recourante dans le but d'aboutir à une sanction de (...) francs ([...] % de 5'436'814 francs).

En l'occurrence, la plupart des accords conclus par la recourante avec les éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse lui octroient une protection territoriale absolue. Ce point a été définitivement tranché par le Tribunal fédéral. Quand bien même le nombre d'accords finalement retenu est bien moins important que le nombre fixé initialement et que ce nombre représente une part congrue du chiffre d'affaires moyen réalisé par la recourante durant la période de l'enquête, il n'en demeure pas moins, eu égard au texte explicite des accords et à leurs effets potentiellement graves, que le comportement de la recourante constitue encore une infraction moyennement grave à grave aux règles de la LCart.

Cela étant, le Tribunal fédéral a retenu que l'infraction n'était pas aussi grave que cela ressortait de l'arrêt attaqué. Il s'ensuit que le Tribunal de céans estime qu'une réduction de 2.5 % du montant de base de la sanction est adaptée aux circonstances.

**6.2.5.6** D'une part, on ne saurait admettre une réduction de la sanction à un niveau symbolique.

En effet, les accords verticaux au sens de l'art. 5 al. 4 LCart que le législateur considère par essence comme suffisamment nuisible pour lui appliquer la présomption de suppression de la concurrence efficace, ne constituent intrinsèquement pas un cas bagatelle (cf. not. ATF 144 II 246 consid. 10.1 et 143 II 297 consid. 5). Ils présentent un potentiel de risque abstrait élevé et sont intrinsèquement nocifs pour l'économie nationale (sur ce point, cf. supra consid. 6.2.2.1). Au surplus, la situation juridique était plutôt claire et la formulation des clauses sanctionnées par le Tribunal fédéral n'a pas donné lieu à d'intenses discussions. Il n'a d'ailleurs pas hésité à relever qu'il était malvenu de la part de la recourante de prétendre

qu'elle n'avait jamais eu l'intention de cloisonner le marché suisse en adoptant les clauses contractuelles illicites (cf. arrêt 2C\_39/2020 précité consid. 7.6.4). L'indication selon laquelle une sanction se justifiait à tout le moins dans son principe ne saurait pour le reste faire croire qu'il jugeait qu'une sanction symbolique s'imposait.

Dans ces circonstances, compte tenu du très large pouvoir dont disposent les autorités de concurrence sur ce point (cf. supra consid. 6.2.2.2), le Tribunal ne voit aucune circonstance qui justifierait le prononcé d'une sanction à caractère symbolique.

**6.2.5.7** D'autre part, avec une réduction de 2.5 % du montant de base de la sanction, passant ainsi de 4 % à 1.5 %, celui-ci se situe déjà dans une fourchette basse pour une infraction moyennement grave à grave. D'ailleurs, même en revenant sur l'analyse des effets déployés par les accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart passés entre la recourante et certains éditeurs externes au groupe K.\_\_\_\_\_ et en suivant en tous points la position avancée par la recourante, le Tribunal de céans estime qu'une réduction supplémentaire ne se justifierait pas en présence de clauses explicites et aux effets potentiellement graves.

**6.2.6** En définitive, il y a donc lieu de fixer le montant de base de la sanction à 1.5 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent au lieu des 4 % retenus dans la décision attaquée et dans l'arrêt initial. Le montant de base de la sanction se monte, par conséquent, à (...) francs (1.5 % de [...] francs).

**6.3** Il y a lieu de déterminer, dans un deuxième temps, s'il convient de majorer le montant de base de la sanction compte tenu de la durée de la pratique anticoncurrentielle.

**6.3.1** Dans le cadre de la procédure B-3962/2013, le Tribunal a retenu que les clauses litigieuses avaient été en vigueur durant toute la période de l'enquête. En outre, des possibilités d'arbitrage avaient existé pour les librairies Fnac suisse et Payot entre 2005 et 2011 sans que celles-ci ne puissent toutefois entreprendre des importations parallèles en raison des accords d'attribution de territoires. De ce fait, la majoration de 50 % du montant de base par l'autorité inférieure était conforme au droit.

**6.3.2** La recourante n'a jamais formulé de griefs sur ce point. Il s'ensuit que le Tribunal ne voit aucune raison de s'éloigner du raisonnement précité. Il y a donc lieu de confirmer la majoration retenue par l'autorité inférieure et

de fixer le montant de base majoré de la sanction à (...) francs (150 % de [...] francs).

**6.4** Dans un troisième temps, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et sa réduction en présence de circonstances atténuantes.

**6.4.1** Ainsi, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est majoré, notamment lorsqu'une entreprise a contrevenu de manière répétée à la LCart (art. 5 al. 1 let. a OS LCart), qu'elle a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé selon une détermination objective (art. 5 al. 1 let. b OS LCart) ou qu'elle a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (art. 5 al. 1 let. c OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré si l'entreprise a joué un rôle d'instigatrice ou d'actrice principale de l'infraction (art. 5 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord (art. 5 al. 2 let. b OS LCart).

Le montant est toutefois réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du secrétariat de la Commission de la concurrence, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant de la sanction calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore réduit si l'entreprise a joué un rôle exclusivement passif (art. 6 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle n'a pas mis en œuvre les mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord (art. 6 al. 2 let. b OS LCart).

**6.4.2** En l'occurrence, l'autorité inférieure a examiné d'éventuelles circonstances aggravantes et atténuantes sans en retenir aucune. La recourante estime qu'il conviendrait de tenir compte de ce que seule une faible part de son chiffre d'affaires aurait été réalisée avec les éditeurs s'étant directement adressés à elle en vue de leur diffusion et/ou de leur distribution sur le territoire suisse, y compris en lien avec le contrat qu'elle a passé de manière tripartite avec sa société mère et l'éditeur H.\_\_\_\_\_.

En l'occurrence, le Tribunal administratif fédéral a déjà tenu compte de ce que seule une faible part du chiffre d'affaires de la recourante avait été

réalisée en lien avec les accords illicites passés avec certains éditeurs externes au groupe K.\_\_\_\_\_ visant à lui garantir une protection territoriale absolue. Il a examiné les griefs de la recourante en lien avec la fixation du montant de base de la sanction et rien ne justifie qu'il soit procédé à une nouvelle réduction pour les mêmes motifs. En tant que la recourante ne se prévaut d'aucune autre circonstance atténuante, rien ne permet dès lors de réduire encore le montant de la sanction.

**6.5** Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a encore tenu compte de la capacité contributive de la recourante.

**6.5.1** Comme toute mesure, le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. (art. 2 al. 2 OS LCart ; arrêt B-823/2016 Musik Hug précité consid. 6.5). En principe, une sanction ne peut être infligée que si la compétitivité des entreprises est préservée. L'aspect punitif de la sanction ne saurait, par conséquent, conduire à mettre en péril l'existence de l'entreprise et ne doit pas conduire à sa faillite, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2 ; arrêt 2C\_484/2010 Publigroupe précité consid. 12.3.2 ; arrêt B-294/2022 *Dargaud* précité consid. 6.6.1). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, celui-ci doit être suffisamment important pour que la participation à une infraction ne se révèle pas avantageuse (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.7.2).

**6.5.2** En droit européen, dans des circonstances exceptionnelles, la commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende n'est accordée sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne peut être accordée que sur le fondement de preuves objectives que l'imposition d'une amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur (cf. point 35 des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous lettre a, du règlement CE n° 1/2003, JO C 210/02 du 1<sup>er</sup> septembre 2006). Dans sa pratique, la commission a précisé que la capacité des actionnaires à recapitaliser l'entreprise peut être prise en considération. Ainsi, au-delà d'une éventuelle faillite de l'entreprise, il y a encore lieu de considérer l'éventuel sauvetage des actifs de l'entreprise. Si un tel sauvetage peut intervenir, une réduction de la sanction au titre de la capacité contributive de l'entreprise n'entre pas en ligne de compte

(cf. décision de la commission du 30 juin 2010, COMP/38.344, *Prestressing Steel*, ch. 1136 ss ; ég. arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 5 octobre 2011 T-39/06 *Transcatab contre Commission*, Rec. 2011 II-06831 point 224).

**6.5.3** En l'occurrence, l'autorité inférieure a exclu une réduction du montant de la sanction en raison de l'appartenance de la recourante au groupe K.\_\_\_\_\_, du montant de la sanction relativement à son chiffre d'affaires et des profits nets cumulés par la recourante sur la période de l'enquête.

Le Tribunal administratif fédéral a rappelé, quant à lui, que le chiffre d'affaires réalisé en 2012 par le groupe K.\_\_\_\_\_ avait été de (...) milliards d'euros, que le prononcé de la sanction – alors de 5'436'814 francs – correspondait à (...) % de ce chiffre et que le profit net, cumulé sur la période de l'enquête, réalisé par la recourante s'élevait à (...) francs. Il a estimé que ces critères, retenus par l'autorité inférieure et contre lesquels la recourante ne formulait aucun grief quant à leur pertinence, avaient suffi à eux seuls à admettre l'existence d'une capacité importante de recapitalisation de la recourante. Il a ainsi exclu toute réduction de la sanction.

**6.5.4** A l'appui de son recours de droit public, la recourante s'est plainte, en substance, du raisonnement suivi par le Tribunal administratif fédéral. Elle a toutefois renoncé à soulever à nouveau ces griefs dans le cadre de la présente procédure alors qu'elle a été invitée à se déterminer sur le calcul de la sanction. Il suit de là qu'il n'y a pas lieu de revenir sur le raisonnement développé dans l'arrêt B-3962/2013 de renoncer à toute réduction de la sanction en raison de la capacité importante de recapitalisation de la recourante.

**6.6** La recourante fait enfin valoir que la sanction devrait être réduite en raison de la durée inhabituelle de la procédure. Elle se plaint, par là-même, d'une violation de son droit à être jugée dans un délai raisonnable tel que garanti par l'art. 29 al. 1 Cst. et par l'art. 6 CEDH.

**6.6.1** Dans un récent arrêt portant également sur le marché du livre écrit en français (cf. arrêt du TF 2C\_44/2020 du 3 mars 2022 *Flammarion* consid. 12.5.1), le Tribunal fédéral a rappelé que, si la jurisprudence reconnaît que la violation du droit fondamental à être jugé dans un délai raisonnable peut justifier une réduction de la sanction à prononcer à l'issue d'une procédure relevant du droit pénal ou du droit administratif, il n'avait jamais précisé si la durée excessive d'une procédure de droit de la

concurrence devait aussi conduire à une diminution de la sanction financière prévue à l'art. 49a LCart. Cela étant, le Tribunal fédéral a déjà été amené à se demander si une procédure ayant duré sept ans et demi entre l'ouverture de la procédure par la Comco et l'arrêt attaqué du Tribunal administratif fédéral violait l'art. 6 CEDH et l'art. 29 al.1 Cst., tout en la niant en l'espèce (cf. arrêt 2C\_484/2010 *Publigroupe* précité consid. 11).

**6.6.2** En l'occurrence, la question de savoir si la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable justifie la réduction d'une sanction prononcée en application de la LCart peut souffrir de demeurer ouverte, dès lors que la recourante ne saurait de toute manière se prévaloir d'une violation de son droit à être jugée dans un délai raisonnable.

En effet, le Tribunal fédéral a souligné dans son arrêt *Flammarion* que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure, qu'il soit apprécié à l'aune de l'art. 6 par. 1 CEDH ou de l'art. 29 al. 1 Cst., doit toujours s'apprécier suivant les circonstances de l'affaire. Cette appréciation doit s'opérer en particulier à l'aune des critères suivants : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, celui des autorités compétentes, et l'enjeu du litige pour l'intéressé. En particulier, le Tribunal fédéral a rappelé que l'intéressé est tenu d'exploiter dans la mesure de ses moyens les possibilités offertes par le droit interne pour abrégé la procédure. A cet effet, il lui appartient d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié (cf. arrêt 2C\_44/2020 précité *Flammarion* consid. 12.6.1 et les réf. citées).

**6.6.3** En l'occurrence, la Comco a ouvert son enquête à l'encontre de la recourante pour violation de la LCart le 13 mars 2008 et cette procédure de première instance – qui constitue une cause de droit administratif (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.3.2) – a abouti au prononcé d'une sanction financière en date du 27 mai 2013, après avoir été, un temps, suspendue dans l'attente du résultat de la votation sur la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre. La recourante a ensuite formé recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Divers échanges d'écritures ont ainsi eu lieu du 11 juillet 2013 au 25 juin 2015. Le Tribunal administratif fédéral n'a toutefois statué en la cause qu'en date du 30 octobre 2019. La recourante a ensuite déposé, le 13 janvier 2020, un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci a statué le 3 août 2022, soit plus de 14 ans après l'ouverture de l'enquête.

Cela étant, cette durée résulte en partie de la complexité de la problématique qui en est à la base, à savoir celle du système de distribution des livres en français en Suisse et son rapport avec le prix élevé des ouvrages vendus dans le pays. La recourante ne le conteste pas. Elle se limite à reprocher au Tribunal administratif fédéral la durée de la procédure devant lui. Si elle a certes demandé la clôture de l'instruction au mois d'avril 2015, on remarquera toutefois que la recourante n'a jamais rien entrepris pour remédier à cet état de fait, notamment en formant un recours pour déni de justice. Elle est restée muette depuis le 25 juin 2015, date à laquelle elle a fait parvenir au Tribunal une note de frais et honoraires et soulève ce grief pour la première fois dans le cadre de la présente procédure de renvoi. Ainsi, l'absence totale de réaction de sa part laisse transparaître qu'elle s'est, en réalité, largement accommodée de la longueur de la procédure et qu'elle n'attachait dès lors pas de réelle importance à être rapidement fixée sur son sort.

**6.6.4** Dans ces circonstances, la recourante – qui est restée passive – ne saurait donc invoquer la durée de la procédure pour obtenir une diminution de la sanction qu'elle doit verser.

**6.7** Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a donc lieu de fixer la sanction prononcée à l'encontre de la recourante à 2'038'805 francs. Ce montant reste, au demeurant, dans les limites du montant maximal de la sanction défini ci-dessus (cf. supra consid. 6.2.3).

## **7.**

Il incombe ensuite au Tribunal de céans de se déterminer à nouveau sur le sort des frais et dépens devant la Comco. A cet effet, il convient de statuer sur leur répartition sur la base de l'issue finale de la procédure telle qu'elle découle de l'arrêt du Tribunal fédéral.

**7.1** La recourante conclut d'abord à ce que tous les frais de procédure devant la Comco soient mis en partie à la charge de celle-ci.

**7.1.1** Cela étant, le Tribunal fédéral a constaté qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause le raisonnement du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il confirmait que la recourante devait payer un dixième des frais occasionnés par la procédure devant la Comco et que cette décision ne violait à première vue pas le droit fédéral, même si le nombre d'accords imputables justifiant le prononcé d'une sanction a été surévalué. Il a rappelé d'ailleurs que, selon sa propre jurisprudence, celui qui, par son comportement, provoquait l'ouverture d'une procédure relevant de la

LCart, pouvait être condamné à l'ensemble des frais d'enquête de première instance (cf. ATF 128 II 247 consid. 6 ; arrêt du TF 2A-492/20002 du 17 juin 2003 consid. 6.2). Le Tribunal fédéral a, en revanche, estimé que la recourante ne pouvait être condamnée à répondre solidairement de l'ensemble des autres frais de procédure mis à la charge des autres distributeurs. Il a ainsi renvoyé la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il corrige ce point.

**7.1.2** Ainsi, en vertu du principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi (cf. supra consid. 6.2.2), le Tribunal de céans voit sa cognition limitée. En l'occurrence, le Tribunal fédéral a tranché, de manière définitive, qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause le raisonnement du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il confirmait la condamnation de la recourante au paiement d'un dixième des frais de procédure de première instance, soit 76'015 francs. Au surplus, il a rappelé que la recourante n'avait pas contesté devoir assumer les frais de la procédure que la Comco a menée contre elle, dans l'hypothèse où il devait confirmer qu'une sanction à son encontre se justifiait. Dans ces circonstances, la recourante ne peut plus, à ce stade, revenir sur ce qui a définitivement été tranché par le Tribunal fédéral et sur les constats qu'elle n'a pas critiqués devant lui.

Nonobstant, quand bien même on devrait admettre une cognition résiduelle, le Tribunal de céans ne voit pas, à l'aune de la jurisprudence du Tribunal fédéral, en quoi il y aurait lieu de réduire les frais, dès lors que la recourante a, par son comportement illicite, provoqué l'ouverture d'une procédure relevant de la LCart.

**7.1.3** Il appartient toutefois de corriger le point soulevé par le Tribunal fédéral et de constater formellement que la recourante n'est pas solidairement responsable de l'ensemble des autres frais de procédure mis à la charge des autres distributeurs.

La recourante est ainsi uniquement condamnée à payer un montant de 76'015 francs au titre de frais de la procédure devant la Comco.

**7.2** S'agissant des dépens, la recourante a conclu, à l'appui de ses déterminations du 30 novembre 2022, à ce que la Comco soit condamnée à lui payer une indemnité équitable à titre de dépens pour la procédure de première instance.

Or, conformément à la jurisprudence fédérale (cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2), seuls sont pris en compte les dépens liés à la procédure de

recours. En effet, la LCart ne contient pas de règle spécifique prévoyant un dédommagement de droit administratif et la PA, à laquelle renvoie l'art. 39 LCart, ne prévoit pas l'allocation de dépens dans les procédures administratives de première instance (art. 64 PA).

Partant, il ne peut être fait droit à la requête de la recourante tendant à l'octroi de dépens pour les frais de représentation engagés devant l'autorité inférieure.

## **8.**

Il convient encore de se déterminer sur le sort des frais et dépens de la procédure de recours initiale.

**8.1** En règle générale, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (art. 63 al. 2 PA).

**8.1.1** En l'occurrence, la recourante a obtenu partiellement gain de cause en tant qu'elle n'est plus astreinte à une sanction de 5'436'814 francs, ni au paiement solidaire des 760'150 francs de frais de procédure devant la Comco. Elle est uniquement condamnée à payer une sanction de 2'038'805 francs ainsi que sa part des frais de procédure, à savoir 76'015 francs.

**8.1.2** Dans son arrêt initial, le Tribunal administratif fédéral avait fixé les frais de procédure à 40'000 francs. Vu toutefois l'issue de la procédure B-3962/2013 à la suite de l'arrêt de renvoi, il y a lieu de mettre à la charge de la recourante des frais de procédure réduits à 20'000 francs. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais de 40'000 francs, acquittée par la recourante le 22 juillet 2013. Le solde de 20'000 francs lui sera restitué à l'entrée en force du présent arrêt.

**8.2** Au surplus, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10

al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). Aucun dépens ni frais de procédure ne sont alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (art. 64 PA ; cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2).

En l'espèce, la recourante qui obtient partiellement gain de cause à l'issue de la procédure et qui est représentée par un avocat, dûment mandaté par procuration, a droit à des dépens réduits.

**8.2.1** En date du 25 juin 2015, les mandataires de la recourante ont produit une note de frais s'élevant à (...) francs (TVA non incluse). La note de frais a été établie sur la base d'un tarif horaire de (...) francs pour les deux mandataires. [Les informations qui suivent détaillent l'activité des avocats de la recourante. Elles sont couvertes par le secret professionnel].

**8.2.2** A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral s'est référé, de manière indicative, aux résultats d'une étude de 2005 commandée par la Fédération suisse des avocats (FSA) à l'Université de Saint-Gall (URS FREY/HEIKO BERGMANN, Bericht : Studie Praxiskosten des schweizerischen Anwaltsverbandes, Saint-Gall 2005) (cf. ATF 132 I 201 consid. 8.7 ; arrêt du TF 6B\_659/2017 du 6 mars 2018 consid. 2.7.3). Cette étude estimait notamment les frais généraux des avocats en tenant compte des heures de travail facturables, les heures non facturées étant cofinancées par les heures facturées. Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de s'écarter de ce principe de calcul, permettant d'évaluer les charges effectives fondées sur des moyennes d'heures facturées annuellement, et non un coût théorique tenant compte du temps global passé à l'étude. Selon l'étude effectuée par Frey/Bergmann pour l'année 2012 (cf. URS FREY/HEIKO BERGMANN, Etude sur les frais professionnels de la Fédération suisse des avocats [année de référence 2012], Saint-Gall 2014, dont les résultats ont été résumés dans la Revue de l'avocat 8/2014 p. 325 ss), il a été tenu compte de 1'386 heures facturables pour un avocat à temps complet sur un an (cf. FREY/BERGMANN, op. cit. 2014, p. 14). En tenant compte de 231 jours de travail par année à Genève, cela correspond à 6 heures journalières facturées.

**8.2.3** Il apparaît d'emblée que les [nb. d'heures facturées] consacrées à l'affaire jusqu'au dépôt du recours sont excessives. Compte tenu d'une moyenne de 6 heures journalières facturées, elles correspondent à l'équivalent de plus de [...] jours de travail, réalisés entre le 11 juin 2013 et

le 11 juillet 2013. Certes, le mémoire de recours s'étend sur 189 pages et le dossier de l'autorité inférieure est volumineux. Toutefois, les mandataires de la recourante représentaient déjà celle-ci devant l'autorité inférieure. Au surplus, [Les informations qui suivent détaillent l'activité des avocats de la recourante. Elles sont couvertes par le secret professionnel]. Dans ces circonstances et vu la similitude avec les arguments développés devant l'autorité inférieure, le temps cumulé par les deux mandataires jusqu'au dépôt du recours le 11 juillet 2013 doit être réduit à un maximum de 150 heures.

Quant aux écritures ultérieures, elles comprennent de nombreuses répétitions des griefs invoqués dans le mémoire de recours. [Les informations qui suivent détaillent l'activité des avocats de la recourante. Elles sont couvertes par le secret professionnel]. Dans ces circonstances, on ne peut admettre que ces heures étaient nécessaires à la défense des intérêts de la recourante. Il suit de là que le temps cumulé par les deux mandataires postérieurement au dépôt du recours doit être réduit à 80 heures jusqu'au dépôt de la réplique et à 25 heures jusqu'au dépôt des dernières observations, ce qui apparaît largement suffisant compte tenu de la complexité et de la nature de l'affaire. Une telle façon de procéder est au demeurant dans la ligne de la pratique du Tribunal.

Vu la complexité de la cause, un taux horaire correspondant à 400 francs apparaît toutefois justifié.

**8.2.4** Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir un montant total des frais de représentation de 102'000 francs correspondant à 255 heures à 400 francs. La recourante obtenant partiellement gain de cause, il se justifie de lui octroyer, pour la procédure B-3962/2013, une indemnité à titre de dépens réduits de 51'000 francs et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure. Ces dépens ne comprennent aucun supplément TVA au sens de l'art. 9 al. 1 let. c FITAF.

## **9.**

Reste enfin à se prononcer sur les frais et dépens de la présente procédure.

**9.1** S'agissant d'un renvoi, il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires spécifiques à la présente procédure.

**9.2** En revanche, la recourante, qui a conclu au prononcé d'une sanction à caractère symbolique à l'issue de l'arrêt du Tribunal fédéral, n'obtient que

partiellement gain de cause. Il suit de là que, faute de décompte remis en temps utile, il se justifie de lui octroyer *ex aequo et bono* – en tenant compte des écritures produites – une indemnité à titre de dépens réduits de 7'500 francs et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le chiffre 1.3 du dispositif de la décision du 27 mai 2013 de la Commission de la concurrence est réformé.

Partant, la recourante est condamnée au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart de 2'038'805 francs.

**2.**

Le chiffre 4 du dispositif de la décision du 27 mai 2013 de la Commission de la concurrence est réformé en tant qu'il condamnait la recourante au paiement solidaire des frais de procédure s'élevant à un montant de 760'150 francs.

Partant, la recourante est condamnée au paiement des frais de la procédure devant la Commission de la concurrence à hauteur de 76'015 francs.

**3.**

Des frais de procédure, d'un montant réduit de 20'000 francs, sont mis à la charge de la recourante pour la procédure B-3962/2013.

Ils sont imputés sur l'avance de frais de 40'000 francs déjà prestée. Le solde de 20'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

**4.**

Une indemnité de 51'000 francs est allouée à la recourante à titre de dépens réduits pour la procédure B-3962/2013 et mise à la charge de l'autorité inférieure.

**5.**

Il n'est pas perçu de frais judiciaires pour la procédure B-3866/2022.

**6.**

Une indemnité de 7'500 francs est allouée à la recourante à titre de dépens réduits pour la procédure B-3866/2022 et mise à la charge de l'autorité inférieure.

**7.**

Le présent arrêt est adressé à la recourante, à l'autorité inférieure et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR.

L'indication des voies de droit se trouve sur la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Pascal Richard

Julien Delaye

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai ne court pas du 15 juillet au 15 août inclus (art. 46 al. 1 let. b LTF). Il est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 13 septembre 2023