



Cour II
B-3938/2013

Arrêt du 30 octobre 2019

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Pietro Angeli-Busi, Maria Amgwerd,
Vera Marantelli, Daniel Willisegger, juges,
Julien Delaye, greffier.

Parties

Dargaud (Suisse) SA,
représentée par Maître Benoît Merkt, avocat
Lenz & Staehelin,
recourante,

contre

Commission de la concurrence COMCO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Cartels - sanction
Marché du livre écrit en français.

Faits :

A.

A.a Dargaud (Suisse) SA (ci-après : la recourante) est une société anonyme de droit suisse. Elle fait partie du groupe Media Participations (ci-après : le groupe MP) qui rassemble plusieurs sociétés – dont la société Dargaud sise en France (ci-après : Dargaud FR) – actives au niveau de l'édition, de la diffusion et de la distribution de livres en français, notamment de bandes dessinées, de livres pour la jeunesse et de livres religieux. En particulier, le groupe est actif dans la diffusion en France et en Belgique au travers de sa filiale Media Diffusion, ainsi que dans la distribution en France au travers de sa filiale MDS et en Belgique au travers de sa filiale DLS. Quant à la recourante, elle est chargée de la diffusion et de la distribution des livres du groupe et d'éditeurs tiers sur le territoire suisse ; son capital-actions est détenu à [...] % par Dargaud FR, elle-même détenue à [...] % par la société Media Participations Paris SA, laquelle chapeaute les différentes entités du groupe MP. La recourante est rattachée au pôle « édition » dudit groupe ; son objectif est notamment d'accroître les parts de marché des éditions du groupe MP en Suisse.

A.b La recourante diffuse et distribue en Suisse les ouvrages des éditeurs du groupe MP ainsi que d'éditeurs tiers. Il y a lieu de répertorier quatre types de relations commerciales :

- le premier type de relations commerciales lie la recourante aux éditeurs appartenant au groupe MP (ci-après : les éditeurs MP) ;
- le deuxième type de relations commerciales lie la recourante avec des éditeurs n'appartenant pas au groupe MP, mais qui ont confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages à la société Media Diffusion, laquelle a, à son tour, chargé la recourante de la distribution et de la diffusion de ceux-ci sur le territoire suisse (ci-après : les éditeurs Tiers-MP) ;
- le troisième type de relations commerciales lie la recourante avec des éditeurs n'appartenant pas au groupe MP, qui n'ont pas confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en France et en Belgique à la société Media Diffusion, mais qui ont confié la diffusion et la distribution en Suisse de leurs ouvrages à la recourante (ci-après : les éditeurs Tiers-Dargaud) ;
- le quatrième type de relations commerciales lie la recourante avec des éditeurs/distributeurs n'appartenant pas au groupe MP, qui ont confié

la distribution en Suisse de leurs ouvrages à la recourante, mais non leur diffusion (ci-après : les éditeurs/diffuseurs en distribution pure).

A.c Les contrats conclus entre la recourante et ses partenaires commerciaux confient une exclusivité à celle-ci. Huit types de clauses contractuelles sont répertoriés à cet effet. Il s'agit des clauses suivantes :

Clause A :

« 1.1 [L'éditeur] confie à titre exclusif à [la recourante], qui accepte, la diffusion/distribution de la totalité des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés sous ses marques éditoriales ou sous toutes autres marques dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande en Suisse, catalogue que [la recourante] déclare parfaitement connaître [nda : dans quelques contrats, "déclare connaître"] ».

1.2 [La recourante] diffusera/distribuera les ouvrages de [l'éditeur] en Suisse dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants : les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage ».

Clause B :

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de vente de l'intégralité de son fonds d'édition sur le territoire suisse, aux conditions générales qui font suite.

[La recourante] s'interdit expressément de vendre les ouvrages qui lui sont ainsi confiés en dehors de son territoire et prendra toutes mesures auprès de sa clientèle afin que cette interdiction soit respectée.

De même, [l'éditeur] prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

Clause C :

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l'ouvrage intitulé [...] sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite.

[L'éditeur] prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée. Toutefois, [l'éditeur] a la possibilité d'acquérir des albums avec une remise de [...] % sur prix public suisse hors taxe afin d'en offrir dans un cadre promotionnel ».

Clause D :

« 1.1 MEDIA DIFFUSION confie à titre exclusif à [la recourante], qui accepte, la diffusion/distribution en Suisse des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés par la société [éditeur tiers] et tels que présentés dans son catalogue grand public et sur son bon de commande.

1.2 [La recourante] diffusera/distribuera les ouvrages édités par la société [éditeur tiers] dont la diffusion-distribution est confiée à MEDIA DIFFUSION dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres de Suisse.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants : les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage ».

Clause E :

« [L'éditeur] confie [à la recourante], pour la Suisse, la diffusion exclusive de l'intégralité de sa production en matière d'ouvrages, bandes dessinées, etc. et mettra tout en œuvre pour que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

Clause F :

« [L'éditeur] confie [à la recourante], qui l'accepte, l'exclusivité de la distribution dans les territoires repris à l'annexe A [le territoire suisse] des ouvrages qu'il publie ou commercialise en langue française sous sa marque ou sous tout autre marque dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande. Une distribution non exclusive des ouvrages publiés en langues étrangères pourra aussi être proposée [à la recourante] ».

Clause G :

« [L'éditeur] accorde à [la recourante], qui l'accepte, l'exclusivité de la distribution, sur le territoire de la Suisse, des albums et livres qu'il édite en langue française ».

Clause H :

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l'ouvrage intitulé [...] sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite ».

B.

B.a Du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : le secrétariat) a mené une enquête préalable sur le marché du livre écrit en français. Les informations obtenues auprès des diffuseurs-distributeurs et des détaillants ont fait apparaître que les

diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse occupaient une position forte sur le marché en cause et que le niveau des prix était élevé en Suisse.

B.b D'entente avec le Président de la Commission de la concurrence (ci-après : la Comco ou l'autorité inférieure), le secrétariat a ouvert, le 13 mars 2008, une enquête dans le but d'examiner l'existence éventuelle d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c de la loi sur les cartels. L'ouverture de l'enquête a été communiquée aux diffuseurs-distributeurs concernés – parmi lesquels figurait la recourante – par un courrier leur indiquant les principaux éléments susceptibles de constituer un abus de position dominante et a fait l'objet d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et la Feuille fédérale du 29 avril 2008 (FF 2008 2582). L'enquête a été réalisée en collaboration avec la Surveillance des prix, qui a participé à l'élaboration et à l'évaluation des questionnaires destinés aux diffuseurs-distributeurs ainsi qu'aux détaillants.

B.c Le 2 mars 2011, le secrétariat a étendu l'enquête, de concert avec le Président de la Comco, à l'examen de l'existence d'un accord illicite affectant la concurrence au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels ; cette extension a également fait l'objet d'une communication aux parties concernées ainsi que d'une publication dans la FOSC et la Feuille fédérale du 22 mars 2011 (FF 2011 2391).

B.d Le 18 mars 2011, le Parlement a adopté la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre (ci-après : la loi sur le prix du livre), contre laquelle un référendum a été lancé. L'adoption de cette loi et la perspective d'une votation populaire ont amené le secrétariat, en application du principe de l'économie de la procédure, à suspendre l'enquête par décision incidente du 6 juin 2011. Le référendum ayant abouti, le peuple suisse s'est prononcé le 11 mars 2012 et a rejeté la loi sur le prix du livre. L'enquête a ainsi été reprise le 22 mars 2012 et les diffuseurs-distributeurs ont été invités à indiquer leurs chiffres d'affaires pour les années 2009 à 2011 et à exposer leurs relations avec les fournisseurs.

C.

C.a Le 14 août 2012, le secrétariat a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il a été retenu que la recourante avait participé à un accord horizontal de répartition géographique conclu au sein de l'Association suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ci-après : l'ASDEL) ainsi qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente sur la base de ses tabelles. De

même, la recourante avait participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il a considéré que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels et a ainsi proposé à la Comco d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente au moyen, notamment, de tabelles et de s'entendre avec les libraires sur un taux de remise basé sur un prix public final pour la Suisse. De même, il a prescrit de défendre aux diffuseurs-distributeurs d'opérer une répartition géographique du marché concerné et de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou encore d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution. Finalement, il a proposé de sanctionner la recourante et de mettre à sa charge une partie des frais de procédure.

C.b Le secrétariat a imparti à la recourante un délai au 13 septembre 2012 pour se déterminer sur la proposition de décision du 14 août 2012. Dit délai a été prolongé une première fois jusqu'au 12 octobre 2012, étant précisé qu'une seconde prolongation ne serait pas admise. Par courrier du 9 octobre 2012, la recourante a sollicité une deuxième prolongation de 30 jours, invoquant l'impossibilité de réunir, à l'échéance précitée, l'ensemble des éléments utiles à ses déterminations sur la proposition de décision. Le secrétariat a partiellement accordé dite prolongation et a accordé à la recourante un délai au 19 octobre 2012 pour lui transmettre ses déterminations.

C.c Le 19 octobre 2012, la recourante a transmis au secrétariat ses déterminations sur la proposition de décision du 14 août 2012. Elle a tout d'abord invoqué que le refus du secrétariat de lui accorder une seconde prolongation de 30 jours constituait une violation de son droit d'être entendu. Elle a ensuite décrit les caractéristiques spécifiques du marché en cause, à savoir la grande diversité des maisons d'édition et la quantité très élevée d'ouvrages disponibles sur un marché très influencé par la France, où la loi Lang restreint la concurrence. Elle a également détaillé la structure et les activités du groupe MP puis a décrit sa pratique de prix en Suisse, notamment l'utilisation d'une table déterminant le prix suisse en convertissant, sur la base du taux de change majoré d'environ [...] point, le prix français fixé en euro. A ce propos, elle a précisé que les détaillants suisses bénéficiaient généralement d'une remise oscillant entre [...] % et [...] %. Elle en a déduit que sa politique raisonnable en matière de prix avait induit de faibles possibilités d'arbitrage et un renoncement volontaire des détaillants à procéder à des importations parallèles. En définitive, elle a réfuté être partie à tout accord illicite au sens des art. 4 al. 1 et 5 de la loi sur les cartels. Elle a dès lors requis la clôture de l'enquête à son encontre sans suite de frais.

C.d L'autorité inférieure a procédé, entre le 26 novembre 2012 et le 10 décembre 2012, à l'audition de la recourante et des autres parties à la procédure. En particulier, elle a entendu le directeur général de Payot, la responsable de la Librairie A._____ et présidente des librairies au sein de l'ASDEL ainsi que l'administrateur d'OLF.

D.

D.a En date du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a rendu une décision à l'encontre de la recourante et de neuf autres diffuseurs-distributeurs, dont le dispositif est le suivant :

« 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 [...] francs suisses ;*

1.2 *Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses ;*

1.3 *Diffulivre S.A. pour un montant de [...] francs suisses ;*

1.4 *Diffusion Transat SA pour un montant de [...] francs suisses ;*

1.5 *Editions Glénat (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses ;*

1.6 *Interforum Suisse SA pour un montant de [...] francs suisses ;*

1.7 *Les éditions des 5 frontières SA pour un montant de [...] francs suisses ;*

1.8 *Les Editions Flammarion S.A. pour un montant de [...] francs suisses ;*

1.9 *OLF SA pour un montant de [...] francs suisses ;*

1.10 *Servidis SA pour un montant de [...] francs suisses.*

2. *Interdit aux diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glénat (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 [...] ».*

En substance, l'autorité inférieure a retenu que la recourante avait été partie durant la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011, à des systèmes de distribution ayant constitué une action collective consciente et voulue qui avait visé et eu pour effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de référence au sens de la loi sur les cartels. Elle a estimé que les conditions d'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels étaient réunies dans la mesure où le système de distribution mis en place cloisonnait la distribution des livres écrits en français sur le territoire suisse. De plus, elle a considéré que la concurrence intermarques et intramarque n'était pas apte à renverser celle-ci. Toutefois, dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption, elle a relevé que dit système de distribution avait notablement affecté la concurrence tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif sans qu'un motif d'efficacité économique ne l'ait justifié (art. 5 al. 1 et 2 de la loi sur les cartels).

D.b L'autorité inférieure a tout d'abord retenu que la loi sur les cartels s'appliquait en l'espèce. D'une part, la recourante avait été active dans le processus économique du livre écrit en français et son comportement avait restreint la concurrence en Suisse. D'autre part, la loi Lang qui réglemente, en France, le prix du livre ne devait pas être considérée comme une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi sur les cartels. Nonobstant le rejet, par le peuple, de la loi sur le prix du livre, l'autorité inférieure a précisé que celle-ci n'aurait pas été assimilée à une prescription réservée, dès lors qu'elle ne concernait pas les approvisionnements.

D.c Elle a rappelé que les activités de diffusion et de distribution devaient être distinguées dans la branche du livre écrit en français. Si les diffuseurs assurent les activités de commercialisation et de représentation des éditeurs, les distributeurs se chargent des tâches essentiellement logistiques, lesquelles couvriraient notamment la saisie des commandes des clients, le traitement des arrivages, le picking, l'emballage de la marchandise, la gestion des comptes débiteurs et les retours des clients.

D.d Elle a ensuite examiné le système de distribution de la recourante, soulignant que celle-ci était active aussi bien en tant que diffuseur que distributeur. Elle a constaté que, durant la période visée, la recourante ne contestait pas que les relations contractuelles avec les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs en distribution pure devaient être qualifiées d'accords en matière de concurrence. De même, elle a considéré que les clauses contractuelles B et C constituaient des accords au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels. D'une part, elles obligeaient les partenaires commerciaux en amont à prendre des mesures afin de faire respecter l'exclusivité de la recourante sur le territoire suisse. D'autre part, la recourante s'engageait elle-même à prendre des mesures afin d'empêcher la vente des ouvrages confiés hors du territoire suisse. Selon l'autorité inférieure, ces clauses attesteraient que le système de distribution des livres écrits en français se fondait sur un régime d'exclusivité interdisant les ventes passives. Elle en a déduit que les partenaires intragroupes devaient prendre des mesures au sein, mais aussi à l'extérieur du groupe, afin de protéger l'exclusivité de la recourante sur le territoire suisse. En raison de leurs effets externes, ces accords ne pouvaient dès lors pas bénéficier du privilège de groupe, même s'ils liaient différents membres du groupe MP.

Se fondant sur les expériences des diffuseurs-distributeurs et celles des détaillants, l'autorité inférieure a retenu que les accords en cause étaient des accords de distribution qui prévoyaient une attribution de territoire au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels ; la suppression de la concurrence efficace devait dès lors être présumée. Elle a exposé que le système de distribution exclusive mis en place avait permis une traçabilité des flux et empêché les ventes passives. De même, elle a estimé que le droit de retour – soit l'opportunité offerte aux détaillants de retourner les ouvrages invendus – n'avait fonctionné en l'espèce qu'en raison d'un régime prohibant les ventes passives, dont il était le corollaire. Elle a encore relevé que le procès-verbal du 25 mai 2005 – relatant une discussion du 11 mai 2005 au sein de l'ASDEL sur les dangers des importations parallèles – démontrait la volonté commune des diffuseurs-distributeurs d'empêcher les ventes passives. Finalement, elle a considéré que les relations commerciales entre les éditeurs et les distributeurs français n'avaient pas à être examinées plus avant – en particulier, si elles contenaient une interdiction de livrer en Suisse – les éléments au dossier étant suffisants pour constater que le système de distribution en cause empêchait les ventes passives.

D.e Examinant un éventuel renversement de la présomption, l'autorité inférieure a défini le niveau « wholesale » comme étant le marché de référence principal car il était directement visé par les accords d'attribution de territoire. Elle a néanmoins admis que le comportement des consommateurs finals influençait dans une certaine mesure celui des détaillants ; en particulier, elle a laissé indécise la question de savoir si le commerce électronique apparaissait du côté de l'offre au niveau « retail » et a nié qu'il faisait partie du marché de référence au niveau « wholesale ». Sur la base de l'examen de la concurrence intramarque, elle a conclu que des possibilités d'arbitrage avaient existé de manière systématique durant la période de l'enquête tant sur les prix que sur d'autres paramètres ; celles-ci auraient pu constituer des opportunités intéressantes pour les détaillants. Elle a toutefois constaté que ces derniers n'avaient pas été en mesure de les exploiter, à tout le moins insuffisamment pour générer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs. Le système de distribution mis en place par ceux-ci ayant, dans une large mesure, empêché les importations parallèles, il y avait lieu de constater l'absence de concurrence intramarque. La Comco a relevé la forte différenciation du produit, la stabilité des parts de marché et les grandes difficultés d'entrée sur le marché en raison des droits d'édition. Elle en a déduit une concurrence intermarques très limitée. Enfin, elle a retenu la très faible pression concurrentielle des éditeurs ainsi que l'absence de capacité disciplinante des détaillants. Dans ces conditions, elle a conclu au non-renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels.

Subsidiairement, l'autorité inférieure a indiqué que les accords en cause seraient illicites quand bien même la présomption devait être renversée. Elle a noté que le système de distribution exclusive mis en place par la recourante et les autres diffuseurs-distributeurs avait reposé sur des clauses prohibant les ventes passives de sorte qu'elles avaient, sur le plan qualitatif, notablement affecté la concurrence. Par ailleurs, 95 % du marché suisse étant soumis à un système de distribution interdisant les ventes passives, la concurrence était d'un point de vue quantitatif également affectée de manière notable. Finalement, elle a rejeté toute justification pour des motifs d'efficacité économique.

D.f Enfin, la Comco a retenu que le comportement illicite décrit ci-dessus était imputable à la recourante et devait être sanctionné. La sanction a été arrêtée sur la base des chiffres d'affaires réalisés durant les années 2009, 2010 et 2011 ainsi qu'à l'aune de la gravité et de la durée de l'infraction, à [...] francs, à savoir 4 % du chiffre d'affaires cumulé sur les trois derniers exercices, majoré de 50 %.

E.

E.a Le 11 juillet 2013, la recourante a formé recours contre la décision du 27 mai 2013. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que la décision de l'autorité inférieure soit réformée en ce sens que les chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision attaquée sont annulés et que la procédure est classée sans suite à son encontre, les frais de la procédure étant mis à la charge de la Confédération. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation des chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision attaquée et au renvoi de la cause pour nouvelle décision au sens des considérants.

E.b A titre liminaire, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 30 al. 2 de la loi sur les cartels et de son droit d'être entendu. Elle estime que la décision du 27 mai 2013 diverge substantiellement de la proposition de décision du 14 août 2012 que le droit de se prononcer sur celle-ci a de fait été inexistant. Elle indique ensuite que l'autorité inférieure a utilisé à charge des éléments recueillis entre le 14 août 2012 et le 27 mai 2013 sans qu'elle n'ait pu préalablement en prendre connaissance et, le cas échéant, faire valoir des observations. La recourante reproche également à cette dernière de lui avoir refusé une seconde prolongation de délai de 30 jours pour prendre position sur la proposition de décision du 14 août 2012. Finalement, elle fait grief à l'autorité inférieure d'avoir violé l'art. 28 de la loi fédérale sur la procédure administrative en retenant, à son désavantage, une tablette et des conditions de vente d'autres diffuseurs-distributeurs couvertes par le secret d'affaires et auxquelles elle n'a, par conséquent, pas eu accès.

E.c Invoquant le principe *in dubio pro reo*, la recourante fait valoir que les indices recueillis par l'autorité inférieure ne pouvaient emporter la pleine conviction de celle-ci quant à l'existence d'un accord en matière de concurrence. Par ailleurs, se prévalant du privilège de groupe, elle conteste tout accord en matière de concurrence en ce qui concerne ses relations contractuelles avec des entités du groupe MP et considère que le chiffre d'affaires réalisé par l'intermédiaire de celles-ci ne peut pas être inclus dans le calcul d'une éventuelle sanction, étant précisé que [...] % du chiffre d'affaires lié à son secteur diffusion est réalisé avec des éditeurs MP ou des éditeurs Tiers-MP et [...] % seulement avec des éditeurs Tiers-Dargaud. Elle allègue également sur ce point que la clause B, jugée illicite par l'autorité inférieure, n'existerait que dans un seul contrat avec des éditeurs MP ou Tiers-MP (contrat E.A. _____), lequel représenterait en 2012 seulement [...] % du chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs MP ou Tiers-MP. Quant à la clause C, elle ne serait présente que dans le contrat

conclu avec E.B._____ (éditeur Tiers-Dargaud), grâce auquel elle a réalisé un chiffre d'affaires de [...] francs en 2012.

E.d La recourante considère ensuite que l'autorité inférieure a retenu à tort une présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. Selon elle, le terme « exclusivité » utilisé dans les clauses litigieuses n'implique pas une interdiction des ventes passives. Aussi, l'autorité inférieure devait prouver que le contenu des accords comportait une interdiction des ventes passives ; or, elle ne serait pas parvenue à le faire.

Concernant les effets anticoncurrentiels desdits accords, la recourante soutient qu'il ne peut être constaté que des possibilités d'arbitrage ont existé durant la période de l'enquête. En application de ses tabelles, la différence de prix brut entre la Suisse et la France aurait oscillé, selon les remises octroyées aux détaillants, entre [environ 5] % et [environ 10] %. Or, Payot aurait estimé à 10 % les coûts incompressibles induits par des importations parallèles. La recourante souligne, par conséquent, qu'un certain nombre de détaillants n'ont pas jugé intéressant de procéder à des importations parallèles. De plus, elle estime que l'autorité inférieure n'a pas suffisamment examiné les possibilités d'arbitrage sur les services et l'attrait que représente pour les détaillants un diffuseur-distributeur implanté en Suisse. En particulier, elle fait valoir que les déclarations des détaillants sont générales et ne se rapportent pas précisément à elle.

De même, la recourante explique que les clauses litigieuses ne restreignent pas la liberté d'action du distributeur, mais imposent uniquement au producteur – à savoir l'éditeur – de prendre toutes les mesures utiles afin de faire respecter l'exclusivité de celui-là. Ainsi, elle soutient que les clauses litigieuses ne visent pas à interdire les ventes passives. Encore faut-il, selon elle, que l'éditeur prenne des mesures avec ses distributeurs étrangers afin que ceux-ci s'interdisent de vendre en Suisse. Or, sur ce point, l'autorité inférieure n'aurait rien établi. Bien plus, les éditeurs, dont elle se charge de la distribution, n'ont jamais pris de telles mesures, comme le confirment les attestations de trois maisons d'édition produites au dossier. Elle estime donc que l'interprétation que l'autorité inférieure fait des clauses contractuelles est erronée. En outre, elle réfute que le droit de retour octroyé aux détaillants ait nécessairement pour corollaire le cloisonnement du marché suisse et que les discussions, auxquelles elle a pu participer au sein de l'ASDEL, soient un indice d'une entrave aux importations parallèles. En définitive, elle en déduit que faute d'éléments concrets prouvant sa participation à un régime de distribution

exclusive prohibant les ventes passives, l'autorité inférieure ne pouvait pas conclure que les conditions de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels étaient réunies.

E.e S'agissant du marché de référence, la recourante fait valoir que la vente électronique de livres imprimés a concurrencé de manière importante les détaillants ainsi que les diffuseurs-distributeurs. Au sujet de la concurrence intermarques et intramarque, elle se plaint notamment de ce qu'il n'a pas été tenu compte de la particularité du marché de la bande dessinée, des faibles possibilités d'arbitrage et de la force disciplinante de la FNAC Suisse (ci-après : la FNAC) et Payot.

E.f Subsidiairement, elle souligne qu'il n'est pas possible de lui imputer un comportement illicite puisqu'une éventuelle restriction des ventes passives ne serait pas de son fait, mais de celui des diffuseurs-distributeurs français. De même, elle n'a été informée du caractère éventuellement illicite de son système de distribution qu'en cours d'enquête, celle-ci ayant débuté en relation avec un abus de position dominante quant au prix du livre. En outre, elle considère que le montant de base de la sanction retenu par l'autorité inférieure est erroné dès lors qu'il n'a pas été arrêté sur la base des trois derniers exercices et qu'il n'a pas été fait de distinctions entre la part du chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs MP, Tiers-MP, Tiers-Dargaud et en distribution pure. De même, elle estime que la sanction ne tient pas compte du fait qu'elle n'a réalisé aucun profit significatif sur le marché pertinent. En dernier lieu, la recourante se plaint du manque de motivation relatif aux frais de procédure mis à sa charge.

F.

Le 20 novembre 2013, l'autorité inférieure a transmis sa réponse au recours. Elle y conclut au rejet de celui-ci sous suite de frais. Elle conteste tout d'abord avoir violé l'art. 30 al. 2 de la loi sur les cartels, estimant que la recourante a pu se déterminer de manière complète sur les principes de base de la décision attaquée, plus précisément sur la violation de l'art. 5 al. 1 et 4 de la loi sur les cartels qui lui est reprochée. Partant, elle estime qu'elle-même ou le secrétariat n'était pas tenu de rédiger une nouvelle proposition de décision. De même, elle indique que la recourante n'avait aucun droit à obtenir une seconde prolongation de délai, ce dont elle avait été dûment informée. Ce nonobstant, elle considère qu'un délai de 70 jours octroyé à la recourante pour faire part de ses observations était suffisant. Elle rappelle également que la recourante a de nouveau pu se déterminer sur la proposition de décision lors de son audition du 3 décembre 2012. S'agissant de la prétendue violation de l'art. 28 de la loi sur la procédure

administrative, elle fait valoir que le contenu essentiel des pièces couvertes par des secrets d'affaires a pu être compris de la recourante par la motivation de l'acte entrepris.

Cela étant, l'autorité inférieure souligne avoir fondé sa décision sur de nombreux éléments qui ont apporté la pleine preuve du comportement incriminé. Elle réfute dès lors avoir violé le principe *in dubio pro reo*. Elle rappelle notamment que les clauses litigieuses ont produit des effets en dehors du groupe. A ce titre, elles ne peuvent bénéficier du privilège de groupe. Elle précise également avoir démontré l'existence d'un accord interdisant les ventes passives ainsi que les effets de celui-ci, indiquant que les déclarations des détaillants valaient pour tous les diffuseurs-distributeurs. En outre, elle estime que les attestations des trois maisons d'édition produites par la recourante, vraisemblablement à la demande de celle-ci, n'ont pas de force probante. Elle fait encore valoir que l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels s'applique quand bien même la clause litigieuse ne prévoit pas directement une obligation pour le distributeur, le critère essentiel étant l'exclusion des ventes passives visée par les accords.

Concernant le marché de référence, l'autorité inférieure indique l'avoir correctement défini. Elle considère avoir suffisamment tenu compte de la vente électronique de livres imprimés dans le cadre de l'analyse de la pression concurrentielle, faisant valoir que les prix avantageux des livres vendus par ce biais bénéficient aux consommateurs finals, mais qu'il ne s'agit en aucun cas d'une source d'approvisionnement crédible pour les détaillants. Quant à l'appréciation de la concurrence intramarque et intermarques, elle renvoie à sa décision. Elle estime que les détaillants n'ont pas été en mesure d'exploiter une quelconque possibilité d'arbitrage, la recourante et les autres diffuseurs-distributeurs ayant cloisonné le marché suisse. Elle considère dès lors que la sanction ainsi que le calcul de celle-ci sont justifiés et conformes à la loi. Il en va de même pour les frais de procédure mis à la charge de la recourante.

G.

Le 12 février 2014, la recourante a transmis sa réplique. Elle maintient intégralement les conclusions prises dans son recours du 11 juillet 2013 ainsi que les griefs formulés. Concernant le droit d'être entendu, elle souligne que ce vice de procédure ne peut pas être guéri par la présente procédure de recours. Elle rappelle ensuite que les contrats conclus entre des entités du même groupe ne peuvent pas être qualifiés d'accords en matière de concurrence. De même, elle fait valoir que les clauses

litigieuses ont visé à garantir l'exclusivité du distributeur, mais n'ont pas restreint les importations parallèles. S'agissant des effets, elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir surévalué les possibilités d'arbitrage existantes. La recourante maintient également que la seule obligation de faire respecter l'exclusivité n'est pas contraire à l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. Elle se prévaut également d'une pression disciplinante des détaillants, dont il n'a pas été suffisamment tenu compte dans la décision attaquée. Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir complètement dissocié le marché « wholesale » du marché « retail », si bien que les effets du commerce électronique de livres imprimés n'ont pas été correctement examinés. Sur ce point également, elle conteste que différents livres ne puissent être substituables l'un à l'autre. Très subsidiairement, elle allègue enfin que son système de distribution est justifié par des motifs d'efficacité économique.

H.

Le 23 avril 2014, l'autorité inférieure a transmis sa duplique. Elle maintient ses conclusions et ses arguments quant aux griefs invoqués. Elle précise notamment qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie la participation de la recourante à un système de distribution excluant les ventes passives, mais que les arguments développés par celle-là démontrent bien l'existence de celui-ci.

I.

Par ordonnance du 28 mai 2014, le tribunal a invité les parties à se prononcer sur une éventuelle suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans les procédures Gaba International AG, respectivement Gebro Pharma GmbH, contre Comco (ci-après : Gaba/Gebro) pendantes devant le Tribunal fédéral.

J.

Par écritures du 17 juin 2014, la recourante a fait part de ses remarques sur la duplique de l'autorité inférieure. Confirmant les conclusions de son recours, elle y réaffirme la prépondérance des relations intragroupes dans ses activités commerciales. En outre, elle revient plus précisément sur le calcul de l'écart de prix entre la Suisse et la France et produit des pièces à ce sujet. A titre de mesures d'instruction, elle sollicite du tribunal une audience d'instruction et la mise en œuvre d'une expertise indépendante en vue d'établir le coût des importations parallèles.

K.

L'autorité inférieure a indiqué, par courrier du 25 juin 2014, que la

suspension de la procédure ne se justifiait pas dans la mesure où la notabilité de l'affectation de la concurrence avait été établie d'un point de vue quantitatif et qualitatif dans la décision entreprise. Partant, le sort des procédures Gaba/Gebro devant le Tribunal fédéral n'aurait, selon elle, aucune influence sur la présente procédure de recours.

L.

Le 30 juin 2014, la recourante a indiqué s'opposer à une suspension de la procédure. Elle considère que les griefs invoqués à l'encontre de la décision n'ont pas de lien direct avec les causes Gaba/Gebro et qu'une suspension prolongerait de façon injustifiée la présente procédure de recours.

M.

Par ordonnance du 23 juillet 2014, le tribunal a informé les parties qu'il renonçait à suspendre la cause et a invité l'autorité inférieure à se déterminer sur la mise en œuvre de l'expertise sollicitée par la recourante.

N.

Par courrier du 18 août 2014, l'autorité inférieure a conclu au rejet de la réquisition, estimant qu'il avait été établi que des possibilités d'arbitrage avaient existé tant sur les prix que sur les services.

O.

Le 10 septembre 2014, la recourante a maintenu sa requête afin de pallier les lacunes de la décision attaquée.

P.

Le 24 septembre 2014, l'autorité inférieure a renoncé à toute remarque supplémentaire.

Q.

Q.a Le 12 mai 2015, le tribunal a tenu une audience d'instruction sur requête de la recourante. Celle-ci a pu, par l'intermédiaire de ses conseils, poser des questions à ses représentants et à l'autorité inférieure, laquelle a également pu interroger ceux-ci. Les parties ont plaidé la cause. L'autorité inférieure a déposé des notes de plaidoiries séance tenante ; la recourante a été invitée à le faire d'ici le 27 mai 2015.

Q.b Par courrier du 27 mai 2015, la recourante a déposé ses notes de plaidoiries.

Q.c Le 29 mai 2015, le procès-verbal de l'audience d'instruction du 12 mai 2015 a été transmis aux parties.

Q.d Par déterminations du 19 juin 2015, l'autorité inférieure a pris position sur les notes de plaidoiries de la recourante. Tout d'abord, elle considère que les déclarations du détaillant D.P._____ mentionnées en audience ne sont pas un fait nouveau. Elle indique ensuite que l'absence de profit n'est pas pertinente tant dans le principe même d'une sanction que dans son calcul, rappelant que l'objet du litige ne concerne pas un accord sur les prix, mais un cloisonnement du marché dont l'existence a été établie. S'agissant de l'absence de demande d'importations parallèles directes ou indirectes, elle prétend qu'en présence de clauses contractuelles claires comme en l'espèce, il appartenait à la recourante de prouver que celles-ci n'étaient pas appliquées ou ne reflétaient pas la volonté des parties. Concernant les ventes en ligne, elle affirme à nouveau qu'Amazon ne fait pas partie du marché pertinent, car elle s'adresse essentiellement aux consommateurs finals. En outre, elle relève que les accords en cause prévoient un système de distribution dont la portée dépasse les seules relations intragroupes et constate une similitude des clauses litigieuses avec celles de l'affaire Gaba/Gebro. Enfin, elle dénie aux attestations des éditions E.C._____, E.D._____ et E.E._____, produites par la recourante, toute force probante et considère avoir apporté la preuve du comportement incriminé.

Q.e Par écritures du 24 juillet 2015, la recourante a déposé ses remarques. D'une manière générale, elle se plaint de ce que l'autorité inférieure ne traite pas d'un certain nombre de griefs liés, notamment, à l'absence de possibilités d'arbitrage et de sollicitation de la part des détaillants suisses, ainsi que du manque d'individualisation de la décision attaquée. Concernant ce dernier point, elle fait valoir que les déclarations de D.P._____ ne la concernent pas contrairement à ce qu'a prétendu l'autorité inférieure en audience. Elle allègue également que son activité de diffusion/distribution ne génère aucun profit ce dont l'autorité inférieure ne tient nullement compte. S'agissant du marché déterminant, elle relève que les ventes en ligne – avec une part de marché en 2012 de 22 % – auraient dû être prises en compte. A ce sujet, elle indique qu'Amazon [...] a pu livrer des clients en Suisse depuis l'étranger sans restriction. Elle conteste également toutes similitudes entre les clauses litigieuses et les clauses relatives à l'affaire Gaba/Gebro, qui interdisaient expressément à un diffuseur étranger de vendre sur le territoire suisse. Enfin, elle réfute toute dépendance des éditions E.C._____ et E.D._____ envers elle.

R.

Le 29 octobre 2019, le tribunal a tenu des débats publics sur réquisition de la recourante. Les parties ont plaidé la cause et déposé leurs notes de plaidoiries séance tenante.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :**1. Recevabilité**

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. f LTAF et 5 al. 1 let. a PA).

1.2 A qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA).

1.2.1 Est particulièrement touché celui qui est atteint de manière directe et concrète par la décision attaquée, avec une intensité plus grande que d'autres personnes et qui se trouve dans un rapport étroit et spécial avec l'objet de la contestation (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3, 139 II 279 consid. 2.2 et 135 II 145 consid. 6.1 ; arrêt du TF 2C_524/2018 du 8 mai 2019 consid. 2.3). A un intérêt digne de protection, celui qui a un intérêt juridique ou de fait à ce que la décision soit annulée ou modifiée : cet intérêt consiste dans l'utilité pratique que la modification ou l'annulation lui apporterait, en lui évitant de subir directement un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3, 139 II 279 consid. 2.2 et 135 II 145 consid. 6.1 ; arrêt 2C_524/2018 précité consid. 2.3).

1.2.2 La recourante conclut notamment à ce que les chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision attaquée soient annulés. En procédant ainsi, elle conclut à ce qu'aucune sanction ne soit prononcée à l'encontre des dix diffuseurs-distributeurs condamnés, qu'aucune mesure ne soit prise à leur encontre et qu'il soit renoncé à mettre à leur charge les émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure.

Dite conclusion est partiellement irrecevable, en tant que la recourante n'a pas d'intérêt à recourir contre les sanctions et mesures prononcées à l'encontre des neuf autres diffuseurs-distributeurs condamnés et n'est pas particulièrement touchée par celles-ci (cf. arrêt du TAF B-364/2010 du 3 décembre 2013 *Hors-Liste Medikamente* consid. 1.2.3).

1.2.3 Partant, la recourante n'a qualité pour recourir que contre le prononcé de la sanction à son égard, les mesures prises à son encontre et sa condamnation au paiement solidaire des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure.

1.3 La recourante conclut encore à ce que la procédure soit classée sans suite à son encontre.

Il convient, à titre liminaire, de rappeler que le législateur a octroyé aux autorités de la concurrence, en particulier au secrétariat, un grand pouvoir d'appréciation s'agissant notamment de l'opportunité d'ouvrir une enquête préalable (art. 26 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [Loi sur les cartels, LCart, RS 251]) ou une enquête au sens de l'art. 27 LCart concernant des restrictions à la concurrence (cf. ATF 135 II 60 *Maestro Interchange Fee* consid. 3.1.2 ; arrêt du TAF B-463/2010 du 19 décembre 2013 *Gebro* consid. 4.1.4 ; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 26 n° 66 ss p. 1271 et art. 27 n° 66 ss p. 1310 ss) ; de plus, l'ouverture d'une enquête ne constitue pas une décision susceptible de recours (cf. arrêt du TAF B-2050/2007 du 24 février 2010 *Swisscom Terminierung* consid. 1.2.3 non publié dans l'ATAF 2011/32). Partant, dès lors que les autorités de la concurrence décident seules de l'opportunité d'ouvrir une enquête, elles décident, le cas échéant, également seules de l'opportunité de classer celles-ci. Ainsi, même en cas d'admission du recours, le Tribunal administratif fédéral ne peut imposer de classer l'enquête.

Excédant les compétences de l'autorité saisie, la conclusion de la recourante tendant à ce que la procédure soit classée sans suite à son encontre est donc irrecevable.

Le Tribunal limitera ainsi son examen au bien-fondé de la sanction et des mesures prononcées à l'encontre de la recourante.

1.4 Au surplus, les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées.

2. Base légale et objet du litige

2.1 La loi sur les cartels – partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) – 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).

2.2 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). Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 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 des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources (art. 5 al. 2 let. a LCart) ; et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (art. 5 al. 2 let. b 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). 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).

2.3 Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence et nomme les membres de la présidence (art. 18 al. 1 LCart). Elle prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité (art. 18 al. 3 1^{re} phrase LCart). Le secrétariat prépare les affaires de la commission, mène les enquêtes et prend, avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la

commission et exécute ses décisions. Il traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités (art. 23 al. 1 LCart).

S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission (art. 27 al. 1 1^{re} phrase LCart). Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle (art. 28 al. 1 LCart). Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. La commission peut procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 LCart). Les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions (art. 42 al. 1 1^{re} phrase LCart) ; elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1^{re} phrase LCart).

2.4 En application de l'art. 6 al. 1 1^{re} phrase LCart, selon lequel la Comco peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, celle-ci a, par décision du 18 février 2002, édicté la première communication concernant l'appréciation des accords verticaux. Dite communication fixe les critères selon lesquels l'autorité inférieure apprécie la notabilité des accords verticaux à la lumière de l'art. 5 al. 1 LCart. Elle a été abrogée par la communication du même nom, arrêtée le 2 juillet 2007, elle-même abrogée par la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 (ci-après : CommVert), entrée en vigueur le 1^{er} août 2010 et révisée le 22 mai 2017. Elle a fait l'objet d'une note explicative, arrêtée le 12 juin 2017 et révisée le 9 avril 2018 (ci-après : la note explicative). La communication et sa note explicative ont été publiées sur le site Internet de la Comco (cf. < <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html> >, consulté le 30 octobre 2019). Dites communications – lesquelles s'apparentent à des ordonnances administratives qui ne lient pas le Tribunal administratif fédéral – sont prises en considération dans la mesure où elles permettent une interprétation équitable et adaptée au cas particulier des dispositions légales applicables (cf. arrêts du TAF B-5685/2012 du 17 décembre 2015 *Altimum* consid. 2.4 et B-506/2010 du 19 décembre 2013 *Gaba* consid. 11.1.7 ; JEAN-MARC REYMOND, in : Commentaire romand, Droit de

la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 6 LCart p. 598 ss n° 40 ss ; KLAUS NEFF, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 6 p. 458 n° 24 ss).

2.5 Dans sa décision du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement de [...] francs en application de l'art. 49a LCart pour avoir conclu avec ses partenaires de distribution en amont des accords attribuant des territoires, alors que son système de distribution interdisait les ventes passives par d'autres distributeurs. En substance, elle a considéré notamment que l'engagement pris par les partenaires de distribution en amont de « *prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée* » et le fait que respectivement les détaillants ne pouvaient s'approvisionner directement en France suffisaient à démontrer que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives.

La recourante, pour sa part, conteste l'existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 LCart. Sur ce point, elle s'en prend aux faits établis par l'autorité inférieure et considère que ceux-ci ont été constatés de manière inexacte et incomplète et que, ce faisant, l'autorité inférieure a violé le droit fédéral et l'art. 5 LCart en particulier, dès lors que son système de distribution de n'interdirait pas les ventes passives.

Dans le cadre de l'examen des griefs formulés par la recourante, il y a lieu de tenir compte de la CommVert qui s'applique à tous les accords verticaux en matière de concurrence, y compris ceux qui étaient en vigueur avant le 1^{er} août 2010 (ch. 19 CommVert) et ceux qui faisaient déjà l'objet d'une enquête préalable à cette date (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 3.2 ; REYMOND, op. cit., art. 6 LCart p. 617 n° 130).

3. Champ d'application de la loi sur les cartels

A titre liminaire, il est nécessaire de déterminer si la loi sur les cartels est applicable en l'espèce, à savoir si les conditions d'application personnelles, locales et matérielles de la loi sont réunies.

3.1 Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises. Est soumise à la loi sur les cartels toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1 *bis* LCart) et jouissant par

ailleurs d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 du 14 septembre 2015 *Swisscom ADSL* consid. 27 et B-2977/2007 du 27 avril 2010 *Publigroupe* consid. 4.1). La loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart ; cf. message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [Loi sur les cartels, LCart], FF 1995 I 472, 535 s. ch. 222.2 [ci-après : message LCart 1995]).

En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante appartient au groupe MP. Or, lorsque plusieurs filiales appartenant à un même groupe sont effectivement contrôlées par leur société-mère, il est admis, par la jurisprudence et la doctrine, – dès lors que les différentes entités du groupe ne peuvent se comporter de manière indépendante les unes par rapport aux autres – que celles-ci forment une seule et même entreprise au sens de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-831/2011 du 18 décembre 2018 *SIX Group* consid. 39 ss, B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 29 et B-2977/2007 *Publigroupe* consid. 4.1 ; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 2 LCart p. 153-155 n° 30-35 ; JENS LEHNE, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 2 p. 84 s. n° 27-29 ; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in : Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, p. 1278 ss). En droit européen, l'absence d'autonomie de la filiale est présumée lorsque celle-ci est détenue à 100 % par sa société mère (cf. arrêt de la CJCE du 10 septembre 2009 C-97/08 *Nobel contre Commission*, Rec. I-8237 point 60 ; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 9^e éd. Oxford 2018, p. 95 s.). Il s'ensuit que la recourante et les sociétés appartenant au groupe MP ne forment qu'une seule et même entité aux yeux de la loi sur les cartels, de sorte que le comportement des différentes sociétés du groupe, y compris de la recourante, peut lui être attribué.

Au surplus, dès lors que l'autorité inférieure prétend que les partenaires de distribution en amont de la recourante lui aurait confié la diffusion ou la distribution pour la Suisse des ouvrages dont ils assurent l'édition ou la diffusion, il y a lieu d'admettre qu'elle constitue une entreprise au sens de la loi sur les cartels et que les prétendus accords de protection territoriale absolue ont produit leurs effets en Suisse.

Les conditions d'application personnelles et locales de la loi sur les cartels sont ainsi remplies.

3.2 S'agissant des conditions d'application matérielles, la recourante est chargée de diffuser et/ou distribuer les ouvrages qui lui sont confiés ; elle entretient ainsi une relation commerciale verticale avec ses partenaires de distribution en amont qui éditent ou diffusent lesdits ouvrages.

Pour le reste, il y a lieu de déterminer s'il existait entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont des accords en matière de concurrence pour la période – délimitée par l'autorité inférieure – s'étendant de l'année 2005 à l'année 2011. L'examen de cette question présente une double pertinence, en ce sens que l'existence d'un accord en matière de concurrence constitue non seulement une condition de l'application de la loi sur les cartels, mais également une prémisse à l'admission d'une restriction illicite à la concurrence. La question sera examinée ci-après (cf. infra consid. 5 et 6).

4. Griefs formels

La recourante soulève divers griefs formels en lien avec le droit d'être entendu qu'il y a lieu d'examiner préalablement. Principalement, elle fait valoir que la décision entreprise diverge à tel point du projet de décision – en particulier, en ce qui concerne la question du privilège de groupe, absente dudit projet, et de l'examen des possibilités d'arbitrage, remanié en sa défaveur – qu'une nouvelle proposition de décision aurait dû lui être notifiée afin qu'elle puisse se déterminer sur ces modifications conformément à l'art. 30 al. 2 LCart (cf. infra consid. 4.1). Subsidiairement, elle estime que dite disposition a été vidée de sa substance en tant que l'autorité inférieure ne lui a pas accordé une seconde prolongation de délai (cf. infra consid. 4.2). Enfin, elle reproche à l'autorité inférieure de lui avoir opposé, dans la décision attaquée, des pièces couvertes par des secrets d'affaires sans lui avoir préalablement communiqué le contenu essentiel de celles-ci (cf. infra consid. 4.3).

4.1 La recourante invoque une violation de son droit d'être entendu au sens de l'art. 30 al. 2 LCart. Elle conteste d'une part la pertinence de la jurisprudence du Tribunal fédéral, sur laquelle l'autorité inférieure se fonde pour justifier l'absence de nouvelle proposition de décision, dans la mesure où dite jurisprudence porte sur la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC ; RS 784.10), laquelle ne contiendrait pas de disposition similaire à l'art. 30 al. 2 LCart. En outre, elle estime qu'il est erroné de se fier à la lettre de l'art. 30 al. 2 LCart pour conclure à son inapplicabilité devant la Comco, dès lors que la séparation entre le secrétariat et la Comco ne serait pas aussi nette que le prétend l'autorité

inférieure. Elle considère, par conséquent, que cette dernière devait lui soumettre un nouveau projet de décision et lui donner l'opportunité de se prononcer sur celui-ci. A cet effet, elle soulève notamment que la question du privilège de groupe n'aurait pas été traitée dans la proposition de décision attaquée. De même, il existerait des divergences importantes entre la proposition du secrétariat et la décision attaquée, en particulier s'agissant des possibilités d'arbitrage, ce qu'attesterait le fait que la décision attaquée comprend 171 pages, alors que la proposition seulement 92.

L'autorité inférieure estime en substance qu'elle n'était pas tenue de rédiger une nouvelle proposition de décision puisque la recourante s'était déjà prononcée dans sa prise de position du 19 octobre 2012 sur les principes à la base de la décision attaquée, plus précisément sur la violation de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart qui lui est reprochée.

4.1.1 Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier avant qu'une décision ne soit prise concernant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles, ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3 et 135 II 286 consid. 5.1 ; arrêts du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 4 et B-2050/2007 du 24 février 2010 consid. 6.1 ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd. 2013, p. 172 ss n° 488 ss).

La procédure administrative fédérale exige de l'autorité qu'elle entende les parties avant de prendre une décision (art. 30 al. 1 PA par renvoi de l'art. 39 LCart). Cette obligation implique qu'elle doit les informer du contenu présumé de la décision qu'elle est appelée à rendre ou, à tout le moins, des éléments essentiels de celle-ci afin de leur permettre de prendre position avant qu'elle ne se prononce (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3, 132 II 485 consid. 3.2, 126 I 7 consid. 2b et 124 II 132 consid. 2b ; ATAF 2010/53 consid. 13.1 ; arrêt du TAF B-3763/2015 du 26 août 2015 consid. 4.1 ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd. 2016, p. 222 n° 1011).

En droit des cartels, le droit d'être entendu est élargi, en ce sens que les parties concernées par l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit

sur la proposition du secrétariat (art. 30 al. 2 1^{re} phrase LCart) avant que l'autorité inférieure ne rende sa décision (cf. arrêt du TF 2A.492/2002 du 17 juin 2003 *Elektra Baselland* consid. 3.4). Ce droit porte sur la totalité de la proposition du secrétariat, à savoir sur l'état de fait établi, les considérants juridiques et le dispositif proposé. Il va ainsi plus loin que ce que le droit d'être entendu, découlant des art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA, prévoit (cf. ATF 129 II 497 consid. 2.2 ; PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 30 LCart p. 1240 n° 13 ; ZIRLICK/TAGMANN, op. cit., art. 30 p. 1362 n° 18 s.). S'agissant toutefois de la suite de la procédure, à savoir une fois le dossier en mains de l'autorité inférieure, seul s'applique – en vertu du renvoi de l'art. 39 LCart aux dispositions de la loi sur la procédure administrative – le droit d'être entendu, tel que garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA, en particulier par l'art. 30 al. 1 PA. Or, le droit d'être entendu ne confère pas à la partie le droit de se déterminer sur chaque résultat possible auquel l'autorité peut envisager d'aboutir. En ce sens, l'autorité n'a pas à soumettre sa motivation aux parties préalablement pour prise de position (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2). L'exercice du droit d'être entendu se limite en général aux faits pertinents. Il ne donne en principe pas le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation juridique que l'autorité envisage de retenir. Des exceptions sont toutefois réservées, lorsque celle-ci entend se fonder sur des normes juridiques à l'application desquelles les parties intéressées ne peuvent s'attendre, lorsque la situation juridique a changé ou lorsque l'autorité dispose d'une marge d'appréciation particulièrement grande (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2 ; arrêts du TF 2A.430/2006 du 6 février 2007 *Sammelrevers* consid. 7 et 2A.492/2002 précité *Elektra Baselland* consid. 3.2 ; arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 5.2.3). En d'autres termes, si l'autorité inférieure modifie la proposition du secrétariat, compte tenu notamment des prises de positions des parties, il n'en résulte pas un nouveau droit à une prise de position selon l'art. 30 al. 2 LCart, applicable à la seule proposition du secrétariat ; une modification de l'argumentation juridique ne constitue en outre pas une violation du droit d'être entendu, dans les limites imposées par les art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2 ; arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 7 ; arrêts B-506/2010 précité *Gaba* consid. 4.1.3 et B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 5.2.3 ; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 n° 14).

De plus, si elle le juge utile, l'autorité inférieure peut encore ordonner des mesures d'instruction supplémentaires. Elle peut ainsi procéder à des

auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 *in fine* LCart). Elle peut notamment ordonner l'audition des participants ou de leurs avocats (cf. arrêt du TF 2C_732/2008 du 24 mars 2009 consid. 2.3.3 ; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 n° 15 s. ; ZIRLICK/TAGMANN, op. cit., art. 30 p. 1369 ss n° 47 ss).

4.1.2 En l'espèce, il ressort que la différence principale entre la proposition du secrétariat et la décision de l'autorité inférieure tient de l'abandon des griefs en lien avec l'existence d'accords horizontaux d'attribution de territoires et d'accords verticaux en matière de prix. Cet abandon étant, en définitive, favorable à la recourante, il n'est pas nécessaire d'y revenir.

Quant à la question du privilège de groupe, il appert que la recourante a soulevé ce grief, pour la première fois, dans sa prise de position suite à la proposition de décision du secrétariat. Partant, c'est à juste titre que l'autorité inférieure y répond dans la décision entreprise. On ne voit guère en quoi cette façon de faire constituerait une violation du droit d'être entendu de la recourante.

De plus, les positions des parties ne divergent pas en ce qui concerne la structure du groupe MP – laquelle relève du fait –, mais divergent en ce qui concerne l'appréciation juridique qu'induit l'existence d'un groupe dans le cadre de l'examen des clauses contractuelles litigieuses. Il ne ressort au surplus pas de la motivation de la décision attaquée que l'autorité inférieure se soit fondée sur une jurisprudence ou une doctrine que la recourante n'aurait pu prévoir.

Quant aux possibilités d'arbitrage, la recourante n'étaye nullement que des faits auraient été pris en compte sans qu'elle n'ait eu l'occasion d'en prendre connaissance. Le fait que la décision attaquée comprenne 171 pages, alors que la proposition de décision n'en comptait que 92, n'est pas à lui seul propre à démontrer que l'autorité inférieure se serait fondée sur des éléments factuels sur lesquels la recourante n'aurait pas pu se déterminer préalablement.

Enfin, il y a lieu de relever que, de manière générale, la décision du 27 mai 2013 renvoie régulièrement à l'avis écrit de la recourante, au contenu de son audition ainsi qu'aux autres pièces du dossier, dont elle a pu prendre connaissance. De plus, l'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut

se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige ; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (cf. ATF 133 III 439 consid. 3.3 ; arrêt du TF 2C_622/2012 du 17 juin 2013 consid. 5.3).

Sur le vu de ce qui précède, il ne peut ainsi être reproché à l'autorité inférieure d'avoir violé le droit d'être entendu de la recourante.

Mal fondé, les griefs de la recourante doivent être rejetés sur ce point.

4.2 La recourante se plaint encore de ce que l'admission très partielle de sa seconde demande de prolongation de délai pour se déterminer sur la proposition de décision du 14 août 2012 constituerait une violation de son droit d'être entendu. Elle fait valoir que l'art. 22 al. 2 PA permet à l'autorité inférieure de prolonger un délai pour des motifs suffisants si la partie concernée en fait la demande avant son expiration ; cette disposition donnerait ainsi à l'autorité inférieure un pouvoir d'appréciation dont l'usage est codifié par la pratique et la jurisprudence. Or, la recourante estime que l'autorité inférieure, en appliquant mécaniquement sa pratique en la matière, n'a pas fait usage de son pouvoir d'appréciation ni n'a procédé à un examen complet des circonstances. Elle considère, en particulier, que son intérêt privé à réunir et produire les éléments lui permettant d'infirmer les conclusions de l'autorité inférieure l'emporte sur l'intérêt public à la célérité de la procédure qui s'est étendue sur plus de quatre ans.

L'autorité inférieure indique avoir informé la recourante dans son courrier du 18 septembre 2012 qu'une seconde prolongation de délai ne serait, en principe, pas accordée. Elle considère que le motif invoqué par la recourante à l'appui de sa deuxième demande de prolongation de délai – à savoir une échéance trop brève pour rassembler de nombreux éléments de fait – n'est pas un motif qualifié au sens de sa pratique. Elle relève, de plus, que la recourante a bénéficié d'un délai de deux mois pour prendre position sur la proposition de décision, délai suffisant à ses yeux, compte tenu des circonstances et que des faits importants pouvaient, au besoin, être allégués tardivement en vertu de l'art. 32 al. 1 PA. Enfin, elle souligne que la recourante a, une nouvelle fois, pu se déterminer sur la proposition de décision lors de son audition du 3 décembre 2012 et a spontanément déposé une prise de position supplémentaire le 24 janvier 2013 (cf. acte 870 du dossier de la Comco [ci-après : l'acte ou les actes]).

4.2.1 L'art. 22 al. 2 PA prévoit que le délai imparti par l'autorité peut être prolongé pour des motifs suffisants si la partie en fait la demande avant

son expiration. Selon la jurisprudence, le délai fixé par l'autorité pour permettre aux parties de se déterminer doit être approprié (cf. ATF 138 III 252 consid. 2.2 et ATF 133 V 196 consid. 1.2). La loi sur la procédure administrative ne prévoyant pas de règles relatives à la durée des délais fixés par les autorités, il y a lieu de leur reconnaître une grande marge d'appréciation en ce domaine – ce que la formulation potestative de l'art. 22 al. 2 PA tend également à confirmer s'agissant de la prolongation d'un délai initialement imparti – dans les limites du respect des principes de la proportionnalité et de la bonne foi. Lors de la prolongation d'un délai, l'autorité doit veiller à observer les intérêts des parties tout en écartant les agissements qui auraient pour conséquence de ralentir indûment le cours normal de la procédure ; l'autorité décide ainsi en tenant compte de l'objet du litige, des intérêts en cause, des caractéristiques de la procédure et de l'égalité de traitement des parties (cf. arrêt du TF 1A.94/2002 du 2 juillet 2002 consid. 3.1). Afin de garantir cette dernière, l'autorité peut uniformiser sa pratique en établissant des directives ou règlements en la matière. En l'absence de telles mesures, seule une première prolongation de délai, de même durée que celui initialement fixé, est en principe accordée, lorsque le requérant ou son mandataire fait valoir des motifs plausibles, parmi lesquels figurent notamment le service militaire ou civil, la surcharge de travail, les difficultés de communication entre mandant et mandataire, la mort d'un parent proche, la difficulté de l'objet du litige ou un séjour à l'étranger (cf. PATRICIA EGLI, in : *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2^e éd. 2016, art. 22 PA p. 478 n° 21 ; URS PETER CAVELTI, in : *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2^e éd. 2018, art. 22 PA p. 349 n° 15). Les prolongations de délai supplémentaires sont octroyées pour des durées plus courtes, pour autant qu'une dérogation ne s'impose pas compte tenu de l'existence d'éléments pertinents et imprévisibles. De même, lorsque l'autorité avise expressément une partie qu'elle ne lui accordera pas de prolongation de délai supplémentaire, seule une exception pour des cas d'urgence avérés peut être prise en considération (cf. ATF 129 II 497 consid. 2.3 à 2.5). En cas de refus de prolongation du délai, l'autorité octroie au requérant un délai de grâce – par définition de courte durée, à savoir généralement de trois jours – en vue de lui permettre de déposer l'acte requis, à moins qu'il n'ait été averti auparavant qu'aucune prolongation de délai supplémentaire ne lui serait accordée et que les motifs avancés à l'appui d'une nouvelle demande sont insuffisants (cf. CAVELTI, op. cit., art. 22 PA p. 350 n° 17) ; en tous les cas, si elle a omis de signaler les conséquences de l'inobservation du délai à la partie, l'autorité est tenue d'accorder un délai de grâce en cas de refus de prolongation de délai (art. 23 PA).

4.2.2 En matière de délais, la Comco a uniformisé sa pratique dans un document intitulé « Note : Délais dans les procédures de droit cartellaire », disponible en ligne (cf. < <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html> >, consulté le 30 octobre 2019). Il en ressort, en particulier, que le délai indicatif pour se déterminer sur la proposition du secrétariat est de 30 jours (cf. point 12), que la durée maximale de la première prolongation correspond à la durée du premier délai imparti (cf. point 19) et qu'il n'existe pas de droit à une prolongation de délai supplémentaire, celle-ci n'étant accordée que de manière très restrictive pour des motifs de force majeure (cf. point 21) et pour une durée fixée selon les circonstances du cas d'espèce.

4.2.3 En l'espèce, la recourante a été informée, lors de l'admission de sa première prolongation de délai, qu'une seconde prolongation ne serait en principe pas admise ; la note relative aux délais dans les procédures du droit cartellaire lui a, par ailleurs, été remise à cette occasion (cf. acte 637). La recourante a ainsi été clairement avisée qu'une seconde prolongation ne lui serait pas accordée, sauf circonstance exceptionnelle. La note de l'autorité inférieure ne fait en outre que préciser la pratique développée par la jurisprudence (cf. ATF 129 II 497 consid. 2.3 à 2.5). Toutefois, bien qu'instruite de la pratique de l'autorité inférieure, la recourante n'a, à l'appui de sa seconde demande de prolongation de délai, fait valoir qu'une insuffisance de temps ; or, un tel motif ne correspond manifestement pas à la notion de force majeure ou d'urgence développée par la jurisprudence et la pratique de l'autorité inférieure. Celle-ci a néanmoins partiellement admis la demande de la recourante en lui accordant une ultime prolongation de dix jours, portant à 70 jours le délai imparti à celle-ci pour se déterminer sur la proposition de décision.

Au terme de ce délai, la recourante a déposé des déterminations d'une soixantaine de pages accompagnées de plusieurs annexes ; elle a ensuite été entendue par la Comco et s'est encore spontanément déterminée en janvier 2013. En définitive, il ne ressort ni des écritures ni des pièces au dossier que la recourante eût été empêchée, en raison du délai imparti, de présenter des éléments essentiels ni n'a vu ceux-ci écartés en raison de leur tardiveté.

Il suit de là que l'admission partielle de la seconde prolongation de délai de la recourante est conforme à l'art. 22 al. 2 PA. Ce faisant, l'autorité n'a pas altéré le droit d'être entendu de la recourante ; ce grief doit dès lors être rejeté.

4.3 La recourante invoque enfin une violation de son droit d'être entendu et de l'art. 28 PA, dès lors que l'autorité inférieure lui oppose la table de Diffulivre et les conditions de vente d'Hachette Livre sans lui avoir transmis préalablement le contenu essentiel de ces documents couverts par des secrets d'affaires. L'autorité inférieure expose qu'elle est tenue de préserver les secrets d'affaires des parties et qu'elle ne pouvait, pour ce motif, transmettre ces pièces à la recourante. Néanmoins, elle considère avoir résumé dans sa décision lesdits documents de sorte que celle-ci a pu prendre connaissance du contenu essentiel de ceux-ci et faire valoir ses droits.

4.3.1 Conformément à l'art. 27 al. 1 let. b PA, l'autorité ne refuse la consultation de pièces que lorsque des intérêts privés importants – en particulier ceux de parties adverses – exigent que le secret soit gardé. Un tel refus ne peut toutefois s'étendre qu'aux pièces qu'il y a lieu de garder secrètes (art. 27 al. 2 PA). Outre la pesée des intérêts commandée par l'art. 27 al. 1 let. b PA, l'art. 28 PA prévoit qu'une pièce dont la consultation a été refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné l'occasion de s'exprimer ainsi que de fournir des contre-preuves. Dite disposition assure aux parties la possibilité d'exercer leur droit d'être entendus tout en préservant les secrets d'affaires d'une partie (cf. VINCENT MARTENET, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 25 LCart p. 1207 n°49 s. ; arrêt du TF 2A.586/2003 et 2A.610/2003 [causes jointes] du 1^{er} octobre 2004 consid. 6.5 s.).

Il sied de rappeler que la violation du droit d'être entendu, en tant que garantie constitutionnelle de caractère formel, entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Néanmoins, exceptionnellement, lorsque la violation du droit d'être entendu ne s'avère pas particulièrement grave, celle-ci peut être guérie si la partie lésée dispose de la possibilité de se prononcer devant une instance dont la cognition est similaire à celle de l'instance inférieure (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, op. cit., n° 548 p. 193).

4.3.2 En transmettant le contenu essentiel des pièces couvertes par des secrets d'affaires seulement dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a violé le droit d'être entendu de la recourante. Il sied de relever que la recourante a toutefois pu se déterminer sur le contenu essentiel de celles-ci dans le cadre de la présente procédure de recours et que le

tribunal possède un pouvoir d'examen identique à celui de l'autorité inférieure. Quant aux pièces concernées, elles ont servi à établir le fonctionnement contractuel de la diffusion et de la distribution de livres en Suisse de façon générale ; le système de distribution particulier de la recourante a, quant à lui, été examiné au moyen d'éléments de preuve se rapportant précisément à celle-ci.

Partant, la violation du droit d'être entendu de la recourante ne s'avère pas particulièrement grave. Il s'ensuit que dite violation a été réparée.

5. Notion d'accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart)

L'objet principal de la présente procédure consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a conclu que le système de distribution de la recourante réalisait, entre 2005 et 2011, les conditions d'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, sans que celle-ci ne puisse être renversée et que l'examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que le système de distribution de la recourante a notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie sa nécessité.

La question litigieuse qu'il convient d'examiner préliminairement est dès lors celle de savoir si, pour la période en cause, la recourante a été partie à des accords verticaux en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, condition indispensable à l'application de l'art. 5 LCart, et par conséquent, à la condamnation de la recourante selon l'art. 49a LCart pour participation à des accords illicites.

5.1 Pour être en présence d'un accord en matière de concurrence, deux conditions doivent être réunies selon le texte de l'art. 4 al. 1 LCart : il faut d'une part un accord et, d'autre part, que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence (cf. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 4 al. 1 LCart p. 220 n° 1).

Des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent exister non seulement entre entreprises de même rang (accord horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux ; cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 4). Plusieurs formes d'accords sont mentionnées à l'art. 4 al. 1 LCart, à savoir les conventions, avec ou sans force obligatoire, et les pratiques concertées. Il s'agit de formes

alternatives. Partant, si l'on est en présence d'une convention obligatoire, cela suffit pour en conclure à l'existence d'un accord, sans qu'il soit pour le surplus nécessaire de se demander si cet accord remplit les conditions d'une pratique concertée (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

L'existence d'un accord suppose une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 544 ch. 224.1 ; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.3 et 124 III 495 consid. 2a). Pour déterminer s'il y a accord, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO (cf. DIMITRI ANTIPAS, *Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence*, 2014, p. 140) et d'établir quelle était la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO ; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 226 n° 21 ; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 1 p. 166 n° 83). Les déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants doivent être interprétées conformément au principe de la confiance (art. 18 CO), sans s'arrêter aux termes retenus par les parties (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

En outre, il résulte du concept même d'accord que deux entreprises participantes au moins sont nécessaires pour remplir les exigences de la définition contenue à l'art. 4 al. 1 LCart (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1) ; la conclusion d'un accord nécessite donc la participation d'au moins deux entreprises jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 n° 30-35 ; LEHNE, op. cit., art. 2 p. 84 s. n° 27-29).

5.2 Pour retenir l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, il faut encore que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence. On entend par là toute atteinte au libre jeu de l'offre et de la demande. Il faut donc qu'un accord affecte en plus un paramètre de concurrence, à savoir le prix, la quantité, la qualité, le design d'un produit ou d'un service, le service au client, les conditions commerciales appliquées ou encore les canaux d'écoulement ou d'approvisionnement (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 244 ss n° 72 ss ; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 158 et 162 n° 42 et 63).

Un accord a pour objet une restriction à la concurrence lorsqu'il a pour but d'influencer un ou plusieurs paramètres concurrentiels, dont la gestion incombe en principe individuellement aux entreprises sur le marché. L'intention subjective des parties est sans pertinence, dans la mesure où,

objectivement, selon le contenu de l'accord et le paramètre concurrentiel visé, l'accord est de nature à entraver ou supprimer l'exercice de la concurrence sur le paramètre en question (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1). Par conséquent, dans le cas d'une restriction par objet, il ne sera pas nécessaire d'examiner les effets de l'accord.

En revanche, si l'on ne peut pas établir que l'accord vise une restriction de la concurrence, une analyse des effets de l'accord sur le marché sera nécessaire afin de déterminer s'il tombe ou non sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart. Il suffit d'établir un effet sur le marché ainsi que le rapport de causalité, naturelle et adéquate, entre cet effet et la coordination entre participants. Si la restriction à la concurrence est due à des facteurs exogènes, il n'y a pas d'accord en matière de concurrence. Les effets restrictifs de concurrence peuvent être présents, futurs ou passés (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Siegenia* consid. 5.3.2.5 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 247 s. n° 83 ss ; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 163 ss n° 67 ss ; MARIEL HOCH CLASSEN, *Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht*, 2003, p. 217 ; ANTIPAS, op. cit., p. 276).

5.3 Afin d'éviter un isolement du marché suisse et garantir la sécurité du droit, la réglementation et la pratique suisses en matière de concurrence se veulent euro-compatibles (cf. Deiss BO 2003 E 328 ss) ; elles s'inspirent ainsi du droit et de la pratique au sein de l'Union européenne, sans pour autant qu'il ne s'agisse là d'une reprise automatique dans l'ordre juridique suisse (cf. consid. VII CommVert ; ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.3 et 143 II 297 *Gaba* consid. 6.2.3 ; arrêts B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 167 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 s. n° 7). L'art. 4 al. 1 LCart présente à cet égard des points de convergence et de divergence avec l'art. 101 par. 1 de la version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JO C 326/47 du 26 octobre 2012 (ci-après : TFUE), lequel a la teneur suivante :

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à : a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de

partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

En relation avec la définition d'un accord en matière de concurrence, les divergences entre les deux ordres juridiques ne sont en grande partie qu'apparentes (sauf pour les décisions d'associations d'entreprises), le législateur suisse ayant, comme déjà dit, exprimé son intention d'adopter une réglementation euro-compatible (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 n° 7). La Commission européenne a édicté des lignes directrices exposant les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'art. 101 TFUE (ch. 1 de la communication de la Commission du 10 mai 2010 concernant les lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après : les lignes directrices]).

6. Relations avec les partenaires de distribution

Ceci étant, il s'agit de déterminer si le système de distribution de la recourante a impliqué, durant la période de l'enquête, la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, en tenant compte, le cas échéant du privilège de groupe.

6.1 L'autorité inférieure a retenu que l'engagement de « *prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée* » n'était pas couvert par le privilège de groupe, puisqu'il commandait que le groupe MP prenne les mesures nécessaires non seulement au sein du groupe, mais également à l'extérieur de celui-ci dans le but de protéger l'exclusivité de la distribution concédée à la recourante en Suisse. Elle estimait que dit engagement impliquait nécessairement des mesures envers des tiers visant à empêcher les ventes passives. Partant, s'appuyant sur la décision Kodak, elle a retenu que la recourante avait été partie à un système de distribution qui avait visé et eu pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues tant avec les éditeurs MP, Tiers-MP, Tiers-Dargaud et en distribution pure.

La recourante estime que la décision entreprise viole l'art. 4 al. 1 LCart en tant qu'est retenue l'existence d'accords en matière de concurrence entre des sociétés d'un même groupe. Elle fait valoir que la décision attaquée restreint le champ d'application du privilège de groupe en tant qu'elle

sanctionne des engagements qui font l'obligation à une autre société du groupe de prendre toutes mesures utiles afin que l'exclusivité octroyée à la recourante soit respectée. Elle soutient qu'une obligation intragroupe, même si elle prévoit la mise en œuvre de mesures anticoncurrentielles, n'est pas contraire à la loi sur les cartels. Seule la concrétisation de ces mesures dans des contrats conclus avec des tiers peut être qualifiée d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. A ce sujet, elle allègue que l'autorité inférieure fait une lecture erronée de la décision Kodak (cf. décision 70/332 CEE de la Commission du 30 juin 1970 relative à la procédure d'application de l'art. 85 du traité CEE, IV/24055, *Kodak*, JO L 147/24 du 7 juillet 1970), laquelle se réfère à des contrats passés avec des tiers et non aux engagements pris à l'intérieur du groupe.

6.2 Il y a lieu de rappeler que le concept d'accord nécessite une convention ou une pratique concertée entre au moins deux entreprises indépendantes l'une de l'autre (art. 2 LCart ; ch. 9 pt 2 de la note explicative ; cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1), c'est-à-dire jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 27 ss et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 4.1 ; MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 n° 30-35 ; LEHNE, op. cit., art. 2 p. 79 ss n° 14 ss).

Lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe, les ententes verticales sur les prix et sur une protection territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, tant que ces ententes au sein d'un groupe ne prévoient pas pour les distributeurs en dehors du groupe des comportements verrouillant les marchés (ch. 9 pt 2 3e phrase de la note explicative). Est, par exemple, couvert par le privilège de groupe la redirection par une société étrangère vers une société suisse appartenant au même groupe des commandes non sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse (ch. 9 pt 2 4e phrase de la note explicative).

Ainsi, les conventions passées entre des sociétés, appartenant au même groupe et sur lesquelles la mère exerce un contrôle effectif, ne sont pas soumises à la loi sur les cartels dès lors que dites entités, en l'absence d'indépendance, constituent avec leur mère une seule entreprise (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 *Publigroupe* consid. 3.3 non publié dans l'ATF 139 I 72 ; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 29 ; MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart, p. 153-155 n° 30-35 ; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 175 s. n° 132).

Dans la décision Kodak (cf. décision 70/332 CEE précitée *Kodak*), la Commission européenne a constaté que, indépendamment de savoir si elles émanaient de la société mère ou de ses filles, les conditions de vente du groupe Kodak interdisant les importations parallèles constituaient un accord au sens de l'art. 85 du traité CEE dès lors qu'elles s'appliquaient aux relations contractuelles entre les sociétés du groupe Kodak et leurs partenaires contractuels situés en aval. Il ressort de dite décision que l'utilisation de conditions de vente destinées à régler les relations commerciales avec des tiers et visant les ventes passives constitue un accord bien que l'obligation de les inclure dans toutes les relations contractuelles découle d'un engagement interne au groupe. Le privilège de groupe n'immunise ainsi pas les accords en matière de concurrence liant une entité d'un groupe et un tiers quand bien même l'illicéité du contrat est la conséquence du respect d'un engagement pris au sein du groupe. De même, dans l'arrêt de la CJCE du 24 octobre 1996 C-73/95 *Viho contre Commission*, Rec. 1996 I-5457, la Cour de Justice a considéré que la répartition de différents marchés nationaux entre les filiales d'un groupe n'était pas contraire à l'art. 85 CEE, bien qu'elle puisse produire des effets à l'extérieur du groupe (cf. arrêt C-73/95 *Viho* précité point 16 ss). Il résulte de ces décisions que le privilège de groupe s'étend à toutes les relations internes au groupe, indépendamment de leurs effets externes, mais ne couvre pas les accords en matière de concurrence conclus, en vertu d'une obligation interne, entre un tiers et une entité du groupe (cf. arrêt C-73/95 *Viho* précité point 16 s. ; décision 70/332 CEE précitée *Kodak* ; WHISH/BAILEY, op. cit., p. 97 s.). Il en va de même en droit suisse, dès lors que l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart n'est possible qu'entre deux entités indépendantes (cf. MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 154 n° 31 ; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht : Kommentar, vol. 1, 3^e éd. 2011, art. 2 p. 77 s. n° 11).

6.3 Il suit de ce qui précède que les relations commerciales entre la recourante et d'autres sociétés appartenant au groupe MP bénéficient du privilège de groupe et n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 4 al. 1 LCart. Tel n'est toutefois pas le cas des accords conclus, en vertu d'une obligation interne, entre un tiers et une société du groupe MP. Il convient donc d'établir si de tels accords ont effectivement été passés.

6.4 Il y a lieu de rappeler à titre préalable quelques principes procéduraux.

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 LCart). Elle définit ainsi les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier.

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 B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 186 ; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, p. 49 s. n° 142). Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure où elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). A cet égard, l'art. 40 LCart fonde une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés.

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

La procédure administrative fédérale est en outre régie par le principe de la libre appréciation des preuves (art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF, RS 273] applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuve légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3).

La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 *Nikon* consid. 4.2.5.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 4.4) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2 ; arrêt du TF 2C_1017/2014 du 9 octobre 2017 *Koch Group* consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH et 30 ou 32 Cst., notamment la

présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, ancré aux art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de fait défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non publié). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.3 ; arrêts du TF 6B_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1, 6B_118/2009 et 6B_12/2011 [causes jointes] du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 non publié dans l'ATF 138 I 97 ; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337).

En procédure administrative, un fait est en principe tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la véracité d'une allégation (certitude ; *volle Überzeugung, certezza*). Toutefois, il suffit parfois, selon la loi ou la jurisprudence, que le fait en question soit rendu vraisemblable, le degré de la preuve exigé étant celui de la vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit, verosimiglianza preponderante*). Le juge retiendra alors, parmi plusieurs présentations des faits, celle qui lui apparaît comme la plus vraisemblable. Cet allègement du degré de la preuve est justifié par la difficulté d'accéder aux moyens de preuve, de sorte que l'on se trouve à cet égard pour ainsi dire en état de nécessité (*Beweisnotstand*) (cf. arrêts B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.4 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 156 ss ; TSCHUDIN, op. cit., p. 1333 ss et 1344 s.). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que, pour établir l'existence d'un lien de causalité (naturelle, adéquate ou naturelle hypothétique), le juge était en droit de forger sa conviction sur la vraisemblance prépondérante du processus causal (voire sur la simple vraisemblance s'agissant de la causalité adéquate), dès lors que, par la nature des choses, une preuve directe ne pouvait être apportée (cf. ATF 133 III 153 consid. 3.3 et 133 III 81 consid. 4.2.2 ; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2 ; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 159 ; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, vol. 1, 2^e éd. 2016, p. 315 ss n° 1905 ss). Le Tribunal fédéral a également admis une preuve facilitée lorsque les conditions de la règle légale constituent des faits négatifs (déterminés ou indéterminés) (cf. ATF 139 II 451 consid. 2.4 ; HOHL, op. cit., vol. 1, p. 327 s. n° 1971 ss).

En l'occurrence, à l'instar de la procédure administrative ordinaire, la certitude est en principe également requise en droit des cartels suisse (cf. arrêts du TAF B-581/2012 du 16 septembre 2016 *Nikon* consid. 5.5.2 et B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.2). Les autorités de la concurrence doivent ainsi être convaincues de l'existence des éléments constitutifs de la définition de l'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Les exigences liées à la preuve ne doivent toutefois pas être exagérées lorsque, comme en l'espèce, les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 *Publigruppe* consid. 8.3.2). En effet, les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont en pratique très rares (cf. PHILIPP ESTERMANN, *Die unverbindliche Preiseempfehlung*, 2016, p. 216). L'appréciation doit donc se faire sur la base d'indices dans de tels cas (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.4).

Enfin, il convient de rappeler que la maxime inquisitoire n'a aucune influence sur la répartition du fardeau de la preuve. Ainsi, si la conviction du tribunal n'est pas acquise sur la base des preuves à disposition, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve supporte les conséquences d'un échec de la preuve (cf. arrêts du TAF A-1604/2006 du 4 mars 2010 consid. 3.5, A-1557/2006 du 3 décembre 2009 consid. 1.6 et A-680/2007 du 8 juin 2009 consid. 5). Dans le cas d'espèce, la charge et le fardeau de la preuve de l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 LCart incombent aux autorités de la concurrence (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 232 s. n° 36).

Il s'ensuit que l'existence d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre la recourante (ou une société du groupe MP) et des tiers, conclus en raison d'une obligation interne au groupe, doit être établie avec certitude, l'appréciation pouvant toutefois se faire sur la base d'indices.

6.5 En l'occurrence, la recourante est détenue à [...] % par Dargaud FR, elle-même détenue à [...] % par la société Media Participations Paris SA, laquelle chapeaute les différentes entités du groupe MP, en particulier la société Media Diffusion, active dans la diffusion en France et en Belgique, la société MDS, active dans la distribution en France, et la société DLS, active dans la distribution en Belgique. La recourante forme ainsi, avec lesdites sociétés, le groupe MP ; l'autorité inférieure ne conteste pas cet état de fait.

Les relations commerciales entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont peuvent être regroupées selon quatre catégories :

- la première lie la recourante aux éditeurs appartenant au groupe MP (ci-après : les éditeurs MP) ;
- la deuxième lie la recourante avec des éditeurs n'appartenant pas au groupe MP, mais qui ont confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages à la société Media Diffusion, laquelle a, à son tour, chargé la recourante de la distribution et de la diffusion de ceux-ci sur le territoire suisse (ci-après : les éditeurs Tiers-MP) ;
- la troisième lie la recourante avec des éditeurs n'appartenant pas au groupe MP, qui n'ont pas confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en France et en Belgique à la société Media Diffusion, mais qui ont confié la diffusion et la distribution en Suisse de leurs ouvrages à la recourante (ci-après : les éditeurs Tiers-Dargaud) ;
- la quatrième lie la recourante avec des éditeurs/distributeurs n'appartenant pas au groupe MP, qui ont confié la distribution en Suisse de leurs ouvrages à la recourante, mais non leur diffusion (ci-après : les éditeurs/diffuseurs en distribution pure).

Par écritures du 18 avril 2012 (cf. acte 526) et du 24 janvier 2013 (cf. acte 870), la recourante a produit un tableau recensant l'ensemble des relations commerciales qu'elle a entretenues avec ses partenaires de distribution en amont entre 2005 et 2012. Il en ressort que, durant cette période, la recourante a diffusé et distribué en Suisse les ouvrages de 87 éditeurs, ainsi qu'a assuré la distribution sur le territoire suisse des ouvrages de 15 éditeurs/diffuseurs, soit un total de 102 relations commerciales. D'emblée, il y a lieu d'exclure 2 éditeurs ([...] et [...]) et 6 éditeurs/diffuseurs ([...], [...], [...], [...], [...] et [...]) avec lesquels la recourante n'a été en relation commerciale qu'à partir de 2012, soit en dehors de la période de l'enquête.

Sur les 94 relations commerciales restantes, il ressort des tableaux fournis par la recourante que celle-ci diffuse et distribue en Suisse les ouvrages de 28 éditeurs MP, de 20 éditeurs Tiers-MP, 27 éditeurs Tiers-Dargaud et 9 éditeurs/diffuseurs en distribution pure (cf. actes 526 et 870). Enfin, la recourante n'a fourni aucune indication sur la nature de ses relations commerciales avec 10 éditeurs.

Partant, il convient d'examiner la nature des 84 relations commerciales pour lesquelles des renseignements ont été fournis.

6.5.1 S'agissant des 27 éditeurs Tiers-Dargaud (E.B._____, E.D._____, E.E._____, E.F._____, E.G._____, E.H._____, E.I._____, E.J._____, E.K._____, E.L._____, E.M._____, E.N._____, E.O._____, E.P._____, E.Q._____, E.R._____, E.S._____, E.T._____, E.U._____, E.V._____, E.W._____, E.X._____, E.Y._____, E.Z._____, E.AA._____, E.AB._____, E.AC._____) et des 9 éditeurs/diffuseurs en distribution pure (E.AD._____, E.AE._____, E.AF._____, E.AG._____, E.AH._____, E.AI._____, E.AJ._____, E.AK._____, E.AL._____), il n'est pas contesté que l'attribution du territoire suisse à la recourante et l'engagement pris par certains de « *prendre toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée* » étaient contenus dans une convention au sens de l'art. 1 ss CO conclue avec la recourante. Partant, lesdits engagements constituent bien un accord. De plus, dès lors que l'ensemble de ces accords lui octroient tous une exclusivité pour la diffusion et/ou la distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse, ils affectent les canaux d'écoulement et d'approvisionnement sur le marché du livre écrit en français. Aussi, ils portent tous sur une restriction à la concurrence et sont donc des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

6.5.2 S'agissant des 20 éditeurs Tiers-MP, la recourante a rappelé, dans le cadre de sa plaidoirie du 29 octobre 2019, que l'autorité inférieure ne pourrait pas retenir l'existence d'accords en matière de concurrence, dès lors que la diffusion et la distribution des ouvrages desdits éditeurs s'effectue exclusivement à l'interne du groupe MP.

Il ressort néanmoins du dossier que Media Diffusion – qui fait partie du groupe MP – a conclu avec 19 éditeurs (E.AM._____, E.AN._____, E.AO._____, E.AP._____, E.AQ._____, E.AR._____, E.AS._____, E.AT._____, E.AU._____, E.AV._____, E.AW._____, E.AX._____, E.AY._____, E.AZ._____, E.BA._____, E.BB._____, E.BC._____, E.BD._____ et E.BE._____) un contrat de diffusion-distribution des ouvrages qu'ils éditent incluant le territoire suisse (cf. acte 526). Par la suite, Media Diffusion a confié à la recourante la diffusion-distribution exclusive desdits ouvrages pour le territoire suisse.

Au surplus, la recourante a produit, à l'appui de son recours, une attestation de l'éditeur E.C._____ (cf. pièce 6 de la recourante), aux termes de laquelle il ressort que l'éditeur a confié la diffusion de ses ouvrages en France à la société Media Diffusion, à savoir au groupe MP. Il

s'ensuit qu'il y a lieu de considérer la nature de la relation commerciale avec l'éditeur E.C._____ comme relevant des éditeurs Tiers-MP, et non pas Tiers-Dargaud comme le prétend la recourante dans son tableau. La recourante a produit le contrat passé avec E.C._____ (cf. acte 526, p. 64), lequel contient l'engagement, à charge de cette dernière, de « *prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée* ».

En l'occurrence, il n'est pas contesté que les éditeurs Tiers-MP, à savoir des éditeurs externes au groupe, ont attribués à Media Diffusion (groupe MP) les territoires suisse, français et/ou belge, laquelle confie ensuite à titre exclusif la diffusion et la distribution des ouvrages desdits éditeurs à la recourante. Partant, contrairement à ce que soutient la recourante, les relations commerciales avec les éditeurs Tiers-MP ont nécessairement impliqué la conclusion d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, affectant les canaux d'écoulement et d'approvisionnement, en Suisse, sur le marché du livre écrit en français.

6.5.3 S'agissant des 28 éditeurs MP (E.A._____, E.BF._____, E.BG._____, E.BH._____, E.BI._____, E.BJ._____, E.BK._____, E.BL._____, E.BM._____, E.BN._____, E.BO._____, E.BP._____, E.BQ._____, E.BR._____, E.BS._____, E.BT._____, E.BU._____, E.BV._____, E.BW._____, E.BX._____, E.BY._____, E.BZ._____, E.CA._____, E.CB._____, E.CC._____, E.CD._____, E.CE._____ et E.CF._____), il ressort du dossier que le groupe MP est actif dans l'édition, la diffusion et la distribution de livres en français, principalement en France, en Suisse et en Belgique. Le système de distribution du groupe fonctionne de la manière suivante : chaque société de diffusion est chargée de diffuser et/ou distribuer les fonds du groupe et les fonds externes sur un territoire spécifique (p. ex. Media Diffusion pour la France et la Belgique ou la recourante pour la Suisse). Si la recourante se charge elle-même de la distribution en Suisse, Media Diffusion confie ensuite à d'autres entités du groupe la distribution de ces fonds sur les territoires en question. En France et en Belgique, ce rôle est dévolu respectivement à la société MDS et à la société DLS, qui font partie du groupe MP. Quant au seul contrat produit s'agissant du territoire canadien (cf. acte 526, page 181), il n'en ressort pas que la recourante ou une autre société du groupe MP aurait imposé à des tiers des mesures pour faire respecter l'exclusivité octroyée à la recourante, lequel aurait pu avoir un effet en Suisse. De plus, contrairement à d'autres diffuseurs-distributeurs ayant fait l'objet de la même procédure, aucun élément au dossier ne

permet de déduire que la recourante – ou le groupe MP – soit en relation commerciale avec des distributeurs indépendants externes au groupe, notamment des grossistes.

Ainsi, il ressort que tant l'édition, la diffusion et la distribution des ouvrages des éditeurs MP demeurent internes au groupe MP. Partant, la relation directe entre la recourante et les éditeurs MP demeure couverte par le privilège de groupe et n'a dès lors pas impliqué la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Il n'est pas non plus possible de déduire des contrats produits par la recourante l'existence d'accords entre cette dernière (ou une société du groupe MP) et des tiers, conclus en raison d'une obligation interne au groupe ; il existe à tout le moins un doute trop important sur ce point pour l'admettre, de sorte que le doute doit bénéficier à la recourante.

6.6 En résumé, sur les 84 relations contractuelles à analyser, il y a lieu à ce stade d'en écarter 28 (les éditeurs MP) au motif qu'elles n'ont pas conduit à la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart et de retenir que, pour 56 d'entre elles (les éditeurs Tiers-MP, les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs/diffuseurs en distribution pure), celles-ci ont impliqué la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, passés soit directement avec la recourante (s'agissant des éditeurs Tiers-Dargaud et des éditeurs/diffuseurs en distribution pure), soit indirectement avec une autre société du groupe (s'agissant des éditeurs Tiers-MP ; cf. supra consid. 6.3). Un tel constat ne dit encore rien sur le caractère illicite ou non de l'accord, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart.

7. Présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart)

Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart quand ils ont notamment pour objet l'attribution de territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (accord de protection territoriale absolue ; ch. 10 par. 1 let. b CommVert).

7.1 L'art. 5 al. 4 LCart, entré en vigueur le 1^{er} avril 2004 (cf. RO 2004 1385, 1386), a été introduit au stade des débats parlementaires relatifs à la révision de la loi sur les cartels de 2004. L'ajout de cette disposition est un reflet de la discussion publique relative à la lutte contre l'îlot de cherté suisse (*Hochpreisinsel Schweiz* ; cf. message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, 1920 ss ch. 1.4.6 [ci-

après : message LCart 2001] ; Schneider BO 2002 N 1435, Strahm BO 2002 N 1438 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 553 n° 527). L'art. 5 al. 4 LCart a ainsi introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher notamment le cloisonnement du marché suisse – en particulier, l'interdiction des ventes passives à des distributeurs ou à des clients finals – ainsi que de favoriser la concurrence intramarque (cf. consid. IV et ch. 10 par. 1 let. b CommVert). Cette disposition vise, d'une part, à empêcher qu'un partenaire de distribution soit protégé de la concurrence provenant d'autres partenaires de distribution souhaitant vendre les produits contractuels sur le territoire qui lui a été alloué. D'autre part, elle tend à empêcher qu'un fournisseur puisse fixer librement des prix différents selon les territoires de distribution, dès lors qu'un tel procédé suppose un cloisonnement du marché (cf. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in : Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 41, ci-après : Verhaltensweisen).

Selon l'ancien Conseiller aux Etats Schiesser, rapporteur de la commission dont découle la proposition acceptée par la majorité, un contrat de distribution par lequel un producteur s'engage auprès de ses distributeurs, dans les territoires individuels attribués, à veiller à ce que ses distributeurs dans les autres territoires réservés ne procèdent à aucune vente dans le territoire attribué en question constitue, si tant est qu'il soit respecté, un système de protection territoriale infaillible, la concurrence intramarque étant ainsi supprimée. Selon la jurisprudence européenne, une telle protection territoriale absolue n'existe pas si les ventes passives dans d'autres territoires attribués sont autorisées. Un producteur n'a dès lors pas le droit de faire figurer dans ses contrats de distribution un tel engagement. Si des clients d'autres territoires attribués prenaient contact avec un distributeur contractuellement lié, alors il doit être permis à celui-ci de vendre et de livrer dans l'autre territoire attribué et il ne peut pas lui être interdit par le producteur de procéder de la sorte (cf. Schiesser BO 2003 E 329).

L'ancien Conseiller fédéral Deiss a également déclaré, au cours des débats relatifs à la modification de la loi sur les cartels, que les contrats de concession exclusive (*Alleinvertriebsverträge*) prévoyaient une certaine protection territoriale qui devait pouvoir rester licite aussi longtemps qu'elle n'avait pas un caractère absolu, c'est-à-dire tant que des ventes passives étaient possibles en dehors du territoire prévu par le contrat, soit tant que tout commerce parallèle n'était pas impossible (cf. Deiss BO 2003 E 331).

En d'autres termes, une protection territoriale devient absolue – et tombe sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart – si un distributeur est empêché par le producteur de procéder à des ventes passives dans le territoire attribué à un autre distributeur (cf. Schiesser BO 2003 E 329, Bütiker BO 2003 E 330 ; JULIA ANNE XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence : droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, 2002, p. 35 ; GION GIGER, "Jovani", Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. mai 2010, sic! 10/2011 p. 574 ss). Il s'ensuit qu'il est interdit au producteur de restreindre la concurrence intramarque entre ses distributeurs en garantissant une protection territoriale absolue.

7.2 L'art. 5 al. 4 LCart est inspiré du droit européen, plus précisément de l'art. 4 let. b 1^{er} tiret du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29 décembre 1999 – remplacé le 1^{er} juin 2010 par l'art. 4 let. b ch. 1 du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, par. 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 102/1 du 23 avril 2010 (ci-après : le règlement d'exemption par catégorie). L'art. 4 let. b ch. 1 du règlement d'exemption par catégorie a la teneur suivante :

« L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet : [...] b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de : i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur [...] ».

Les règlements d'exemption par catégorie constituent une particularité du droit européen de la concurrence. Ils énoncent – notamment pour les accords verticaux – les conditions auxquelles une exemption est accordée au sens de l'art. 101 par. 3 TFUE (cf. VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2012, p. 47 ss).

En adoptant l'art. 5 al. 4 LCart, le législateur n'a pas souhaité introduire un régime plus sévère que celui aménagé par le droit européen (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss). Il voulait en effet une réglementation matérielle identique entre le droit suisse et le droit européen de la concurrence en lien avec les

accords verticaux. Dès lors, il convient d'interpréter cette disposition à la lumière du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices en tenant compte des spécificités propres à l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.2.3 ; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, op. cit., p. 42 ; SILVIO VENTURI/CHRISTOPH VONLANTHEN, *Accords de distribution et droit de la concurrence*, in : *Accords de distribution*, 2005, p. 136 n° 46). Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen de la concurrence doivent également être considérés comme licites en Suisse (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1).

7.3 L'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart implique la réalisation de trois prémisses.

Premièrement, ladite disposition exige l'existence d'un contrat de distribution (ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 2997 *Gaba* consid. 6.3.1 et 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 4 ; Comco, DPC 2010 p. 65, *Gaba*, ch. 87 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 526 et 564 ss n° 379 et 586 ss ; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, Jusletter du 27 septembre 2004, n° 28 s.). Par contrat de distribution, il y a lieu de comprendre non seulement les contrats de distribution à proprement parler, mais également les clauses individuelles contenues dans d'autres contrats, tels que des contrats de franchise ou de licence (ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1). Il n'est pas nécessaire que le contrat de distribution soit d'un certain type, tel qu'un contrat de distribution exclusive ou sélective (ch. 4 CommVert ; ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1).

Deuxièmement, une attribution – directe ou indirecte (ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2 ; arrêt B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.2) – de territoires à un ou plusieurs distributeurs doit découler dudit contrat de distribution. La présomption de l'art. 5 al. 4 LCart s'applique expressément à la répartition des marchés sur la base de territoires uniquement et non sur la base de la clientèle (cf. Büttiker BO 2003 E 330 ; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2 ; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., n° 70). Ceux-ci peuvent être locaux, régionaux, suprarégionaux ou encore nationaux (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart, p. 566 n° 594). La loi n'exige par ailleurs pas l'attribution exclusive d'un territoire de vente à un seul distributeur (cf. arrêt B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.3).

Troisièmement, l'accord doit entraîner une exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés dans les territoires attribués (ch. 10 par. 1 let. b CommVert et ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4 s.).

L'art. 5 al. 4 LCart appréhende uniquement et spécifiquement l'exclusion des ventes passives et non tout accord quelconque de cloisonnement du marché (*Marktabschottung*) (cf. Couchepin BO 2002 N 1434 ss).

L'interdiction des ventes actives ne tombe ainsi pas dans le champ d'application de la présomption (ch. 10 par. 1 let. b CommVert *a contrario* ; cf. Schiesser BO 2003 E 329 ss ; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4 ; arrêt B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.1 ; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 5 p. 437 n° 554 ss ; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2^e éd. 2005, p. 226 ss n° 469 ss, ci-après : Kartellrecht ; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., n° 70).

Par ventes passives, on entend notamment le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou distributeurs) établis sur le territoire alloué exclusivement par le producteur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients ou l'obligation de transmettre (ch. 3 CommVert ; ch. 51 des lignes directrices ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.5 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 568 n° 607).

L'art. 5 al. 4 LCart s'applique donc sans équivoque à l'exclusion directe des ventes passives, telle que l'obligation faite au distributeur de ne pas vendre à des clients situés sur certains territoires ou de transmettre à d'autres distributeurs les commandes provenant de clients situés sur un territoire qui ne lui a pas été attribué (ch. 10 par. 1 let. b CommVert ; ch. 50 des lignes directrices ; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 569 ss n° 612 ss ; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, p. 116 n° 2.259 ; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht : eine systematische Darstellung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Kartellgesetzes, sowie der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze und der Grundsätze der Schweizerischen Kommission für Lauterkeit in der Werbung, 5^e éd. 2012, p. 227 n° 669).

L'art. 5 al. 4 LCart s'applique également à l'exclusion indirecte des ventes passives dans les territoires réservés (ch. 10 par. 2 CommVert ; ch. 50 des lignes directrices ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.5 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 570 n° 615 ; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 226 n° 469 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 n° 554 ss ; CHRISTIAN KAUFMANN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 2004, p. 142), laquelle peut être mise en œuvre par un refus ou une réduction de primes, de bonus ou de rabais, une réduction des quantités livrées, une limitation des livraisons à la demande ou un arrêt des livraisons ou encore une menace de résiliation du contrat en cas de ventes dans ces territoires réservés à d'autres distributeurs, lorsque ces mesures entraînent un accord exprès ou tacite entre producteur et distributeur sur le fait que des ventes passives ne peuvent avoir lieu dans des territoires réservés. On peut encore citer une exigence de prix plus élevés pour les produits vendus sur les territoires réservés ainsi qu'une limitation de la part des produits, des obligations de restituer les gains et, plus généralement, des obligations de compensation, un refus d'accorder une garantie, une obligation d'obtenir une autorisation ou encore des formulations équivoques ou imprécises (ch. 50 des lignes directrices ; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 569 ss n° 616 ss ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 s. n° 554 et 569 ss). De telles pratiques peuvent également être soutenues par des « mesures d'accompagnement », telles qu'un système de surveillance afin de vérifier le lieu de destination réel des marchandises livrées. A elles seules, celles-là ne permettent toutefois pas d'établir une exclusion des ventes dans les territoires attribués (cf. AMSTUTZ/CARRON/ REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 572 s. n° 624).

7.4 En l'espèce, il ressort des contrats concernant les 56 éditeurs/diffuseurs pour lesquels un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart a pu être démontré (cf. supra consid. 6) que la recourante s'est vue confié la diffusion et/ou la distribution exclusive, sur le territoire suisse, des ouvrages édités et/ou diffusés par ses partenaires de distribution en amont. La première et la deuxième prémisses à l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart – relatives au contrat de distribution et à l'attribution de territoire de distribution – sont dès lors réalisées.

Il reste à examiner si le régime d'exclusivité conféré entraîne l'interdiction, en Suisse, des ventes passives des ouvrages de la recourante, ainsi que des ouvrages des éditeurs dont la recourante a été chargée de la diffusion et/ou la distribution. A cet égard, il y a lieu de préciser la notion d'« exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés » de l'art. 5 al. 4

LCart et de distinguer selon que l'exclusion des ventes est imposée aux éditeurs (cf. infra consid. 8) ou à des partenaires de distribution externes au groupe MP (cf. infra consid. 9).

8. Exclusion des ventes par les éditeurs

Les contrats passés entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont – à savoir les éditeurs – contiennent l'obligation pour ces derniers d'octroyer à la recourante l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse et, pour certains, l'obligation, à charge de ceux-là, de « *prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée* ».

La recourante fait valoir que l'art. 5 al. 4 LCart ne viserait que les restrictions imposées à un distributeur et non celles imposées aux éditeurs. En l'occurrence, la clause en question n'imposerait aucune obligation à la recourante. L'autorité inférieure estime que l'interprétation du texte légal proposée par la recourante est erronée.

8.1 Il convient donc dans un premier temps de déterminer si l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées à un distributeur et non celles imposées aux éditeurs.

8.1.1 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; cf. ATF 135 II 416 consid. 2.2 et 134 I 184 consid. 5.1). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne s'écarte de la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 143 II 202 consid. 8.5, 142 II 80 consid. 4.1, 140 II 289 consid. 3.2 et 139 II 49 consid. 5.3.1).

8.1.2 Sous l'angle de l'interprétation littérale de l'art. 5 al. 4 LCart, le tribunal s'intéresse à la notion de « fournisseur agréé ». Sont considérés comme tels, le distributeur – actif sur un territoire autre que le territoire

réservé – et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau « wholesale » sur son territoire.

Il ressort, en effet, des versions allemande et italienne de l'art. 5 al. 4 LCart que par « fournisseurs agréés », il convient d'entendre « distributeurs » (*Vertriebspartner, distributori*). L'exclusion des ventes passives doit ainsi être imposée à d'autres distributeurs (*gebietsfremde Vertriebspartner, distributori esterni*), sous-entendu autres que le distributeur, partie au contrat de distribution en cause, s'étant vu allouer le territoire considéré.

Cette formulation suppose dès lors que celui qui se voit interdire de procéder à des ventes passives sur le territoire attribué est un partenaire de distribution actif sur un autre territoire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.3).

Une telle interprétation ressort également des travaux préparatoires : un producteur (*Hersteller/Lieferant*) a le droit de s'interdire, dans un contrat de distribution, de livrer directement les acheteurs finals (*Endabnehmer*) (ventes directes) ou d'autres distributeurs (*Händler*) (ventes indirectes) dans le territoire alloué (cf. Schiesser BO 2003 E 329, Büttiker BO 2003 E 330 s.).

Elle ressort également du ch. 9 pt 1 de la note explicative, lequel précise que l'interdiction des ventes passives imposée au fournisseur n'est pas par elle-même couverte par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. De même, selon la doctrine, les limitations de la liberté d'action du producteur ne sont pas concernées par l'art. 5 al. 4 LCart, celui-ci visant uniquement les restrictions de la liberté d'action du distributeur (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 558 s. et 577 n° 557, 560 et 644 ; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., n° 28 et 73 ; RETO JACOBS, *Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht*, RSJ 9/2011 p. 210). Egalement en droit européen, l'art. 4 let. b du règlement d'exemption par catégorie ne concerne que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients ; les restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne constituent pas des restrictions caractérisées (ch. 50 des lignes directrices).

8.1.3 Sont ainsi considérés comme « autre fournisseur agréé » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, le distributeur – actif sur un territoire autre que le territoire réservé – et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau « wholesale » sur son territoire.

8.1.4 En définitive, le contrat de distribution attribuant des territoires – ou contrat de distribution exclusive – se caractérise par l’engagement du producteur d’assurer au distributeur l’exclusivité des produits contractuels en vue de leur revente dans un territoire ou à une clientèle donnée et par l’engagement du distributeur de promouvoir lesdits produits (cf. XODIS, op. cit., p. 34). L’intensité de l’exclusivité promise peut varier. Par clause d’exclusivité simple, le producteur s’interdit de livrer les produits à toute autre personne que le distributeur sur le territoire concerné (cf. XODIS, op. cit., p. 35) et s’abstient de toute intervention dans la zone réservée à celui-ci, cas échéant en renonçant à vendre directement aux clients du distributeur. Le producteur devra alors transférer au distributeur toute demande de clients se trouvant sur ce territoire (cf. CHRISTOPH MÜLLER, Les contrats de distribution, in : Droits de la consommation et de la distribution, 2013, p. 77 ; URS EGLI, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis, recht 1/2014 p. 1 ss et 10 ; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21). Le respect de l’exclusivité simple par le producteur relève de la nature même du contrat de distribution exclusive (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich du 17 mai 2010 *Jovani* consid. 3.3.3.2 ss, in : DPC 2010 p. 793 ss ; GIGER, op. cit., p. 574). Du point de vue du droit de la concurrence, elle ne tombe pas sous le coup de l’art. 5 al. 4 LCart, aussi longtemps que l’acheteur est libre de se fournir auprès du fournisseur de son choix.

8.1.5 Ainsi, le Tribunal de commerce du canton de Zurich a admis que l’engagement par lequel le producteur renonçait à opérer des ventes passives directement aux clients finals dans le territoire attribué au distributeur exclusif n’était pas saisi par l’art. 5 al. 4 LCart, le fait que le producteur soit également actif dans la distribution de ses produits sur d’autres marchés est inopérant (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité *Jovani* consid. 3.3.3.2, in : DPC 2010 p. 793 ss ; GIGER, op. cit. p. 574 ; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21 ; cf. également ch. 9 note explicative CommVert).

En effet, l’art. 5 al. 4 LCart vise les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché. A l’inverse, l’art. 5 al. 3 vise ceux passés entre des entreprises effectivement ou potentiellement en concurrence. En cas de double distribution – lorsque le producteur est également actif dans la distribution de ses produits sur d’autres territoires – l’accord possède à la fois une composante verticale et horizontale (cf. KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 435 n° 541). Toutefois, seul l’art. 5 al. 4 LCart trouve application dans ce cas (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 557 s. n° 554 ;

KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 435 n° 541), le producteur agissant en tant qu'entreprise située en amont du distributeur (cf. ég. en droit européen, art. 2 ch. 4 let. a et b du règlement d'exemption par catégorie). La distinction est importante, dans la mesure où la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart vise tout accord de répartition des marchés. Or, tel n'est pas le cas de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

De même, le législateur a prévu d'autres outils visant à interdire le cloisonnement du marché suisse, lorsque le producteur dispose d'une importante part de marché. Son comportement – quand bien même licite sous l'angle de l'art. 5 al. 4 LCart – peut être interdit par l'art. 7 LCart. Or, l'autorité a écarté cette éventualité en l'espèce, lorsqu'elle a renoncé, dans sa décision, à formuler des griefs en application de dite disposition.

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

8.2 Sur le marché du livre, le travail d'édition se concentre sur la production des livres ; les parties ne le contestent pas. A l'inverse, les activités de diffusion et de distribution se concentrent uniquement sur la commercialisation et la distribution des livres produits par les éditeurs.

Il s'ensuit que seule l'entreprise qui édite l'ouvrage peut être considérée comme « producteur » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, indépendamment de savoir si elle se charge elle-même de la commercialisation et de la distribution de ses ouvrages. En revanche, l'entreprise qui n'assure que la commercialisation et la distribution d'ouvrages édités par des tiers n'intervient qu'en qualité de distributeur, à savoir de « fournisseur agréé » au sens de dite disposition.

8.3 Il suit de ce qui précède que, en octroyant à la recourante l'exclusivité de la diffusion et de la distribution sur le territoire suisse de leurs ouvrages et, pour certains, en s'engageant à « *prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée* », les partenaires de distribution de la recourante situés en amont ont avant tout renoncé, le cas échéant, à opérer des ventes directes – tant actives que passives – sur le territoire réservé. Or, un tel engagement ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, dès lors que lesdits partenaires interviennent en tant qu'éditeurs – à savoir « producteurs » – des ouvrages ainsi diffusés et/ou distribués. Il s'agit là aussi bien des éditeurs Tiers-MP que des éditeurs Tiers-Dargaud et des éditeurs/diffuseurs en distribution pure.

9. Exclusion des ventes par des partenaires de distribution externes au groupe MP

Une exclusion des ventes passives par d'autres diffuseurs-distributeurs externes au groupe MP pourrait, en revanche, constituer une infraction à la loi sur les cartels.

9.1 L'autorité inférieure a interprété les clauses contractuelles liant la recourante avec ses partenaires de distribution situés en amont en ce sens que celles-ci visaient à empêcher les ventes passives. Elle parvient à dite conclusion en raison de l'engagement pris par certains éditeurs de « *prendre toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée en Suisse* », de l'existence du droit de retour, de l'échange d'informations entre les diffuseurs-distributeurs suisses au sein de l'ASDEL et enfin des effets constatés à l'époque sur le marché.

La recourante conteste cette interprétation. Elle relève, en substance, que les clauses litigieuses ne visent pas à cloisonner le marché et que l'exclusivité concédée est justifiée économiquement. De même, elle estime que des ventes passives étaient possibles et que c'est pour des raisons économiques que les détaillants n'ont pas tenté de procéder à des importations depuis la France.

9.2 Partant, il s'agit de déterminer – pour les 56 éditeurs/diffuseurs pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a pu être démontré (cf. supra consid. 6), à savoir les éditeurs Tiers-MP, Tiers-Dargaud et les éditeurs/diffuseurs en distribution pure – si les parties ont également voulu que ceux-là s'engagent à ne pas laisser vendre, à savoir qu'ils agissent auprès d'éventuels autres diffuseurs ou distributeurs externes au groupe MP, afin qu'ils ne livrent pas en Suisse. En tant que la recourante conteste avoir voulu que ses partenaires de distribution en amont prennent l'engagement de ne pas laisser vendre, il y a lieu de déterminer si de tels engagements peuvent être déduits d'une interprétation desdites clauses.

9.2.1 A titre liminaire, il convient, comme pour toute disposition contractuelle, de déterminer la volonté des parties. Le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire qu'il doit rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention (art. 18 CO ; cf. ATF 133 III 675

consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1 et 131 III 606 consid. 4.1). Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (cf. ATF 131 III 280 consid. 3.1) – ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (cf. arrêt du TF 5A_198/2008 du 26 septembre 2008 consid. 4.1) – qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté objective des parties, en déterminant le sens que chacune d'elles pouvait et devait, d'après les règles de la bonne foi, raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (principe de la confiance) (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2 et 132 III 626 consid. 3.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 130 III 417 consid. 3.2, 129 III 118 consid. 2.5 et 128 III 419 consid. 2.2).

9.2.2 S'agissant des relations contractuelles avec les 20 éditeurs Tiers-MP, la recourante n'a produit – sauf une exception (E.C._____) – aucun contrat liant lesdits éditeurs au groupe MP. Elle a toutefois remis des contrats liant la recourante avec Media Diffusion s'agissant de 8 éditeurs (E.AM._____ [cf. acte 526, p. 29], E.AN._____ [cf. acte 526, p. 34], E.AO._____ [cf. acte 526, p. 57], E.AP._____ [cf. acte 526, p. 67], E.AQ._____ [cf. acte 526, p. 83], E.AR._____ [cf. acte 526, p. 97], E.AS._____ [cf. acte 526, p. 136] et E.AT._____ [cf. acte 526, p. 156]). Il ressort des contrats produits que les relations contractuelles entre la recourante et Media Diffusion reposent sur la même clause contractuelle (clause D) :

« 1.1 MEDIA DIFFUSION confie à titre exclusif à [la recourante], qui accepte, la diffusion/distribution en Suisse des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés par la société [éditeur tiers] et tels que présentés dans son catalogue grand public et sur son bon de commande.

1.2 [La recourante] diffusera/distribuera les ouvrages édités par la société [éditeur tiers] dont la diffusion-distribution est confiée à MEDIA DIFFUSION dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres de Suisse.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants : les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage ».

La recourante n'a pas produit les contrats la liant avec Media Diffusion s'agissant de 11 éditeurs Tiers-MP (E.AU._____, E.AV._____, E.AW._____, E.AX._____, E.AY._____, E.AZ._____, E.BA._____, E.BB._____, E.BC._____, E.BD._____ et E.BE._____) Compte tenu de la similarité entre les 8 contrats produits, il y a aussi lieu d'admettre que les relations contractuelles entre la recourante et Media Diffusion, s'agissant de ces 11 éditeurs reposent sur la clause D.

Au surplus, la recourante a produit le contrat passé avec E.C._____ (cf. acte 526, p. 64), duquel il ressort que les relations entre la recourante et l'éditeur reposent sur la clause B :

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de vente de l'intégralité de son fonds d'édition sur le territoire suisse, aux conditions générales qui font suite.

[La recourante] s'interdit expressément de vendre les ouvrages qui lui sont ainsi confiés en dehors de son territoire et prendra toutes mesures auprès de sa clientèle afin que cette interdiction soit respectée.

De même, [l'éditeur] prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

9.2.3 S'agissant des éditeurs Tiers-Dargaud, la recourante a produit 23 contrats (E.F._____ [cf. acte 526, p. 41], E.B._____ [cf. acte 870, p. 32 et 35], E.G._____ [cf. acte 526, p. 44], E.H._____ [cf. acte 526, p. 53], E.J._____ [cf. acte 526, p. 80], E.K._____ [cf. acte 526, p. 104], E.L._____ [cf. acte 526, p. 107], E.M._____ [cf. acte 526, p. 110], E.N._____ [cf. acte 526, p. 115], E.O._____ [cf. acte 526, p. 118], E.R._____ [cf. acte 526, p. 146], E.U._____ [cf. acte 526, p. 163], E.Q._____ [cf. acte 526, p. 122], E.V._____ [cf. acte 526, p. 166], E.D._____ [cf. acte 526, p. 169], E.W._____ [cf. acte 526, p. 172], E.X._____ [cf. acte 526, p. 175], E.Y._____ [cf. acte 526, p. 178], E.Z._____ [cf. acte 526, p. 189], E.AA._____ [cf. acte 870, p. 22], E.AB._____ [cf. acte 526, p. 199], E.E._____ [cf. acte 526, p. 202] et E.AC._____ [cf. acte 526, p. 205]). Pour les 4 autres éditeurs, elle a indiqué dans son tableau des correspondances avec les contrats produits. Il en ressort que le contrat E.C._____ [cf. acte 526, p. 64] est valable pour E.I._____, E.S._____ et E.T._____, et que le contrat E.Q._____ vaut pour E.P._____ (cf. acte 526 et 870).

Il ressort des contrats produits que les relations entre la recourante et les éditeurs Tiers-Dargaud reposent sur 5 clauses contractuelles :

- S’agissant du contrat E.Q._____ (cf. acte 526, p. 122), il contient la clause A :

« 1.1 [L’éditeur] confie à titre exclusif à [la recourante], qui accepte, la diffusion/distribution de la totalité des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés sous ses marques éditoriales ou sous toutes autres marques dont il a la propriété ou l’usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande en Suisse, catalogue que [la recourante] déclare parfaitement connaître [nda : dans quelques contrats, “déclare connaître”].

1.2 [La recourante] diffusera/distribuera les ouvrages de [l’éditeur] en Suisse dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants : les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage ».

- S’agissant des contrats E.F._____ (cf. acte 526, p. 41), E.G._____ (cf. acte 526, p. 44), E.H._____ (cf. acte 526, p. 53), E.C._____ (cf. acte 526, p. 64), E.J._____ (cf. acte 526, p. 80), E.K._____ (cf. acte 526, p. 104), E.M._____ (cf. acte 526, p. 110), E.N._____ (cf. acte 526, p. 115), E.U._____ (cf. acte 526, p. 163), E.V._____ (cf. acte 526, p. 166), E.D._____ (cf. acte 526, p. 169), E.W._____ (cf. acte 526, p. 172), E.X._____ (cf. acte 526, p. 175), E.Y._____ (cf. acte 526, p. 178), E.Z._____ (cf. acte 526, p. 189), E.AB._____ (cf. acte 526, p. 199), E.E._____ (cf. acte 526, p. 202) et E.AC._____ (cf. acte 526, p. 205), ils contiennent la clause B, déjà reproduite ci-dessus (cf. supra consid. 9.2.2).
- S’agissant du contrat E.B._____ (cf. acte 870, p. 32 et 35), il contient la clause C :

« [L’éditeur] confie [à la recourante] qui l’accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l’ouvrage intitulé [...] sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite.

[L’éditeur] prendra toutes mesures utiles afin que l’exclusivité [de la recourante] soit respectée. Toutefois, l’[éditeur] a la possibilité d’acquérir des albums avec une remise de [...] % sur prix public suisse hors taxe afin d’en offrir dans un cadre promotionnel ».

- S’agissant des contrats E.L._____ (cf. acte 526, p. 107), E.O._____ (cf. acte 526, p. 118) et E.R._____ (cf. acte 526, p. 146), ils contiennent la clause E :

« [L'éditeur] confie [à la recourante], pour la Suisse, la diffusion exclusive de l'intégralité de sa production en matière d'ouvrages, bandes dessinées, etc. et mettra tout en œuvre pour que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée »

- S'agissant du contrat E.AA._____ (cf. acte 870, p. 22), il contient la clause H :

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l'ouvrage intitulé [...] sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite ».

9.2.4 S'agissant des 9 éditeurs/diffuseurs (E.AD._____, E.AE._____, E.AF._____, E.AG._____, E.AJ._____, E.AK._____, E.AL._____, E.AH._____ et E.AI._____) en distribution pure, la recourante a produit 3 contrats (E.AE._____ [cf. acte 526, p. 209], E.AH._____ [cf. acte 526, p. 224] et E.AI._____ [cf. acte 526, p. 239]). Pour les autres éditeurs/diffuseurs, elle a indiqué dans son tableau des correspondances avec le contrat E.AE._____.

Il ressort des 3 contrats produits que les relations entre la recourante et les éditeurs/diffuseurs en distribution pure reposent sur la même clause contractuelle (clause F) :

« [L'éditeur] confie [à la recourante], qui l'accepte, l'exclusivité de la distribution dans les territoires repris à l'annexe A [le territoire suisse] des ouvrages qu'il publie ou commercialise en langue française sous sa marque ou sous tout autre marque dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande. Une distribution non exclusive des ouvrages publiés en langues étrangères pourra aussi être proposée [à la recourante] ».

9.2.5 Ceci étant, il s'agirait à ce stade de rechercher en premier lieu ce que la recourante (ou le groupe MP) et les éditeurs ont réellement voulu en octroyant à la recourante (ou au groupe MP) la diffusion et/ou la distribution exclusives sur le territoire suisse de leurs ouvrages, en particulier en stipulant, dans certains contrats, que l'éditeur devrait « *prendre* toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

9.2.5.1 A titre liminaire, il sied de rappeler que les exclusivités conférées – notamment par les clauses A, F et H – ne tombent pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, pour autant qu'elles n'aient pas empêché les détaillants de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix, le producteur – à savoir l'éditeur – demeurant libre de s'interdire de livrer lesdits détaillants.

Il en va de même de la clause D. Bien qu'elle soit contenue exclusivement dans un contrat entre deux sociétés du groupe MP, elle n'est pas problématique, aussi longtemps que les éditeurs Tiers-MP n'ont pas pris l'engagement de ne pas laisser vendre leurs ouvrages par d'autres diffuseurs-distributeurs externes au groupe, actifs hors du territoire réservé à la recourante.

En effet, si les éditeurs peuvent s'interdire de livrer les détaillants suisses, ils ne peuvent pas prendre de mesures auprès de leurs différents fournisseurs – en particulier auprès de la recourante – ayant pour objet ou pour effet d'empêcher les détaillants de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix.

9.2.5.2 S'agissant des clauses B, C et E, elles prévoient, d'une part, l'engagement, pour les partenaires de distribution de la recourante situés en amont, de « *prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée* » en Suisse. D'autre part, la recourante s'interdit de vendre les ouvrages qui lui sont confiés en dehors de son territoire et s'engage à prendre toutes mesures auprès de sa clientèle afin que telle interdiction soit respectée.

Un tel engagement repose uniquement sur un rapport bilatéral passé avec la recourante, si bien qu'il n'impose pas encore d'obligations à des tiers, précisément à des diffuseurs ou distributeurs agréés externes au groupe, actifs en dehors du territoire réservé à la recourante. Il fait toutefois naître une présomption de fait que des partenaires de distribution externes au groupe, actifs hors du territoire suisse ont bien existés et que lesdits partenaires ont effectivement pris des mesures afin de faire respecter l'exclusivité de la recourante. En effet, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, il peut être présumé que l'engagement de « *prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée* » a bel et bien été mis en œuvre et que ces partenaires de distribution ont effectivement pris des mesures envers des tiers afin de faire respecter leur engagement. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices » que les éditeurs concernés se sont effectivement engagés à ne pas laisser vendre et à empêcher les ventes par des diffuseurs et/ou distributeurs externes au groupe MP, actifs hors du territoire réservé à la recourante, ce que les parties au contrat ne pouvaient et ne devaient, de bonne foi, ignorer. Il ne peut *a fortiori* en être autrement pour les contrats passés entre la recourante et les éditeurs Tiers-Dargaud, dès lors que ceux-ci ne font pas partie du groupe MP. Quant

à l'engagement de la recourante de ne pas livrer les ouvrages qui lui sont confiés en dehors de son territoire, il constitue également un indice que, dans le sens contraire, les éditeurs se sont engagés à ne pas laisser vendre leurs ouvrages en Suisse par d'autres diffuseurs et/ou distributeurs n'appartenant pas au groupe MP. Cette présomption de fait peut néanmoins être affaiblie par des éléments apportés par les parties (cf. ATF 130 III 699 consid. 4.1 *in fine* ; arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.2.2 et B-3618/2013 du 24 novembre 2016 *Starticket* consid. 333 ss).

9.2.6 En résumé, sur la base des clauses contenues dans les contrats avec les 56 éditeurs/diffuseurs pour lesquels un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart a pu être démontré, il y a lieu de retenir que, pour les 31 éditeurs/diffuseurs dont le contrat contient l'une des clauses A, D, H ou F (E.Q.____ et E.P.____ [clause A ; cf. actes 526, p. 122 et 870] ; E.AM.____, E.AN.____, E.AO.____, E.AP.____, E.AQ.____, E.AR.____, E.AS.____, E.AT.____, E.AU.____, E.AV.____, E.AW.____, E.AX.____, E.AY.____, E.AZ.____, E.BA.____, E.BB.____, E.BC.____, E.BD.____ et E.BE.____ [clause D ; cf. actes 526 et 870] ; E.AA.____ [clause H ; cf. acte 870, p. 22] ; E.AD.____, E.AE.____, E.AF.____, E.AG.____, E.AJ.____, E.AK.____, E.AL.____, E.AH.____ et E.AI.____ [clause F ; cf. acte 526, p. 209, 224 et 239, ainsi qu'acte 870]), l'exclusivité concédée ne tombe *a priori* pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, pour autant qu'il n'existe toutefois pas d'autres éléments permettant de déterminer que les éditeurs/diffuseurs concernés ont, durant la période de l'enquête, interdit à leurs partenaires de distribution actifs hors du territoire suisse de répondre à des demandes de détaillants suisses, ce qui sera examiné ci-après.

Quant aux 25 éditeurs dont le contrat contient l'une des clauses B, C ou E (E.F.____, E.G.____, E.H.____, E.J.____, E.K.____, E.L.____, E.M.____, E.N.____, E.O.____, E.P.____, E.Q.____, E.R.____, E.S.____, E.T.____, E.U.____, E.V.____, E.W.____, E.X.____, E.Y.____, E.Z.____, E.AB.____, E.AC.____, E.AD.____, E.AE.____, E.AF.____, E.AG.____, E.AH.____, E.AI.____, E.AJ.____, E.AK.____, E.AL.____, E.AM.____, E.AN.____, E.AO.____, E.AP.____, E.AQ.____, E.AR.____, E.AS.____, E.AT.____, E.AU.____, E.AV.____, E.AW.____, E.AX.____, E.AY.____, E.AZ.____, E.BA.____, E.BB.____, E.BC.____, E.BD.____, E.BE.____, E.BF.____, E.BG.____, E.BH.____, E.BI.____, E.BJ.____, E.BK.____, E.BL.____, E.BM.____, E.BN.____, E.BO.____, E.BP.____, E.BQ.____, E.BR.____, E.BS.____, E.BT.____, E.BU.____, E.BV.____, E.BW.____, E.BX.____, E.BY.____, E.BZ.____, E.CA.____, E.CB.____, E.CC.____, E.CD.____, E.CE.____, E.CF.____, E.CG.____, E.CH.____, E.CI.____, E.CJ.____, E.CK.____, E.CL.____, E.CM.____, E.CN.____, E.CO.____, E.CP.____, E.CQ.____, E.CR.____, E.CS.____, E.CT.____, E.CU.____, E.CV.____, E.CW.____, E.CX.____, E.CY.____, E.CZ.____, E.DA.____, E.DB.____, E.DC.____, E.DD.____, E.DE.____, E.DF.____, E.DG.____, E.DH.____, E.DI.____, E.DJ.____, E.DK.____, E.DL.____, E.DM.____, E.DN.____, E.DO.____, E.DP.____, E.DQ.____, E.DR.____, E.DS.____, E.DT.____, E.DU.____, E.DV.____, E.DW.____, E.DX.____, E.DY.____, E.DZ.____, E.EA.____, E.EB.____, E.EC.____, E.ED.____, E.EE.____, E.EF.____, E.EG.____, E.EH.____, E.EI.____, E.EJ.____, E.EK.____, E.EL.____, E.EM.____, E.EN.____, E.EO.____, E.EP.____, E.EQ.____, E.ER.____, E.ES.____, E.ET.____, E.EU.____, E.EV.____, E.EW.____, E.EX.____, E.EY.____, E.EZ.____, E.FA.____, E.FB.____, E.FC.____, E.FD.____, E.FE.____, E.FF.____, E.FG.____, E.FH.____, E.FI.____, E.FJ.____, E.FK.____, E.FL.____, E.FM.____, E.FN.____, E.FO.____, E.FP.____, E.FQ.____, E.FR.____, E.FS.____, E.FT.____, E.FU.____, E.FV.____, E.FW.____, E.FX.____, E.FY.____, E.FZ.____, E.GA.____, E.GB.____, E.GC.____, E.GD.____, E.GE.____, E.GF.____, E.GG.____, E.GH.____, E.GI.____, E.GJ.____, E.GK.____, E.GL.____, E.GM.____, E.GN.____, E.GO.____, E.GP.____, E.GQ.____, E.GR.____, E.GS.____, E.GT.____, E.GU.____, E.GV.____, E.GW.____, E.GX.____, E.GY.____, E.GZ.____, E.HA.____, E.HB.____, E.HC.____, E.HD.____, E.HE.____, E.HF.____, E.HG.____, E.HH.____, E.HI.____, E.HJ.____, E.HK.____, E.HL.____, E.HM.____, E.HN.____, E.HO.____, E.HP.____, E.HQ.____, E.HR.____, E.HS.____, E.HT.____, E.HU.____, E.HV.____, E.HW.____, E.HX.____, E.HY.____, E.HZ.____, E.IA.____, E.IB.____, E.IC.____, E.ID.____, E.IE.____, E.IF.____, E.IG.____, E.IH.____, E.II.____, E.IJ.____, E.IK.____, E.IL.____, E.IM.____, E.IN.____, E.IO.____, E.IP.____, E.IQ.____, E.IR.____, E.IS.____, E.IT.____, E.IU.____, E.IV.____, E.IW.____, E.IX.____, E.IY.____, E.IZ.____, E.JA.____, E.JB.____, E.JC.____, E.JD.____, E.JE.____, E.JF.____, E.JG.____, E.JH.____, E.JI.____, E.JJ.____, E.JK.____, E.JL.____, E.JM.____, E.JN.____, E.JO.____, E.JP.____, E.JQ.____, E.JR.____, E.JS.____, E.JT.____, E.JU.____, E.JV.____, E.JW.____, E.JX.____, E.JY.____, E.JZ.____, E.KA.____, E.KB.____, E.KC.____, E.KD.____, E.KE.____, E.KF.____, E.KG.____, E.KH.____, E.KI.____, E.KJ.____, E.KK.____, E.KL.____, E.KM.____, E.KN.____, E.KO.____, E.KP.____, E.KQ.____, E.KR.____, E.KS.____, E.KT.____, E.KU.____, E.KV.____, E.KW.____, E.KX.____, E.KY.____, E.KZ.____, E.LA.____, E.LB.____, E.LC.____, E.LD.____, E.LE.____, E.LF.____, E.LG.____, E.LH.____, E.LI.____, E.LJ.____, E.LK.____, E.LL.____, E.LM.____, E.LN.____, E.LO.____, E.LP.____, E.LQ.____, E.LR.____, E.LS.____, E.LT.____, E.LU.____, E.LV.____, E.LW.____, E.LX.____, E.LY.____, E.LZ.____, E.MA.____, E.MB.____, E.MC.____, E.MD.____, E.ME.____, E.MF.____, E.MG.____, E.MH.____, E.MI.____, E.MJ.____, E.MK.____, E.ML.____, E.MM.____, E.MN.____, E.MO.____, E.MP.____, E.MQ.____, E.MR.____, E.MS.____, E.MT.____, E.MU.____, E.MV.____, E.MW.____, E.MX.____, E.MY.____, E.MZ.____, E.NA.____, E.NB.____, E.NC.____, E.ND.____, E.NE.____, E.NF.____, E.NG.____, E.NH.____, E.NI.____, E.NJ.____, E.NK.____, E.NL.____, E.NM.____, E.NN.____, E.NO.____, E.NP.____, E.NQ.____, E.NR.____, E.NS.____, E.NT.____, E.NU.____, E.NV.____, E.NW.____, E.NX.____, E.NY.____, E.NZ.____, E.OA.____, E.OB.____, E.OC.____, E.OD.____, E.OE.____, E.OF.____, E.OG.____, E.OH.____, E.OI.____, E.OJ.____, E.OK.____, E.OL.____, E.OM.____, E.ON.____, E.OO.____, E.OP.____, E.OQ.____, E.OR.____, E.OS.____, E.OT.____, E.OU.____, E.OV.____, E.OW.____, E.OX.____, E.OY.____, E.OZ.____, E.PA.____, E.PB.____, E.PC.____, E.PD.____, E.PE.____, E.PF.____, E.PG.____, E.PH.____, E.PI.____, E.PJ.____, E.PK.____, E.PL.____, E.PM.____, E.PN.____, E.PO.____, E.PP.____, E.PQ.____, E.PR.____, E.PS.____, E.PT.____, E.PU.____, E.PV.____, E.PW.____, E.PX.____, E.PY.____, E.PZ.____, E.QA.____, E.QB.____, E.QC.____, E.QD.____, E.QE.____, E.QF.____, E.QG.____, E.QH.____, E.QI.____, E.QJ.____, E.QK.____, E.QL.____, E.QM.____, E.QN.____, E.QO.____, E.QP.____, E.QQ.____, E.QR.____, E.QS.____, E.QT.____, E.QU.____, E.QV.____, E.QW.____, E.QX.____, E.QY.____, E.QZ.____, E.RA.____, E.RB.____, E.RC.____, E.RD.____, E.RE.____, E.RF.____, E.RG.____, E.RH.____, E.RI.____, E.RJ.____, E.RK.____, E.RL.____, E.RM.____, E.RN.____, E.RO.____, E.RP.____, E.RQ.____, E.RR.____, E.RS.____, E.RT.____, E.RU.____, E.RV.____, E.RW.____, E.RX.____, E.RY.____, E.RZ.____, E.SA.____, E.SB.____, E.SC.____, E.SD.____, E.SE.____, E.SF.____, E.SG.____, E.SH.____, E.SI.____, E.SJ.____, E.SK.____, E.SL.____, E.SM.____, E.SN.____, E.SO.____, E.SP.____, E.SQ.____, E.SR.____, E.SS.____, E.ST.____, E.SU.____, E.SV.____, E.SW.____, E.SX.____, E.SY.____, E.SZ.____, E.TA.____, E.TB.____, E.TC.____, E.TD.____, E.TE.____, E.TF.____, E.TG.____, E.TH.____, E.TI.____, E.TJ.____, E.TK.____, E.TL.____, E.TM.____, E.TN.____, E.TO.____, E.TP.____, E.TQ.____, E.TR.____, E.TS.____, E.TT.____, E.TU.____, E.TV.____, E.TW.____, E.TX.____, E.TY.____, E.TZ.____, E.UA.____, E.UB.____, E.UC.____, E.UD.____, E.UE.____, E.UF.____, E.UG.____, E.UH.____, E.UI.____, E.UJ.____, E.UK.____, E.UL.____, E.UM.____, E.UN.____, E.UO.____, E.UP.____, E.UQ.____, E.UR.____, E.US.____, E.UT.____, E.UU.____, E.UV.____, E.UW.____, E.UX.____, E.UY.____, E.UZ.____, E.VA.____, E.VB.____, E.VC.____, E.VD.____, E.VE.____, E.VF.____, E.VG.____, E.VH.____, E.VI.____, E.VJ.____, E.VK.____, E.VL.____, E.VM.____, E.VN.____, E.VO.____, E.VP.____, E.VQ.____, E.VR.____, E.VS.____, E.VT.____, E.VU.____, E.VV.____, E.VW.____, E.VX.____, E.VY.____, E.VZ.____, E.WA.____, E.WB.____, E.WC.____, E.WD.____, E.WE.____, E.WF.____, E.WG.____, E.WH.____, E.WI.____, E.WJ.____, E.WK.____, E.WL.____, E.WM.____, E.WN.____, E.WO.____, E.WP.____, E.WQ.____, E.WR.____, E.WS.____, E.WT.____, E.WU.____, E.WV.____, E.WW.____, E.WX.____, E.WY.____, E.WZ.____, E.XA.____, E.XB.____, E.XC.____, E.XD.____, E.XE.____, E.XF.____, E.XG.____, E.XH.____, E.XI.____, E.XJ.____, E.XK.____, E.XL.____, E.XM.____, E.XN.____, E.XO.____, E.XP.____, E.XQ.____, E.XR.____, E.XS.____, E.XT.____, E.XU.____, E.XV.____, E.XW.____, E.XX.____, E.XY.____, E.XZ.____, E.YA.____, E.YB.____, E.YC.____, E.YD.____, E.YE.____, E.YF.____, E.YG.____, E.YH.____, E.YI.____, E.YJ.____, E.YK.____, E.YL.____, E.YM.____, E.YN.____, E.YO.____, E.YP.____, E.YQ.____, E.YR.____, E.YS.____, E.YT.____, E.YU.____, E.YV.____, E.YW.____, E.YX.____, E.YY.____, E.YZ.____, E.ZA.____, E.ZB.____, E.ZC.____, E.ZD.____, E.ZE.____, E.ZF.____, E.ZG.____, E.ZH.____, E.ZI.____, E.ZJ.____, E.ZK.____, E.ZL.____, E.ZM.____, E.ZN.____, E.ZO.____, E.ZP.____, E.ZQ.____, E.ZR.____, E.ZS.____, E.ZT.____, E.ZU.____, E.ZV.____, E.ZW.____, E.ZX.____, E.ZY.____, E.ZZ.____), l'exclusivité concédée ne tombe *a priori* pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, pour autant qu'il n'existe toutefois pas d'autres éléments permettant de déterminer que les éditeurs/diffuseurs concernés ont, durant la période de l'enquête, interdit à leurs partenaires de distribution actifs hors du territoire suisse de répondre à des demandes de détaillants suisses, ce qui sera examiné ci-après.

ce territoire. Il sied d'examiner toutefois si la recourante apporte des éléments à même de l'affaiblir.

9.3 Il y a dès lors lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer, ou à l'inverse d'infirmer, que les 56 partenaires de distribution pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a pu être démontrée ont, durant la période considérée, interdit à leurs partenaires de distribution actifs en dehors du territoire suisse – de manière directe ou indirecte – de répondre à des commandes non sollicitées émanant du territoire suisse.

9.3.1 A cet égard, l'autorité inférieure a relevé notamment que de nombreux diffuseurs-distributeurs avaient indiqué au cours de l'enquête que le régime d'exclusivité était indispensable pour garantir le droit de retour. Elle y voit une contradiction avec l'affirmation de ces mêmes diffuseurs-distributeurs selon laquelle les détaillants suisses ont toujours été en mesure de s'approvisionner où bon leur semblait. En effet, soit le régime d'exclusivité n'exclut pas les ventes passives et le droit de retour doit être agencé en conséquence pour éviter des comportements opportunistes, soit il exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque de tels comportements.

La recourante conteste avoir fait valoir que l'exclusivité avait pour but de permettre le fonctionnement du droit de retour. Elle relève, par ailleurs, qu'une simple contradiction dans l'argumentation ne saurait constituer une preuve de la restriction des ventes passives. Elle soutient qu'il existe plusieurs solutions pour résoudre les difficultés liées au droit de retour. La première consisterait à cesser d'offrir ce droit, ce qu'elle ne souhaite pas ; la deuxième consisterait à demander à un détaillant de se fournir soit auprès du diffuseur suisse, soit auprès du diffuseur français, mais pas auprès des deux simultanément ; la troisième consisterait à mettre en œuvre des solutions techniques telles que le marquage ou l'étiquetage des ouvrages, des conventions sur taux de retour ou le suivi du taux. Ces solutions ne seraient toutefois pas infaillibles et reposeraient sur une relation de confiance.

En l'espèce, la recourante ne prétend toutefois pas que des mesures spéciales auraient été mises en place afin d'exercer un contrôle des retours par rapport aux flux « aller » durant la période de référence, à savoir entre 2005 et 2011. Tel que l'affirme la recourante, une solution pour garantir le droit de retour serait de permettre aux détaillants de choisir entre un approvisionnement en Suisse ou un approvisionnement en France. Or, tout laisse à penser, au contraire, que c'est la recourante elle-même qui a opéré

un tel choix : en bénéficiant d'un régime d'exclusivité pour le territoire suisse, elle s'est assurée que les ouvrages retournés par les détaillants suisses avaient transité par elle lors du flux « aller ». Il existe donc un indice selon lequel le bon exercice du droit de retour avait pour corollaire l'existence d'un système de distribution excluant les ventes passives depuis la France pour les fonds des éditeurs et/ou diffuseurs dont la recourante assure la diffusion et/ou la distribution en Suisse, ceci pour l'ensemble des 56 partenaires de distribution pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a pu être démontré.

9.3.2 L'autorité inférieure fournit encore un autre élément quant à la portée du système de distribution de la recourante, à savoir le passage d'un procès-verbal daté du 25 mai 2005 d'une réunion des diffuseurs au sein de l'ASDEL tenue le 11 mai 2005, à laquelle a assisté notamment la recourante. Sa teneur est la suivante :

« [Servidis] a récemment rencontré [Payot]. [Cette dernière] souhaite obtenir l'autorisation du distributeur concerné d'aller s'approvisionner en France lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai.

A la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document » (cf. acte 547f, page 4).

9.3.2.1 Se fondant sur les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs suisses et de Payot à la fin de l'année 2012, l'autorité inférieure soutient qu'il ne fait aucun doute que l'objet de la discussion était en relation directe avec la possibilité d'effectuer des importations parallèles de manière généralisée. L'autorité inférieure considère en effet que, même si l'objet de la demande de Payot ne visait que les situations de rupture de stock, les diffuseurs-distributeurs percevaient cette démarche comme un danger pour leur système de distribution respectif, raison pour laquelle dite demande aurait été abordée au cours de l'assemblée des diffuseurs au sein de l'ASDEL et a donné lieu à un tour de table. Selon l'autorité inférieure, les diffuseurs-distributeurs se seraient dès lors entretenus sur le danger des importations parallèles, ce qui a renforcé la capacité de leurs systèmes de distribution respectifs à exclure toute vente passive. Elle relève encore que ceux-là ont communiqué mutuellement, à diverses reprises, sur les dangers de voir certains détaillants, en particulier les plus importants, augmenter la pression sur les régimes d'exclusivité. Elle se réfère à cet égard à un autre procès-verbal d'une réunion de l'ASDEL du 12 mars 2007 (cf. acte 547f, page 11 s.).

S'agissant de la séance du 12 mars 2007, la recourante indique qu'aucun de ses représentants n'y était présent ; les discussions qui s'y sont tenues ne pourraient dès lors lui être opposées. Concernant la séance du 11 mai 2005, elle estime ne pas être concernée par la demande faite par Payot et avoir uniquement été informée que Servidis entendait s'opposer à dite demande. Elle considère en outre que les propos de Servidis ne lui seraient pas opposables et que sa situation n'était pas comparable à la sienne.

9.3.2.2 La teneur du passage en cause est pour le moins équivoque. Entendus à ce sujet par l'autorité inférieure à la fin de l'année 2012, les diffuseurs-distributeurs présents lors de dite séance ont pour la plupart indiqué (s'agissant de la recourante, cf. acte 901 ligne 373), tout comme Payot (cf. acte 913 ligne 142), que le « document » auquel il est fait référence dans le procès-verbal n'a jamais existé, ce qui permet de douter de la précision avec laquelle les propos tenus y ont été retranscrits et, partant, affaiblit la valeur probante de dite pièce. Ceux-là ont en outre tous déclaré avoir peu de souvenirs de ce point précis du procès-verbal (s'agissant de la recourante, cf. acte 901 lignes 357 ss).

Néanmoins, Diffulivre a relaté les propos de son représentant à dite séance comme suit : *« cela était relativement flou dans sa tête [...] Il ne se souvenait pas exactement de ce qu'il s'était passé [...]. Il m'a dit : oui effectivement nous avons eu un tour de table sur les importations parallèles mais nous ne sommes pas tombés d'accord [...] »* (cf. acte 902 lignes 362 ss).

Entendue par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012, Servidis a indiqué qu'à la lecture de la proposition du secrétariat, elle ne se souvenait plus de l'affaire ; elle a toutefois supposé que, si on la citait, c'est qu'elle devait avoir tenu ces propos (cf. acte 914 lignes 435 ss). Ce nonobstant, elle a précisé avoir déclaré lors de dite assemblée que Payot souhaitait pouvoir s'approvisionner en France pour les ouvrages en rupture de stock. Or, elle considère que si Payot se servait en France pour une partie de la production, elle pouvait très bien se servir en France pour l'intégralité de la production (cf. acte 914 lignes 451 ss), si bien que Servidis aurait déclaré lors de la séance de l'ASDEL que, dans ce cas, elle n'existerait plus (cf. acte 914 lignes 454 s.). Elle a ajouté que les diffuseurs-distributeurs n'avaient pas le pouvoir d'empêcher les détaillants de se servir en France (cf. acte 914 lignes 414 s.).

Interrogé le même jour sur ce point par l'autorité inférieure, Payot a exposé que dite requête – également adressée à Diffulivre, Gallimard et Interforum

– consistait à trouver avec les diffuseurs-distributeurs un « système parallèle » pour les titres en rupture de stock, de « manière à ramener le délai [de livraison] à quelque chose d'acceptable et raisonnable » (cf. acte 913 lignes 148 ss). Ledit délai, en général supérieur à deux semaines, était lié aux ruptures de charge entre le moment où Payot commandait l'ouvrage et le moment où elle le recevait. Ces ruptures étaient dues, selon Payot, au fait qu'en général, le diffuseur suisse ne passait pas tous les jours une commande en France et qu'il n'allait pas non plus relever la marchandise tous les jours (cf. acte 913 lignes 166 ss). La demande de Payot tendait ainsi à obtenir un accord de principe quant à la mise en place d'un circuit visant à éviter les ruptures de charge. Elle déplore qu'aucun diffuseur-distributeur n'ait pris en compte ses besoins (cf. acte 913 ligne 152).

9.3.2.3 Il y a tout d'abord lieu de relever que la valeur probante des déclarations reportées ci-dessus doit être relativisée en raison des sept années écoulées depuis les faits, les diffuseurs-distributeurs ayant eux-mêmes indiqué avoir de vagues souvenirs de cette affaire. Quoi qu'il en soit, il paraît peu vraisemblable que la demande de Payot ait porté uniquement sur une autorisation de s'approvisionner en France pour les cas où des titres seraient en rupture de stock auprès des diffuseurs suisses : les librairies interrogées dans le cadre de la procédure ont quasi toutes relevé qu'un des principaux inconvénients à se fournir en France résidait dans des délais de livraison très longs (cf. notamment acte 909 ligne 375). Or, on peine à voir comment un approvisionnement par la France pourrait représenter une solution alternative lorsqu'une commande en Suisse ne peut pas être honorée dans un certain délai. A cet égard, Servidis a indiqué lors de son audition qu'en cas de rupture de stock sur les titres importants, les ouvrages sont déjà commandés, si bien que le délai de livraison oscille entre un et trois jours. Pour les autres titres, le délai peut s'étendre de dix à quinze jours (cf. acte 914 lignes 446 ss).

Néanmoins, il y a lieu de noter qu'au cours de son audition, Servidis a fait part de son inquiétude face à une ouverture de la distribution pour les titres en rupture de stock, craignant ainsi une généralisation de l'approvisionnement de Payot en France et a ajouté ne pas pouvoir l'empêcher de se servir en France (cf. acte 914 lignes 451 ss). De même, Diffulivre a rapporté que le tour de table lors de la séance de l'ASDEL avait porté sur la question des importations parallèles (cf. acte 902 lignes 362 ss). Or, attendu que la tenue de tels propos ne sert pas les intérêts des diffuseurs-distributeurs, il convient de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, comme l'a relevé l'autorité inférieure, un passage du procès-verbal de la réunion des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL

du 12 mars 2007 indique que la question des importations parallèles avait été abordée : « [l]es diffuseurs ont appris que la [FNAC] avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir s'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les ponts et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la [FNAC] a toujours la possibilité de passer par la plateforme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches et prendront au besoin des dispositions appropriées » (cf. acte 547f, page 12). Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la problématique des importations parallèles a, d'une manière ou d'une autre, été évoquée entre les diffuseurs-distributeurs, autant lors de l'assemblée des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL en 2005 qu'en 2007, ce qui constitue un indice en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives imposée par la recourante à ses partenaires de distribution actifs sur d'autres territoires pour l'ensemble des 56 relations commerciales pour lesquelles un accord en matière de concurrence a pu être démontré.

9.3.3 Sur le vu de ce qui précède, il ressort que l'exercice du droit de retour et les discussions en 2005, auxquelles a participé la recourante, entre les diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL constituent un indice supplémentaire de l'existence d'une interdiction des ventes passives.

S'agissant des 25 éditeurs dont le contrat contient l'engagement de prendre toutes mesures pour assurer l'exclusivité octroyée à la recourante (cf. supra consid. 9.2.6), ces indices renforcent la présomption de fait que ledit engagement avait pour objet l'interdiction des ventes – tant actives que passives – par d'autres fournisseurs agréés, actifs hors du territoire suisse et n'appartenant pas au groupe MP. La recourante n'apporte jusque-là aucun élément propre à affaiblir la conviction du tribunal sur ce point.

Quant aux 31 éditeurs/diffuseurs dont le contrat ne contient pas explicitement ledit engagement (cf. supra consid. 9.2.6), ces indices ne suffisent pas à eux seuls à emporter la conviction du tribunal que ces accords ont conduit à l'interdiction des ventes passives.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de poursuivre l'analyse afin de déterminer si lesdits accords ont, dans les faits, conduit à l'interdiction des ventes passives des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.4 Prise en compte des effets des accords

9.4.1 L'autorité inférieure soutient que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs suisses, fondés sur des régimes d'exclusivité, ont dans les faits incontestablement visé l'interdiction des ventes passives. Elle indique en effet que, malgré la volonté d'opérer des importations parallèles, aucun détaillant situé sur le territoire suisse n'a été en mesure d'y procéder dans un volume conséquent durant la période sous investigation. Pour plusieurs d'entre eux, dont la FNAC et Payot, ce seraient les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui seraient la cause de leur échec à importer parallèlement les ouvrages de l'ensemble des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête. Seule B.A._____ serait parvenue à procéder à des importations parallèles, grâce à la mise en place du système B.B._____, lequel repose sur des partenariats – secrets tant pour les diffuseurs-distributeurs en France qu'en Suisse – avec des détaillants en France. Pour B.A._____, la mise en place d'un tel procédé aurait été commandée par les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Selon l'autorité inférieure, l'exemple de B.A._____ serait la preuve par les faits que, durant la période concernée, un différentiel de prix important a existé. En outre, les tables de conversion de tous les diffuseurs-distributeurs contiendraient, dans tous les cas, une majoration par rapport au taux de change. Aussi, elle considère que des possibilités d'arbitrage significatives ont existé durant toute la période de l'enquête, tant au niveau des prix que des services ou de la qualité.

9.4.2 La recourante fait valoir en premier lieu que l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique qu'aux contrats de distribution ayant pour objet d'exclure les ventes passives sur le territoire attribué par d'autres fournisseurs agréés. Ainsi, il ne pourrait être pris en compte, au stade de la prémisse de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, des effets de l'accord sur le marché – ceux-ci devant être analysés lors du renversement de celle-là. Elle expose que le seul fait que des ventes passives puissent être effectuées par d'autres distributeurs suffit à exclure l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart ; il ne s'agit à ce stade pas de démontrer que des importations parallèles ont effectivement eu lieu. Elle précise que l'exclusion des ventes passives peut être directe, mais également indirecte, dans ce cas l'accord doit produire des effets correspondant à une exclusion directe. En l'espèce, elle soutient que les contrats incriminés ne contiennent aucune clause qui s'apparente à une exclusion directe ou indirecte des ventes passives. De même, il ne peut pas être déduit de l'exclusivité concédée une restriction des ventes passives. Elle fait par

conséquent valoir que les contrats ne sont pas présumés exclure les ventes passives. S'agissant de l'exemple de B.A. _____, elle estime que cet état de fait ne lui est pas opposable dès lors que ce détaillant ne fait pas partie de sa clientèle et qu'elle n'est pas citée par B.A. _____ lors de son audition. De même, elle conteste l'analyse de l'autorité inférieure s'agissant des effets que les clauses litigieuses auraient produits, l'état de fait retenu par l'autorité inférieure étant inexact et incomplet. Elle conteste en particulier le différentiel de prix de 30 à 40 % entre la France et la Suisse retenu dans la décision attaquée, celui-ci se situant, selon la recourante, entre [environ 5] et [environ 10] % en tenant compte de la remise accordée aux détaillants. Elle estime dès lors que cette différence de prix n'a pas suffi à susciter des importations parallèles.

9.4.3 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace. S'agissant des contrats de distribution attribuant des territoires, la concurrence efficace est présumée supprimée lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. Il ressort du texte même de l'art. 5 al. 4 LCart que la réalisation de la présomption suppose l'existence d'un accord qui interdit les ventes passives (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2 ; PETER REINERT, in: Stämpfli's Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 5 p. 70 n° 33 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 n° 557). Seul le contenu de l'accord en question est déterminant ; la preuve des effets concrets de l'entente sur la concurrence n'est pas nécessaire à l'application de la présomption (cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 5.4.2 ; arrêt du TAF B-420/2008 du 1^{er} juin 2010 *Implenia* consid. 7). Les effets de l'accord, respectivement l'existence d'une éventuelle concurrence résiduelle, ne sont en effet pas déjà à examiner au stade de la présomption, mais seulement dans le cadre du renversement de celle-ci (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 3.3.14.2 et 8.1.2). Aussi, le seul fait que l'accord n'empêche pas les ventes passives suffit pour que la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas à celui-ci. Cette règle correspond à la réglementation européenne (art. 4/b 1^{er} tiret du règlement d'exemption par catégorie). Les entreprises participantes n'ont dès lors pas à établir que des importations parallèles ont effectivement eu lieu, car ce point n'est pas pertinent à ce stade de l'analyse. Le contraire ferait dépendre l'application de l'art. 5 al. 4 à un comportement étranger à celui des entreprises participantes, ce qui n'est pas acceptable (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 568 n° 609 ; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., n° 71 ; cf. également Deiss BO 2003 E 331 et Schiesser BO 2003 E 329 s.).

Comme exposé ci-dessus, la procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. supra consid. 6.4). Partant, les effets constatés, durant la période sous investigation, sur le marché – en particulier les défauts d'importations parallèles significatives des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante – peuvent néanmoins constituer un indice en faveur d'une exclusion des ventes passives et, à ce titre, être pris en considération déjà au stade de l'établissement de la présomption. Ceux-là ne suffisent toutefois pas à eux seuls à entraîner l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. En effet, un accord, qui aurait pour effet d'entraîner une suppression de la concurrence efficace, mais qui ne réaliserait pas les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, serait saisi par l'art. 5 al. 1 LCart (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 488 s. n° 223).

Par ailleurs, il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral, dans son arrêt *Sammelrevers*, a – dans le cadre de l'examen des conditions d'application de la présomption – non seulement discuté de l'accord en question mais également de la mise en œuvre et de la portée de celui-ci au regard du droit de la concurrence (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.5, 6.5 2 ss et 7 ss). Le Tribunal administratif fédéral, dans son arrêt *Implenia*, a de même ajouté que des éléments de fait, se rapportant aux effets de l'entente, pourraient aussi être pertinents en cas de doute quant à l'existence d'un accord en matière de concurrence (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7).

Enfin, l'art. 4/b 1^{er} tiret du règlement d'exemption, dont s'inspire l'art. 5 al. 4 LCart, prévoit que ne sont pas exemptés les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont notamment pour objet la restriction concernant le territoire dans lequel l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels. Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'art. 101 par. 1 TFUE, lequel prévoit que les ententes ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché commun sont interdites. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'art. 101 par. 3 TFUE, raison pour laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'art. 101 par. 3 TFUE dans un cas donné (ch. 47 des lignes directrices).

Qualifier un accord ou une pratique de restrictif à la concurrence par son objet équivaut en effet à une sorte de présomption, puisque, si cette nature restrictive est établie, il ne sera pas nécessaire de rechercher quels sont les effets de l'accord ou de la pratique en question sur la concurrence (cf. arrêt de la CJUE du 14 mars 2013 C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító contre Gazdasági Versenyhivatal*, point 43). Un tel accord est présumé susceptible d'avoir des effets négatifs sur le marché et constitue *per se* une infraction à l'art. 101 par. 1 TFUE (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 88). Certains auteurs estiment toutefois que, même dans le cadre de restrictions à la concurrence par objet, une certaine forme d'analyse des effets de l'entente s'impose. Le caractère sensible de la restriction implique de définir le marché pertinent et, dès lors, une certaine forme d'analyse des effets économiques pro- et anticoncurrentiels de l'entente sur ledit marché (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 275). De même, un accord échappe à la prohibition de l'art. 101 par. 1 TFUE lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante (cf. arrêts de la CJCE du 28 avril 1998 C-306/96 *Javico contre Yves Saint Laurent Parfums*, Rec. 1998 I-1983 point 17, du 25 novembre 1971 C-22/71 *Béguelin Import contre G.L. Import Export*, Rec. 1971 949 point 16, et du 9 juillet 1969 C-5/69 *Voelk contre Vervaecke*, Rec. 1969 295 point 7).

Dès lors que le droit européen – qui, contrairement au droit suisse, ne cherche pas à interdire les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social des accords (principe de l'abus), mais des accords en soi (principe de l'interdiction) (cf. arrêts du TAF B-8430/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Koch* consid. 7.1.3 et B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.3) – n'exclut pas de prendre en compte les effets sur la concurrence pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre celle-ci, le recours aux effets constatés sur le marché est a fortiori admis au stade de l'établissement des prémisses de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

La prise en compte des effets de l'accord au stade de l'application de l'art. 5 al. 4 LCart ne dispense pas – le cas échéant – l'autorité d'examiner ultérieurement si la présomption est ou non renversée.

Il convient dès lors d'examiner plus avant ces effets.

9.5 Possibilités d'arbitrage

La première étape de l'analyse des effets de l'accord consiste en l'examen des possibilités d'arbitrage. La recourante nie que de telles possibilités

eussent existé en raison du faible différentiel de prix entre la Suisse et la France pour les ouvrages qu'elle diffuse et distribue. A ce stade, il s'agit uniquement de déterminer si des possibilités d'arbitrage ont existé. Dans un deuxième temps, il s'agira d'établir si des importations ont eu lieu ou si elles auraient pu être effectuées. Ce n'est que dans un dernier temps – s'il est avéré que des importations n'étaient pas possibles – qu'il s'agira d'examiner la raison pour laquelle dites importations n'ont pas été entreprises.

Dans le cadre de l'enquête, le secrétariat a en particulier envoyé deux questionnaires à des détaillants actifs en Suisse romande, le premier le 19 décembre 2008 (cf. acte 88 ss) et le second le 2 mars 2011 (cf. acte 343). Il a également adressé un questionnaire, en date du 31 octobre 2008, aux 13 diffuseurs-distributeurs suisses (cf. acte 63). L'autorité inférieure a procédé à l'audition de quatre détaillants, à savoir B.A. _____ (cf. acte 911), la librairie A. _____ (cf. acte 909), FNAC (cf. acte 906) et Payot (cf. acte 913), dans la mesure où la plupart des diffuseurs-distributeurs ont affirmé que ceux-ci avaient procédé à des importations en raison des possibilités d'arbitrage existantes.

Il convient en premier lieu de préciser que les importations de titres non diffusés/distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations parallèles, dès lors que ces titres ne connaissent justement pas de diffusion/distribution en Suisse ; un approvisionnement depuis la France constitue ainsi le seul moyen de les obtenir.

Les réponses aux questionnaires ne sont examinées que dans la mesure où elles contiennent des indications concrètes sur le comportement déterminé et revêtent une valeur probante (cf. arrêts B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.8.4 et B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.3.19). S'agissant en particulier du questionnaire du 2 mars 2011, le secrétariat a demandé aux revendeurs, sous forme de questions à choix multiples, s'ils avaient déjà essayé d'obtenir un livre appartenant au catalogue de l'un des diffuseurs-distributeurs établis en Suisse sans passer par le diffuseur-distributeur disposant du titre dans son catalogue, le cas échéant, à combien de reprises et s'ils y étaient parvenus. Parmi les détaillants qui ont répondu à ces questions, seuls ceux ayant déclaré (dans le cadre du questionnaire du 9 décembre 2008) s'approvisionner en livres francophones notamment auprès de la recourante sont pris en compte dans l'examen ci-après.

Il y a lieu de relever que, à la question – contenue dans le questionnaire de décembre 2008 – de savoir s’il existait d’autres solutions d’approvisionnement en livres écrits en français, sans passer par l’intermédiaire des diffuseurs-distributeurs et, le cas échéant, de détailler les avantages et inconvénients de ces solutions alternatives, ainsi que leurs coûts, parmi les 47 détaillants ayant répondu à cette question et se fournissant en livres francophones notamment auprès de la recourante – et non pas 68 comme l’a soutenu la recourante durant sa plaidoirie du 29 octobre 2019 –, 14 ont répondu notamment qu’il n’était pas possible de se fournir à l’étranger en raison des inconvénients que représente un tel approvisionnement et 19 ont indiqué qu’il existait d’autres sources d’approvisionnement à l’étranger, tout en exposant les inconvénients de se fournir hors de Suisse.

Les inconvénients suivants ont été mentionnés : délais de livraison plus longs, frais de port élevés, frais de douane, tarif administratif pour le traitement de la TVA, frais bancaires, factures *pro forma*, formalités administratives compliquées, remises accordées plus basses, livres abîmés durant le transport, problèmes douaniers occasionnels, absence de droit de retour ou à des conditions moins avantageuses en cas de renvoi des livres, difficultés à trouver et à communiquer avec les éditeurs, davantage de travail dû à la collaboration avec chaque entité individuelle plutôt qu’avec un seul partenaire.

Quant aux avantages à se fournir à l’étranger, ces mêmes détaillants ont indiqué qu’ils bénéficieraient d’un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l’étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu’en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Quelques libraires ont également reconnu que l’approvisionnement à l’étranger permettait, le cas échéant, d’obtenir un livre qui n’était plus en stock en Suisse.

Enfin, plusieurs revendeurs ont souligné l’importance et la qualité du service du réseau de diffusion-distribution suisse, en particulier pour les libraires indépendants. La Librairie A. _____ a indiqué que, même si certains diffuseurs avaient des tabelles trop élevées, ceux-ci rendaient aux libraires un service inestimable, leur permettant d’être performants (cf. acte 442). A la question de savoir si elle avait entrepris des démarches pour ouvrir un compte à l’étranger, la responsable de dite librairie a répondu par la négative. Elle a indiqué ne pas avoir envie de faire ces démarches, qu’elle s’était renseignée et qu’elle s’était aperçue que, pour

les libraires indépendants, ce serait plus cher et moins bien. Elle a mentionné que la diffusion-distribution suisse était pour le moment « extrêmement performante ». Elle dit craindre de ne pas arriver, en passant par la France, à avoir des livres aussi rapidement qu'en Suisse. Elle insiste enfin sur le fait que ce n'est pas qu'elle ne veut pas se servir en France, mais qu'actuellement, ce serait pour les libraires indépendants plus cher et plus long (cf. acte 909).

La FNAC a relevé que les informations données mensuellement par les représentants suisses étaient capitales pour coller aux exigences du marché suisse. Or, un approvisionnement en France entraînerait inévitablement la disparition des structures suisses et des compétences inhérentes (cf. acte 254). Trois librairies, dont Payot, entre autres raisons, ont déclaré ne pas vouloir s'approvisionner à l'étranger pour des motifs écologiques et éthiques. Celle-ci a indiqué qu'elle finançait, avec la FNAC, l'équilibre économique de la distribution locale – dont bénéficient tous les petits et moyens détaillants – en confiant aux diffuseurs-distributeurs suisses l'ensemble de ses approvisionnements. Aussi, elle considère que sa position de leader lui impose de ne pas mettre en péril, pour son seul profit, le système actuel (cf. acte 129).

Il ressort des réponses fournies que les inconvénients de se fournir en France se font particulièrement sentir chez les librairies indépendantes. Aussi, il y a lieu de distinguer lors de l'examen des possibilités d'arbitrage les détaillants les plus importants en Suisse – à savoir Payot et la FNAC – des petits et moyens détaillants.

9.5.1 Tout d'abord, il y a lieu de relever que, durant la période visée par l'enquête, les prix pratiqués sur le marché « wholesale » français étaient inférieurs à ceux appliqués par les diffuseurs-distributeurs suisses. Comme l'a exposé l'autorité inférieure (cf. ch. 571 de la décision attaquée), ce que Payot a confirmé lors de son audition (cf. acte 913 lignes 662-672), la détermination des prix au niveau « wholesale » en Suisse repose sur un système de tables de conversion établies, par chaque diffuseur-distributeur suisse, à partir du prix d'origine en euros. Bien qu'elles ne soient pas identiques, ces tables contiennent toutes une majoration par rapport au taux de change. Celle-ci a pour corollaire une remise négociée pour chaque détaillant avec chaque diffuseur-distributeur, laquelle est plus élevée en Suisse qu'en France. Chaque diffuseur-distributeur agit de manière totalement indépendante sur ce point ; il n'y a pas d'entente entre les uns et les autres sur la fixation de leurs prix (cf. ch. 571 de la décision attaquée). Malgré les remises, les prix de référence suisses restent

supérieurs aux prix d'achat français, ce qu'a relevé également Payot au cours de son audition :

« Imaginons un livre à 100 en prix de vente français [indice] avec la table de d'aujourd'hui on le retrouve à [...] 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 [...]. Donc, ils vont acheter ledit bouquin à [...]. Le même libraire suisse de qualité va avoir une remise supérieure, c'est exact, probablement [...] % de remise [...] % sur [...], ça donne un prix d'achat à [...]. C'est-à-dire que c'est 38 % de plus que le prix qu'une même chaîne française peut acquérir. Et c'est exactement ce qui est en train de se passer pour la FNAC qui [...] s'approvisionnait en Suisse et [...] s'approvisionne maintenant en France. Donc elle a accès à des prix d'achat qui vont jusqu'à 40 % moins chers que ceux auxquels elle avait accès auparavant. Ce qui veut dire qu'elle a maintenant la totale liberté soit de développer des profits significatifs localement, qui est quand-même une distorsion de concurrence qui lui permet de mieux vivre, soit de jouer sur les prix de vente puisqu'il y a une totale liberté de jouer sur les prix de vente » (cf. acte 913 lignes 662-678).

Ce différentiel de prix au niveau « wholesale » entre la Suisse et la France est également établi par le système mis en place par B.A. _____ durant la période visée par l'enquête. Pour être en mesure de profiter des conditions d'achat en France, le système mis en place par B.A. _____ prévoit des achats par l'intermédiaire de libraires situés en France, afin de fournir les points de vente de B.A. _____ en Suisse (cf. acte 838). Ce système démontre par-là même que, durant la période de l'enquête, le potentiel d'arbitrage au niveau du prix l'a emporté sur celui des services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses. Il importe peu, à ce stade, de savoir si B.A. _____ a tenté de s'approvisionner directement auprès du groupe MP, en tant que le marché de référence ne couvre pas uniquement les ouvrages diffusés-distribués par la recourante en Suisse.

Ensuite, on peut raisonnablement partir de l'idée que les volumes d'achat que Payot et FNAC auraient hypothétiquement pu générer en recourant aux importations parallèles (volume d'importation hypothétique) auraient été proportionnels aux volumes de ventes réalisées par ces deux détaillants en Suisse. Ainsi, Payot, qui détient [...] % des parts de marché « retail » suisse du livre écrit en français (cf. acte 913 ligne 95), aurait pu réaliser environ [...] des importations de livres francophones en provenance de France. Avec ses [...] % de parts de marché (cf. acte 906 lignes 15-22), la FNAC aurait pu réaliser [...] desdites importations.

L'importation de marchandises se caractérise en particulier par des économies d'échelle en relation avec le transport et le dédouanement ; une augmentation du volume d'importation entraîne ainsi une réduction des

coûts moyens y relatifs. Le volume d'importation hypothétique de Payot excédant même le volume d'importation du plus grand diffuseur-distributeur de livres écrits en français actif en Suisse (cf. ch. 606 de la décision attaquée ; [...] % de parts de marché pour Diffulivre entre 2009 et 2011), celle-ci aurait pu comparativement, en cas d'importations parallèles, profiter d'économies d'échelle. Toutefois, dans le cadre de son audition, Payot a estimé les coûts des importations parallèles à 10 % du prix de l'ouvrage concerné (cf. acte 913 ligne 923).

Quant à la FNAC, avec un volume d'importation hypothétique d'environ [...] %, elle aurait bénéficié d'économies d'échelle un peu moins fortes que celles auxquelles Payot aurait pu prétendre. A titre comparatif, le volume d'importation hypothétique de la FNAC correspond environ au volume d'importation de Servidis (cf. ch. 606 de la décision attaquée ; [...] % de parts de marché entre 2009 et 2011) – troisième plus gros diffuseur-distributeur de la branche actif en Suisse après Interforum (cf. ch. 606 de la décision attaquée ; [...] % de parts de marché entre 2009 et 2011). En tant que la FNAC est une filiale d'un groupe français, l'exploitation d'un centre de distribution en France aurait vraisemblablement été plus simple pour elle que pour Payot. Aussi, on ne saurait en conclure qu'un approvisionnement en France aurait occasionné pour la FNAC des coûts d'importation supérieurs à ceux avancés par Payot.

Il s'ensuit que, en dessous d'un différentiel de prix au niveau « wholesale » entre la Suisse et la France de l'ordre de 10 %, il n'est pas possible d'établir avec certitude que les frais d'importations n'auraient pas excéder ledit différentiel de prix. Partant, le tribunal, procédant par appréciation anticipée des preuves, renonce à la mise en œuvre d'une expertise visant à établir le coût des importations depuis la France. Il y a dès lors lieu de rejeter les réquisitions de preuves en ce sens.

9.5.2 En prenant l'exemple de Payot, il peut être relevé que celle-ci a indiqué en substance, dans sa réponse à la demande d'informations dans le cadre de l'ouverture de l'enquête préalable en 2007, que, conformément à la moyenne des tabelles constatée en Suisse romande, le prix public suisse était d'environ 30 % plus élevé que le prix régulé en France (cf. acte 22, page 5). La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir renoncé à calculer et à individualiser une différence de prix pour chaque diffuseur-distributeur. Elle estime cette dernière, s'agissant des ouvrages qu'elle diffuse et/ou distribue, entre [environ 5] % pour un taux de remise de [...] %, et [environ 10] % pour un taux de remise de seulement [...] %.

Dans ce contexte, il sied de déterminer au plus près le niveau des prix « wholesale » français et suisse, en vue d'établir d'abord si lesdits détaillants auraient eu concrètement un intérêt à procéder à des importations parallèles.

S'agissant de la recourante, elle a produit – à l'appui de ses déterminations sur la proposition de décision du 14 août 2012 – les tabelles qu'elle a appliquées entre le 1^{er} juillet 2007 et le 31 décembre 2011 (celle du 1^{er} octobre 2011 étant encore en vigueur à ce jour-là ; cf. acte 691, annexes 8 à 12). Cela précisé, au regard des tabelles fournies et du cours du taux de change entre l'euro et le franc suisse durant la période de référence (cf. statistiques du cours des devises de la Banque Nationale Suisse [ci-après : BNS], cf. < [https://data.snb.ch/fr/topics/ziredev#!/cube/devkum?fromDate=2004-03&toDate=2011-12&dimSel=D0\(M0\),D1\(EUR1\)>](https://data.snb.ch/fr/topics/ziredev#!/cube/devkum?fromDate=2004-03&toDate=2011-12&dimSel=D0(M0),D1(EUR1)>), consulté le 30 octobre 2019), il peut être retenu que la recourante a appliqué, entre juillet 2007 et août 2009, un prix public au niveau « retail » en Suisse de [...] % en moyenne plus cher qu'en France s'agissant des livres dont la fourchette du prix public français s'élève jusqu'à 40 euros, soit en ce qui concerne la catégorie de livres la plus représentative en termes de vente sur le marché français (tabelle du 1^{er} juillet 2007 [cf. acte 691, annexe 8]). Entre septembre 2009 et juillet 2010, le prix public au niveau « retail » en Suisse était de [...] % en moyenne plus cher que son équivalent en France (tabelle du 1^{er} septembre 2009 [cf. acte 691, annexe 9]), entre août 2010 et décembre 2010, de [...] % en moyenne plus cher (tabelle du 1^{er} août 2010 [cf. acte 691, annexe 10]), entre janvier 2011 et septembre 2011, de [...] % en moyenne plus cher (tabelle du 1^{er} janvier 2011 [cf. acte 691, annexe 11]) et, entre octobre 2011 et décembre 2011, de [...] % plus cher (tabelle du 1^{er} octobre 2011 [cf. acte 691, annexe 12]). Ces augmentations moyennes des prix en Suisse par rapport à la France durant la période où chaque tablelle a été appliquée se déterminent de la manière suivante. Il y a d'abord lieu d'établir un facteur de conversion moyen par tablelle fournie pour la catégorie de livres précités (tabelles du 1^{er} juillet 2007 : [...] ; du 1^{er} septembre 2009 : [...] ; du 1^{er} août 2010 : [...] ; du 1^{er} janvier 2011 : [...] ; du 1^{er} octobre 2011 : [...]). Ensuite, il est tenu compte des taux de change mensuels moyens entre l'euro et le franc suisse pour la période correspondante, conformément aux statistiques du cours des devises de la BNS. Les différences entre les facteurs de conversion moyens et les divers taux de change entre l'euro et le franc suisse, divisées par lesdits taux mensuels, représentent les augmentations mensuelles moyennes des prix en Suisse par rapport à la France pour les livres jusqu'à 40 euros. De l'ensemble des augmentations mensuelles durant la période de validité de chaque tablelle

résultent les augmentations moyennes de [...] % entre juillet 2007 et août 2009, de [...] % entre septembre 2009 et juillet 2010, de [...] % entre août 2010 et décembre 2010, de [...] % entre janvier 2011 et septembre 2011 et de [...] % entre octobre 2011 et décembre 2011.

Aussi, le niveau des prix sur le marché « wholesale » français aurait été, entre juillet 2007 et août 2009, [moins de 10] % inférieur à celui pratiqué en Suisse par la recourante. Il aurait été [plus de 10] % inférieur entre septembre 2009 et juillet 2010, [plus de 10] % inférieur entre août 2010 et décembre 2010, [plus de 10] % inférieur entre janvier 2011 et septembre 2011 et [moins de 10] % inférieur entre octobre 2011 et décembre 2011, compte tenu :

- d'un taux de remise accordé à un libraire français du niveau de Payot sur le prix de vente en France de 40 % selon les indications, dans le cadre de la demande d'informations précitée, de Payot (cf. acte 21, page 5) et des allégations de la recourante (cf. ch. 117 du mémoire de recours), qui fait état d'une remise moyenne de [...] % pour l'ensemble des librairies en France ;
- d'un taux de remise de base accordé au libraire suisse Payot sur le prix de vente tabellisé en Suisse de maximum [...] % selon les allégations de la recourante (cf. ch. 118 du mémoire de recours) – qui fait état d'une remise moyenne de [...] % pour l'ensemble des librairies en Suisse – nonobstant le chiffre inférieur avancé par Payot de [...] % (cf. acte 21, page 5) ;
- ainsi que du retrait de la TVA française à 5.5 % du prix payé après déduction de la remise accordée en France et de l'ajout de la TVA suisse à 2.5 % (à savoir le taux déterminant de TVA le plus élevé durant la période de référence, celui-ci étant passé de 2.4 % jusqu'à fin 2010 à 2.5 % dès début 2011) sur le prix d'achat français hors TVA.

Ce montant se calcule comme suit. Après déduction de la remise de 40 % et de la TVA française ainsi que de l'ajout de la TVA suisse, Payot aurait payé, au regard du marché « wholesale » français, 58.3 % du prix public français ($(100 \% - 40 \%) / 1.055 \times 1.025$). Sur le marché « wholesale » suisse, ladite librairie n'a certes payé que [...] % du prix public recommandé en Suisse par la recourante, après déduction de la remise (plus élevée) de [...] % ($100 \% - [\dots] \%$), alléguée par la recourante. Cela dit, le prix public suisse au niveau « retail » étant en moyenne respectivement de [...] % entre juillet 2007 et août 2009, de [...] %

entre septembre 2009 et juillet 2010, de [...] % entre août 2010 et décembre 2010, de [...] % entre janvier 2011 et septembre 2011, et de [...] % entre octobre 2011 et décembre 2011 plus élevé que celui en France pour la fourchette considérée, le prix « wholesale » à acquitter par les détaillants suisses à la recourante totalise néanmoins :

- entre juillet 2007 et août 2009, [...] % – soit [...] % de [...] % – du prix public français ;
- entre septembre 2009 et juillet 2010, [...] % – soit [...] % de [...] % – du prix public français ;
- entre août 2010 et décembre 2010, [...] % – soit [...] % de [...] % – du prix public français ;
- entre janvier 2011 et septembre 2011, [...] % – soit [...] % de [...] % – du prix public français ;
- et entre octobre 2011 et décembre 2011, [...] % – soit [...] % de [...] % – du prix public français.

Dans l'ensemble, le prix requis par la recourante au niveau « wholesale » est :

- entre juillet 2007 et août 2009, [moins de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ($\{ \dots \} \% - 58.3 \% / 58.3 \%$) ;
- entre septembre 2009 et juillet 2010, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ($\{ \dots \} \% - 58.3 \% / 58.3 \%$) ;
- entre août 2010 et décembre 2010, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ($\{ \dots \} \% - 58.3 \% / 58.3 \%$) ;
- entre janvier 2011 et septembre 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ($\{ \dots \} \% - 58.3 \% / 58.3 \%$) ;
- et entre octobre 2011 et décembre 2011, [moins de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ($\{ \dots \} \% - 58.3 \% / 58.3 \%$).

A noter qu'il est tenu compte du taux de remise de [...] % allégué par la recourante dans son mémoire de recours – et non pas du taux de [...] % fourni par Payot en début d'enquête – ainsi que du taux de TVA suisse le plus élevé pour l'entier de la période de l'enquête, dès lors qu'en tenant compte de ceux-ci, l'on parvient à un différentiel de prix entre la Suisse et la France au niveau « wholesale » inférieur à celui obtenu en prenant les taux moins élevés, ce qui est au bénéfice de la recourante. De même, les différents chiffres ayant été arrondis lors des différentes étapes du calcul, il peut subsister une différence de l'ordre de 0.1 % dans le résultat final. Dite différence n'a toutefois pas d'influence sur les conséquences juridiques qu'il y a lieu de tirer de l'existence d'un différentiel de prix de [...] à [...] % entre les prix « wholesale » français et suisse.

Le différentiel de prix de seulement [moins de 10] % ayant existé entre les marchés « wholesale » français et suisse entre juillet 2007 et août 2009 et celui de [moins de 10] % ayant existé entre octobre 2011 et décembre 2011 ont fortement diminué, sans toutefois les supprimer totalement, les possibilités d'arbitrage durant ces deux périodes. En revanche, les différentiels de prix de respectivement [plus de 10] %, [plus de 10] % et [plus de 10] % ayant existé entre septembre 2009 et septembre 2011 confirment que des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé durant cette période pour les ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

Quant à la période entre janvier 2005 et juin 2007, la recourante – à l'inverse d'autres diffuseurs-distributeurs sanctionnés – n'a pas produit de tabelles. Toutefois, dans ces différentes écritures, elle soutient que de telles possibilités n'ont pas non plus existé entre janvier 2005 et juin 2007. Dès lors que les éléments de preuve à même de démontrer dites allégations ne se trouvent que dans sa sphère d'influence, il lui appartenait de produire, conformément à son obligation de collaborer, les tabelles sur lesquelles elle se fonde pour prétendre que des possibilités d'arbitrage n'ont pas non plus existé entre janvier 2005 et juin 2007.

Dès lors qu'il peut être retenu que des possibilités d'arbitrage ont existé au moins durant une partie de la période de l'enquête, soit entre septembre 2009 et septembre 2011, elles suffisent en soi à ce stade de l'analyse. Il y aura toutefois lieu de tenir compte de l'absence de possibilités d'arbitrage entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, dans le calcul d'une éventuelle sanction.

9.5.3 Reste à déterminer si, pour les petits et moyens détaillants, il existait, durant la période de l'enquête, des possibilités d'arbitrage par les prix ou par les services. Il ressort des réponses données dans le questionnaire envoyé aux détaillants en décembre 2008 que – parmi les détaillants s'étant fournis notamment auprès de la recourante – ces mêmes détaillants ont bénéficié d'un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l'étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu'en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Entendue par l'autorité inférieure, le 26 novembre 2012, la Présidente des libraires indépendants au sein de l'ASDEL et responsable de la librairie A._____, a expliqué s'approvisionner exclusivement en Suisse, ceci pour des raisons à la fois de commodité et économiques :

« [...] Si on le fait pas [ouvrir des comptes en France], c'est parce que pour nous, libraires indépendants, ça coûterait plus cher [...] » (cf. acte 909 lignes 122-123).

« [...] si j'ouvrais des comptes en France, [...] mon chiffre d'affaires serait absolument nul, je n'aurais certainement pas la remise que j'ai maintenant en Suisse romande » (cf. acte 909 lignes 132-135).

« Mais justement, peut-être que si nous, nous n'avons pas été plus loin dans la démarche, c'est parce que nous trouvons que pour nous, nous aimerions mieux rester dans un système qui marche très, très bien, qui fait ses preuves et qui pour nous est une aide à être performant » (cf. acte 909 lignes 347-350).

L'autorité inférieure a également entendu le responsable de l'enseigne B.A._____ en date du 26 novembre 2012 (cf. acte 911), laquelle comprenait [...] points de vente en Suisse romande (cf. acte 911 lignes 70-73). Par l'intermédiaire de différentes structures, il a poursuivi, en tant que détaillant suisse, une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution prévus pour la Suisse, précisant ceci :

« [B.A._____] s'approvisionne comme ça parce que, on l'a vu, c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions je dirais "normales" [...] » (cf. acte 911 ligne 186).

« Or à l'époque, l'euro valait à peu près 1.65/1.66, des diffuseurs qui exagèrent un petit peu étaient autour de 2.20/2.25 [...] » (cf. acte 911 lignes 47-48).

Ainsi, il ressort des réponses au questionnaire envoyé en décembre 2008 que, en cas d'approvisionnement à l'étranger, les petites et moyennes librairies doivent en particulier, en raison de leur faible volume d'achat, faire

face à des coûts fixes unitaires importants (frais de transport, frais de dédouanement, frais d'exploitation). Toutefois, même pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché « retail » en Suisse, l'exemple de B.A._____ souligne l'existence de possibilités d'arbitrage lorsque le différentiel de prix entre le taux de change effectif et les taux de conversion des tables était important. Ainsi, il ne peut être exclu que des possibilités d'arbitrage aient existé, y compris pour les petits et moyens détaillants, lesquels auraient éventuellement pu les renforcer en coordonnant – sans toutefois contrevenir à la loi sur les cartels – leurs importations. En revanche, il ne peut être retenu que des possibilités d'arbitrage ont existé pour les petits et moyens détaillants, lorsque celles-ci n'existaient pas pour Payot et la FNAC. Aussi, il y a lieu de retenir que des possibilités d'arbitrage ont été fortement diminuées pour les petits et moyens détaillants entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, à savoir lorsque le différentiel de prix entre le marché « wholesale » suisse et français était inférieur à 10 %.

9.5.4 Sur l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que, s'agissant de Payot et de la FNAC, des possibilités d'arbitrage par les prix ont existé durant une partie de la période visée par l'enquête. S'agissant des petits et moyens détaillants, des possibilités d'arbitrage par les prix ont également existé durant une partie de la période de l'enquête, dès lors que nonobstant un faible volume d'achat, ceux-ci pourraient notamment coordonner leurs importations, dans les limites fixées par la loi. Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant, dans la décision attaquée, que des possibilités d'arbitrage ont existé durant la période visée par l'enquête s'agissant des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.6 Existence d'importations parallèles

Cela étant, il convient d'examiner respectivement si, sur le marché de référence, des importations suffisantes ont été entreprises par les détaillants durant la période considérée et si elles auraient pu l'être.

A cet égard, il y a lieu de tenir compte des réponses aux questionnaires précités – de même que celles contenues dans les procès-verbaux d'audition – de l'ensemble des librairies ayant indiqué s'approvisionner auprès de la recourante. En effet, les informations fournies par les détaillants, même s'ils n'ont individuellement pas bénéficié d'un potentiel d'arbitrage durant la période visée, constituent néanmoins des indices

permettant d'apprécier si des importations étaient possibles ou non à l'époque. De même, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des expériences des détaillants s'agissant d'importations de livres diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, peu importe que les détaillants se soient approvisionnés ou aient tenté de le faire auprès d'un éditeur, d'un diffuseur-distributeur étranger ou d'un autre partenaire commercial ; l'ensemble de ces expériences peuvent en effet constituer un indice que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives. Enfin, il y a lieu de rappeler que les importations de titres non diffusés/distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations parallèles, un approvisionnement en France constituant le seul moyen de les obtenir. Aussi, les expériences des détaillants ayant déclaré ne s'approvisionner en France que lorsque l'ouvrage n'était pas diffusé/distribué en Suisse doivent être écartées.

9.6.1 Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011 (cf. acte 343), avoir tenté de se fournir auprès d'un « *diffuseur-distributeur étranger* », deux ont répondu avoir essayé, une ou plusieurs fois, et n'avoir rencontré aucune difficulté pour le faire. Il s'agit de la librairie D.A. _____ (une fois ; cf. acte 353) et de la FNAC (une fois ; cf. acte 411). A cet égard, il y a lieu de relever que, dans le précédent questionnaire du 9 décembre 2008, la librairie D.A. _____ avait indiqué qu'il n'existait pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses (cf. acte 99). Il convient encore de préciser qu'en réponse à un questionnaire du 10 décembre 2007 envoyé à quelques détaillants, la FNAC avait expliqué qu'un approvisionnement en France pourrait intervenir de manière très ponctuelle, notamment lorsque certaines références étaient en rupture prolongée chez les diffuseurs-distributeurs suisses et qu'il y avait une forte demande sur ces références (cf. acte 53). Trois librairies, ayant tenté de se fournir à l'étranger auprès d'un diffuseur/distributeur, ont en revanche renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à elles. Il s'agit de la librairie D.C. _____, laquelle a expliqué que « *en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat* » (cf. acte 473) ; de la librairie D.D. _____, qui a relevé que « *les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse* » (cf. acte 433) et la librairie D.E. _____ (cf. acte 421).

La librairie D.F. _____ a elle-aussi indiqué avoir tenté de s'approvisionner auprès d'un « *autre partenaire commercial* », en l'occurrence une « *librairie collègue* », mais avoir essuyé plusieurs refus (cf. acte 461).

Payot a répondu s'approvisionner notamment à l'étranger auprès d'un « *autre partenaire commercial* », à titre exceptionnel, pour pallier des ruptures de stock en Suisse sur une meilleure vente du moment, tout en précisant qu'elle n'avait pas un grand intérêt à le faire à grande échelle, car si elle réduisait ses achats chez les diffuseurs-distributeurs suisses, ses conditions commerciales – liées au volume d'achat annuel – seraient revues à la baisse un jour ou l'autre (cf. acte 397).

S'agissant des détaillants ayant répondu avoir pris contact avec un « *éditeur* », un d'entre eux a indiqué avoir tenté de s'approvisionner directement auprès des éditeurs à l'étranger et n'avoir rencontré aucune difficulté. Il s'agit de la librairie D.H._____. Elle a répondu s'être approvisionnée une seule fois auprès d'un éditeur, n'exposant cependant pas les circonstances en lien avec cet approvisionnement (cf. acte 427). La librairie D.J._____ (cf. acte 418) a indiqué que s'approvisionner auprès des éditeurs était « *tellement plus compliqué* » et que « *chaque livre est un cas* ». Une autre librairie – D.E._____ (cf. actes 149 et 421) – a indiqué avoir rencontré des difficultés à s'approvisionner auprès de l'éditeur et avoir essuyé plusieurs refus. Elle met en cause les contrats d'exclusivité, lesquels « *vérouille[nt] toute possibilité d'obtenir le livre en direct* ». Elle indique toutefois, dans le questionnaire de 2008, être en mesure d'obtenir le livre lorsque celui-ci n'est pas diffusé-distribué en Suisse (cf. acte 149). Plusieurs librairies ont fait état de difficultés ou de refus, les ayant parfois contraintes à renoncer à un approvisionnement direct auprès des éditeurs. Il s'agit notamment de la librairie D.M._____ (cf. actes 130 et 358), de la librairie D.C._____ (cf. acte 473) et de la librairie D.Z._____ (cf. acte 371). Les raisons avancées par les détaillants sont principalement le régime d'exclusivité octroyé par les éditeurs aux diffuseurs-distributeurs suisses, les frais de port élevés ou les délais de livraison qui ne seraient pas tenus.

Les expériences détaillées ci-dessus font état de quelques approvisionnements auprès d'éditeurs et de diffuseurs-distributeurs. Ils ne sont toutefois pas assimilables à des importations réussies. En effet, hormis la librairie D.H._____ qui a annoncé avoir acquis avec succès un seul ouvrage auprès d'un éditeur – sans toutefois en détailler les circonstances –, les détaillants font face à des difficultés ou des refus, lorsque ledit ouvrage est diffusé-distribué en Suisse. Partant, à l'instar de ce que relève Payot, la FNAC ou la librairie D.A._____, ce n'est que lorsque l'ouvrage n'est plus disponible auprès des diffuseurs-distributeurs suisses – par exemple en cas de rupture de stock – qu'un approvisionnement en France est exceptionnellement possible.

9.6.2 Citée par plusieurs diffuseurs comme un exemple d'importations parallèles réussies, Payot a été entendue le 26 novembre 2012 par l'autorité inférieure (cf. acte 913). Celle-ci a indiqué que, sur toute la période visée par l'enquête, elle n'avait, sous quelques réserves, procédé à aucune importation parallèle – ouverte ou cachée, par l'intermédiaire d'un « faux-nez » – et n'aurait pas été en mesure de le faire, malgré son poids. Seuls les titres n'étant ni diffusés ni distribués en Suisse, ainsi que les livres proposés par sa franchise [...] pouvaient être obtenus en dehors du circuit traditionnel de la diffusion-distribution en Suisse (cf. acte 913 lignes 400-409). A noter que ces derniers ne concernent toutefois pas le système de distribution de la recourante dès lors que les ouvrages composant dite franchise sont diffusés/distribués en Suisse par la société Servidis. Quant aux importations de titres d'éditeurs français non-diffusés et non-distribués en Suisse, Payot avait passé en 2005 un partenariat avec les librairies C. _____ à Lyon, ce qui représentait une alternative moins coûteuse qu'un achat direct (cf. acte 913 lignes 347-351). Interrogée ensuite sur la pratique du « faux-nez », Payot a relevé que, compte tenu de sa taille, elle ne pourrait mettre en place une telle pratique. En cas de tentative, aucun compte ne lui serait ouvert en France pour son volume et elle devrait compter avec un certain nombre de réactions et de mesures de rétorsion au niveau de ses conditions commerciales (cf. acte 913 lignes 812-830). Cela ne pourrait fonctionner que pour des librairies de taille modeste. Dès que le volume est trop important, la démarche est beaucoup trop visible, remarquée trop rapidement et mise en échec. En outre, Payot souhaite travailler avec ses fournisseurs de manière transparente (cf. acte 913 lignes 805-807).

De même, Payot a précisé que ses « *achats en France ne pourraient se faire qu'auprès des maisons-mères et certainement pas auprès de grossistes quels qu'ils soient, qui sont inadaptés aussi bien en termes de conditions commerciales puisque c'est un intermédiaire de plus, ça ne réglerait pas [son] problème de prix d'achat [...]* » (cf. acte 913 lignes 422-425).

Le directeur général de Payot a indiqué avoir eu, à la suite de l'appréciation du franc suisse, des discussions avec Interforum en septembre 2011 en vue d'un approvisionnement depuis la France. Celles-ci se sont conclues, dans un premier temps, par une fin de non-recevoir, puis, dans un second temps, par une amélioration des conditions commerciales et par une demande officielle de Payot, en septembre 2012, pour l'ouverture de négociations. Celle-ci a abouti par un « nous y réfléchissons », sans qu'aucune date ne soit fixée (cf. acte 913 lignes 268-279). Hormis le

compte ouvert auprès de Hachette Livres en France en 2000 – [...] – et qui n’a jamais été utilisé, Payot n’a pas de comptes ouverts auprès d’un diffuseur ou directement auprès d’un éditeur à l’étranger (cf. acte 913 lignes 364-383 et 390-394). Celle-ci a indiqué [...]. Elle peut se satisfaire d’un approvisionnement local, dès lors que les prix d’achat sont raisonnables, ce qui est le cas aujourd’hui s’agissant de Dargaud et Servidis (cf. acte 913 lignes 943-947).

Il ressort de ce qui précède que, bien que disposant d’un potentiel d’arbitrage par le prix (cf. supra consid. 9.5.2), Payot n’a pas tenté de s’approvisionner à l’étranger durant la période de l’enquête – sauf rares exceptions en cas de rupture de stock – pour des motifs éthiques et en raison du fait que les prix d’achat suisses étaient à cette époque « raisonnables ». Payot a ainsi déclaré dans ses questionnaires des 7 août 2007 et 9 décembre 2008 :

« Nous nous approvisionnons exclusivement auprès des diffuseurs exclusifs présents en Suisse pour l’ensemble de la production francophone diffusée et distribuée sur le territoire » (cf. actes 21 et 129).

Néanmoins, il ressort de ces mêmes questionnaires – ainsi que des procès-verbaux d’audition du libraire – qu’un approvisionnement à l’étranger, durant la période considérée, n’était pas possible lorsque l’éditeur était distribué en Suisse. Auditionnée une première fois par l’autorité inférieure, le 4 avril 2012, dans le cadre de l’enquête, Payot a en effet indiqué :

« Jusqu’à maintenant, un libraire suisse ne peut pas commander directement aux diffuseurs français. Un diffuseur français a en général un contrat d’exclusivité avec un diffuseur suisse ou le diffuseur suisse est une filiale du diffuseur français. Les diffuseurs français ne livrent pas les libraires suisses » (cf. acte 510).

Aussi, il y a lieu d’admettre que Payot – à l’exception des ouvrages appartenant à la franchise [...] – n’a pas tenté d’importations durant la période de l’enquête au motif qu’il n’était pas possible d’y procéder et n’a pas jugé nécessaire de déployer d’importants efforts pour s’approvisionner à un meilleur prix en France, en particulier tant que ses conditions commerciales en Suisse étaient acceptables. Enfin, le fait que des importations aient été entreprises via un « faux-nez », c’est-à-dire sur le « marché gris », via les librairies C._____, ne suffit pas à démontrer que le territoire suisse n’était pas cloisonné.

9.6.3 S'agissant de l'enseigne B.A._____, celle-ci a mis en place, dans une première phase, un système prévoyant une entité librairie en France (B.B._____), à proximité de la frontière suisse, laquelle approvisionnait deux entités librairies en Suisse (cf. acte 911 lignes 86-91). Dès 1988, l'entité B.B._____ n'a plus disposé de remises conformes à la réglementation française. Selon le responsable de B.A._____, la raison expliquant cette « discrimination » repose uniquement dans le fait que les diffuseurs portaient de l'idée, correcte au demeurant, que B.B._____ fournissait des points de vente en Suisse. Dès 1994, des problèmes plus importants ont surgi (cf. acte 911 lignes 88-91). Les diffuseurs suisses auraient demandé à leurs pendants en France de faire pression sur la société B.B._____. Concrètement, baisses unilatérales des remises, retards dans le traitement des commandes et refus de certains retours ont été imposés à B.B._____, si bien que B.B._____ a dû déposer le bilan (cf. acte 911 lignes 113-117). Un redressement judiciaire, accompagné d'un plan de continuation d'une durée de dix ans, a été établi et respecté. Durant la période du plan de continuation, la structure de B.B._____ a évolué : « *Eh ben, j'ai compris ce qu'il fallait faire, c'est-à-dire qu'il fallait [que B.B._____] n'achète plus rien chez les éditeurs, mais n'ait plus qu'une société qui s'approvisionne chez des tiers et qui fait les exportations vers la Suisse* » (cf. acte 911 lignes 168-170). Le responsable de B.A._____ a ainsi fait l'acquisition partielle ou totale de plusieurs librairies en France, transformant celles-ci, parallèlement à leur activité de librairie, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse. Ce sont à ce jour [...] librairies (plus [...] grossistes en appui) auprès desquelles, par l'intermédiaire des services de sa société B.B._____, B.A._____ organise ses livraisons vers la Suisse (cf. acte 911 lignes 177-186). Concrètement, ce sont ces librairies qui entretiennent des relations avec la distribution en place en France. L'identité de ces librairies est tenue secrète pour se protéger des rétorsions de prix dont B.B._____ aurait été victime lorsqu'il était en relation directe avec la distribution en France (cf. acte 911 lignes 251-253) :

« [B.A._____] s'approvisionne comme ça parce que, on l'a vu, c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions je dirais "normales" [...] Parce que si on en est arrivés là, à devoir avoir [...] librairies qui sont là pour nous assurer notre approvisionnement, c'est tout simplement... on a été dans l'obligation de le faire » (cf. acte 911 lignes 186 et 608-610).

A la suite de son audition, le responsable de B.A._____ a transmis à l'autorité inférieure une note complémentaire, datée du 17 janvier 2013, dans le but de « *mieux préciser [ses] propos* », retranscrits dans le procès-

verbal (cf. acte 838). Il a notamment indiqué qu'en vue de dite audition, il avait envoyé des courriers à chaque distributeur français, afin de demander l'ouverture d'un compte pour être servi en direct.

Selon l'autorité inférieure, l'expérience de B.A._____, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs-distributeurs comme l'exemple-type prouvant que des importations avaient eu lieu durant la période visée par l'enquête, est révélatrice. Le seul moyen à disposition d'un détaillant de taille moyenne pour profiter d'un approvisionnement alternatif – qui plus est pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché « retail » en Suisse – a été de fonctionner grâce à des approvisionnements par l'intermédiaire de plusieurs librairies écrans liées secrètement à une société d'importation (cf. ch. 251 de la décision attaquée). L'affirmation de la recourante – dans son mémoire de recours (cf. ch. 112 de la décision attaquée) selon laquelle « *l'exemple de [B.A._____] est sans pertinence [pour la recourante]. [B.A._____] est une librairie qui vend essentiellement des livres universitaires et éducatifs. Les bandes dessinées, livres pour enfants et livres pratiques diffusés par la recourante ne trouvent pas place dans ses rayonnages, ou de manière très accessoire* » est en contradiction directe avec le carnet de rentrée scolaire produit par B.A._____ à l'appui de sa note complémentaire du 17 janvier 2013, lequel mentionne, dans ce qui apparaît être une brochure publicitaire, que B.A._____ fournit également ses clients en bandes dessinées, en livres de jeunesse et en livres pratiques (cf. acte 838, page 33). La recourante fait grief qu'on devrait déduire du fait que B.A._____ ne mentionne à aucun moment des difficultés pour ouvrir un compte auprès du groupe MP en France que, soit ceci n'a pas été demandé, soit B.A._____ n'a pas eu d'intérêt à s'approvisionner auprès de la recourante. Or, ce faisant, elle perd de vue que le système B.B._____ repose sur des librairies écrans, dont l'appartenance audit système est inconnue des diffuseurs-distributeurs, de sorte que la recourante n'a pas la possibilité de déterminer si B.A._____ s'approvisionne auprès d'elle. Au contraire, il appert que le fait que cette dernière offre précisément des bandes dessinées, des livres de jeunesse et des livres pratiques constitue un indice que celle-ci devait s'approvisionner, d'une manière ou d'une autre, en ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, de sorte qu'il y a lieu de tenir compte de cette expérience.

Il y a encore lieu de relever que, selon les indications du responsable de B.A._____, entendu par l'autorité inférieure en qualité de témoin, la société B.B._____ se serait à l'époque vue imposer des baisses unilatérales de remises, des retards dans le traitement des commandes

ainsi que des refus sur certains retours pour le motif qu'elle approvisionnait des librairies suisses. Les mesures de rétorsion ainsi décrites rejoignent les propos tenus par Payot s'agissant de la pratique du « faux-nez » (cf. supra consid. 9.6.2). Il ressort ainsi du dossier que seul un système complexe et secret a permis de contourner les canaux traditionnels de la distribution en Suisse, les mesures de rétorsion prises par les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français démontrant qu'il existait bel et bien des restrictions aux possibilités d'approvisionnement en France. Si personne ne remet en cause que l'existence du système B.B._____ est connue, il ressort des déclarations du responsable de B.A._____ que, si ce système fonctionne encore, c'est que les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français ne connaissent pas l'identité des librairies écrans utilisées par B.B._____ pour l'acquisition des ouvrages en France.

9.6.4 Il s'ensuit que les quelques importations opérées durant la période de référence sont trop peu nombreuses pour en conclure que celles-ci auraient été possibles, ce d'autant plus que, pour B.A._____, elles l'ont été grâce à un système de librairies écrans complexe et secret.

Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant que des importations parallèles n'avaient pas eu lieu durant la période de l'enquête pour les ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.7 Possibilités d'importations parallèles

9.7.1 Il y a lieu de revenir sur les expériences des détaillants afin de déterminer si des importations parallèles étaient possibles durant la période de l'enquête.

9.7.1.1 Plusieurs détaillants, ayant répondu, dans le questionnaire du 2 mars 2011, n'avoir jamais essayé de s'approvisionner à l'étranger, ont néanmoins prétendu que des importations parallèles étaient possibles durant la période visée par l'enquête.

La librairie A._____ – laquelle a répondu, par questionnaire du 2 mars 2011, n'avoir jamais essayé de s'approvisionner à l'étranger (cf. acte 442) – a néanmoins affirmé, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, que des importations seraient possibles : « *Une librairie indépendante peut très bien commander ses livres directement en France, personne ne peut l'en empêcher* » (cf. acte 257). Or, celle-ci a indiqué, lors de son audition devant l'autorité inférieure :

« On nous a suggéré d'ouvrir des comptes en France, on pourrait le faire tout à fait. Tout le monde...enfin... c'est peut-être un petit peu compliqué mais on pourrait le faire [...] Donc déjà, cette pratique [l'exclusivité] se pratique en France. Il y a des gens, je sais qu'il y a des gens de Suisse qui ont été voir les éditeurs français pour essayer de faire changer les choses, mais ils sont revenus bredouilles parce qu'effectivement, c'est une pratique française et je vois mal... nous, on est un petit marché quand même pour la France, il faudrait qu'on ait vraiment beaucoup d'influence pour arriver à changer cette pratique. Mais maintenant les gens, à cause de votre enquête, à cause de discussions qu'on a eues, à cause de prix qui étaient.... Enfin ça a beaucoup évolué quand même, la discussion. On a vu [le directeur général de Payot], il essaye d'aller ouvrir des comptes, c'est difficile, mais enfin, on sent qu'il y a une discussion possible et j'ai vu justement en parlant avec [Madrigall] et avec d'autres que s'ils ouvrent les comptes, on pourrait le faire aussi » (cf. acte 909 lignes 120-122 et 338-347).

Il s'ensuit que, contrairement à ce que la librairie A._____ a affirmé dans son questionnaire, l'on ne saurait retenir, sur le vu de ce témoignage, que des importations étaient effectivement possibles. Au contraire, dès lors que les détaillants en question n'ont pas tenté de se servir parallèlement auprès de partenaires de distribution à l'étranger, leurs réponses ne sont pas aptes à démontrer que des importations parallèles étaient effectivement possibles à l'époque, singulièrement pour les ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse.

9.7.1.2 Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011, avoir tenté de se fournir auprès d'un « distributeur-diffuseur étranger », trois ont répondu avoir renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à eux. Il s'agit de la librairie D.C._____, laquelle a expliqué que *« en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat »* (cf. acte 473), de la librairie D.D._____, qui a relevé que *« les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse »* (cf. acte 433) et de la librairie D.E._____, qui a également répondu avoir essuyé un refus en ces termes : *« contrats d'exclusivité verrouillent toute possibilité d'obtenir le livre en direct. Position dominante du distributeur ; les libraires sont désormais face à ce système »* (cf. acte 421).

Au surplus, bien que très peu de détaillants aient tenté de s'approvisionner durant la période considérée auprès d'un diffuseur-distributeur, d'un grossiste, d'un détaillant ou d'un éditeur à l'étranger, les réponses données au questionnaire du 9 décembre 2008 permettent néanmoins de mettre en évidence des indices concordants.

Ainsi, à la question de savoir s'il existait des solutions d'approvisionnement en livres écrits en français autres que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeurs suisses, 13 détaillants ont répondu que les principaux éditeurs français avaient passé des contrats d'exclusivité avec lesdits diffuseurs-distributeurs, ce qui interdisait à ceux-là, ainsi qu'aux diffuseurs-distributeurs français, de fournir les revendeurs suisses. En cas de demande directe auprès de l'éditeur français ou auprès de ses organes de distribution en France, les détaillants suisses étaient ainsi renvoyés à passer leur commande auprès du diffuseur-distributeur de l'éditeur français en Suisse.

Pour citer quelques exemples, la librairie D.D. _____ a soutenu que « *il n'existe pas une autre solution pour s'approvisionner en livres directement chez les grands éditeurs français. Ceux-ci travaillent avec leurs maisons de diffusion et détiennent des parts chez les diffuseurs suisses. Ils nous imposent de passer par la Suisse et refusent de nous ouvrir des comptes en France* » (cf. acte 143). Relevant que le système suisse était celui de la diffusion-distribution exclusive, Payot a, quant à elle, indiqué que les principaux diffuseurs présents en Suisse étaient des filiales des groupes français et qu'ils cherchaient dès lors « *à contenir le marché suisse dans ses limites géographiques, en faisant opposition à toute velléité d'ouvrir des comptes en France afin d'approvisionner [leurs] librairies en direct. Si certains revendeurs suisses [...] s'approvisionnent pour tout ou partie directement en France, c'est généralement avec un "faux-nez" [...] mais cela reste, à notre connaissance, marginal* » (cf. acte 129). La librairie D.P. _____ a répondu ce qui suit : « *Aucune solution autre que de travailler avec les diffuseurs suisses : exclusivité + commander à l'étranger est presque impossible et non rentable. M'approvisionner ailleurs que chez les diffuseurs qui ont le monopole de la distribution est quasi impossible, très, très difficile et de toute façon encore bien plus cher que le prix des tables. Une anecdote : mécontent des prix et services d'un diffuseur, j'ai tenté une fois une grosse commande directement en France, pour essayer. On m'a indiqué que ce n'était tout simplement pas possible : je DEVAIS commander ces livres chez le diffuseur suisse. Une autre anecdote : j'ai essayé une autre fois une commande en France : on m'a dit que si j'essayais de contourner le diffuseur suisse, celui-ci ne me livrerait ensuite plus aucun livre, plus aucune commande et fermerait mon compte ! Chose que je ne peux me permettre : j'ai donc annulé cet essai* » (cf. acte 140). La FNAC a également indiqué : « *Il ne nous est contractuellement pas possible d'acheter directement nos livres en France. En effet, la plupart des diffuseurs ont des accords avec leur maison-mère et ont pris le soin de verrouiller ce point dans nos accords commerciaux annuels* » (cf. acte

254). La Librairie D.Q._____ a de même relevé : « *Aujourd’hui, étant donné le contexte (représentation en Suisse par le biais [des] filiales des principaux éditeurs français et des contrats d’exclusivité), il apparaît irréaliste de pouvoir commander directement en France auprès de leurs organes de distribution* » (cf. acte 155). La librairie D.R._____ a encore ajouté que « [pour] *une très grande partie des éditeurs, les contrats de diffusion/distribution sont exclusifs, ce qui interdit aux diffuseurs français de fournir ces éditeurs à un libraire suisse* » (cf. acte 264). La librairie D.S._____ a indiqué : « *Non, car je suis tenu d’acheter les livres français, belges ou québécois auprès des diffuseurs suisses* » (cf. acte 132). La librairie D.U._____ a prétendu enfin que « *la seule véritable alternative [serait] de passer un accord avec un “grossiste”, lui-même libraire en France* » (cf. acte 146). Dans le même sens, on retiendra aussi les déclarations de la librairie D.W._____ (cf. acte 131) et de la librairie D.J._____ (cf. acte 144).

A noter que, dans ses plaidoiries du 12 mai 2015 et du 29 octobre 2019, la recourante a contesté que les propos de la librairie D.P._____ reproduit ci-dessus la concernent. Elle n’apporte toutefois aucun élément démontrant le contraire. De plus, il y a lieu de relever à cet égard que la librairie D.P._____ a également indiqué, dans le même document, en réponse à la question de savoir s’il existait des barrières à l’entrée (question n° 7), que « *Bien sûr ! Dargaud, par exemple, aura toujours toute l’exclusivité de distribution des livres du groupe Dargaud* » (cf. acte 140). Dès lors que la librairie D.P._____ met en cause l’exclusivité accordée à l’ensemble des diffuseurs-distributeurs suisses et qu’elle mentionne spécifiquement celle dont bénéficie la recourante, il n’y a pas lieu d’écarter les propos de la librairie D.P._____, quand bien même les anecdotes exposées concerneraient d’autres diffuseurs-distributeurs.

Les réponses des détaillants reproduites ci-dessus constituent un indice que des importations parallèles n’étaient pas possibles, et ce, en raison des systèmes de distribution exclusive des diffuseurs-distributeurs suisses.

10 détaillants ont quant à eux répondu qu’il n’était possible de s’approvisionner en livres francophones directement auprès de l’éditeur étranger – ou de son distributeur local – que lorsque celui-là n’était pas diffusé en Suisse. L’autorité inférieure en a dès lors déduit que les importations de livres diffusés/distribués en Suisse n’étaient pas possibles.

Même si l’on ne peut exclure que certains détaillants aient voulu relever par là qu’ils préféraient s’approvisionner en Suisse lorsque cela était

possible, les réponses formulées par la majeure partie de ceux-ci ne laissent place à aucun doute quant à l'interprétation qu'il y a lieu de leur donner. Il ressort en effet des questionnaires que, lorsqu'un titre est diffusé et distribué en Suisse, les détaillants n'ont pas la possibilité ou le choix de se le procurer à l'étranger. Il ne s'agit pas d'une impossibilité financière, technique ou commerciale que rencontrerait un détaillant de se fournir à l'étranger ou encore d'une question de commodité. Si certains desdits détaillants ont relevé en sus les difficultés et inconvénients relatifs à un approvisionnement à l'étranger, leurs précisions à ce sujet n'enlèvent aucune portée à leurs déclarations concernant les possibilités qui leur sont données en matière d'approvisionnement à l'étranger. A titre d'exemples, la librairie D.E. _____ a indiqué pouvoir obtenir des livres directement auprès de l'éditeur français « *dans la seule situation où cet éditeur n'est pas distribué en Suisse. En général, si nous commandons un ouvrage directement auprès d'un éditeur distribué, celui-ci refuse de nous fournir et nous renvoie à son dépositaire helvétique* » (cf. acte 149) ; la librairie D.X. _____ a, pour sa part, relevé : « *Les éditeurs français représentés en Suisse sont en exclusivité. Seuls les éditeurs non représentés peuvent faire l'objet d'une commande directe* » (cf. acte 139) ; de même, la Librairie D.Y. _____ a répondu que « *si l'éditeur a un contrat avec un distributeur suisse, il n'a, théoriquement, pas le droit de nous servir* » (cf. acte 193).

A noter encore que, dans un questionnaire du 7 août 2007, Payot a affirmé que « *[la] grande majorité des revendeurs – quasiment tous – se servent exclusivement en Suisse pour tous les fonds qui y sont diffusés et distribués. Lorsqu'ils achètent en direct, c'est avec un "faux-nez" de façon à ce que le diffuseur ignore ces pratiques, autant que faire se peut* » (cf. acte 21).

9.7.1.3 De même, dans le cadre du questionnaire du 31 octobre 2008 envoyé aux treize diffuseurs suisses, l'administrateur d'OLF – dont plus de [...] % des flux physiques transitent par son infrastructure – a répondu, à la question de savoir si les libraires disposaient d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, que « *[il] n'est pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse, sauf par le marché gris. C'est possible par contre auprès des éditeurs qui ne sont pas diffusés en Suisse, ce marché est confidentiel* » (cf. acte 76).

Entendu par l'autorité inférieure, le 10 décembre 2012, l'administrateur d'OLF a toutefois contesté avoir déclaré que des approvisionnements directs depuis la France étaient impossibles. Interpellé sur une possible

contradiction avec les propos tenus en 2008, il est revenu sur ceux-ci en affirmant que c'était « faux », qu'il avait « peut-être répondu trop vite », de manière « irréfléchie ». Il ajoute que, s'agissant d'Interforum, son plus gros client :

« j'ai toujours vu et su qu'une partie conséquente des marchandises Interforum ne passait pas par l'OLF en tout cas pas dans son cheminement éditeur-point de vente. J'imagine que les raisons de cette situation sont dues au fait que le client et l'éditeur considéraient la chose comme, j'en sais rien, plus pratique, plus économique, plus intéressante pour eux. Si je dis ça c'est que, si je le sais en plus c'est parce que [...] si par hasard des marchandises ne devaient plus retourner sur France et bien elles revenaient dans les stocks de l'OLF et là on faisait l'acceptation du retour et on était payés pour ces retours. [...] je suis convaincu que nous avons des demandes d'Interforum nous demandant de créditer des bouquins venant de [D.AO._____] mais n'ayant pas été livrés par OLF à [D.AO._____]. Puisque mon métier étant de trouver des solutions, je dois pouvoir trouver les documents qui disent, je peux pas vous prouver qu'ils sont partis de France à [D.AO._____] [...]. Par contre, je peux vous prouver que [...] nous ne les avons pas vendus, c'est qu'ils sont passés par ailleurs et s'ils sont passés par ailleurs c'est pas par nous en tout cas et c'est direct. Si vous les voulez je vous trouve les preuves, en tout cas les démonstrations... les preuves... ce n'est pas une preuve. Je peux vous faire la démonstration de ce que j'ai prétendu [à propos de D.AO._____] et des économats cantonaux et peut-être d'autres clients que je n'ai pas en tête parce que ça c'est les plus gros. Mais je peux vous faire cette démonstration [...]. Donc le mot "impossible" est certainement trop fort mais c'est peut-être "compliqué" qu'on aurait dû écrire » (cf. acte 912).

Il a souligné qu'il ne s'agissait pas d'un changement de position, mais d'une correction : *« [...] je peux vous prouver par a + b que ces marchandises sont jamais passées par les canaux de OLF et je peux vous prouver aussi que certaines de ces marchandises sont revenues sans avoir été expédiées par OLF. Donc entre la réponse dans le texte et la pratique... il y a pas mal d'imprécisions dans nos réponses dans votre document, vous savez, je n'ai pas pour volonté de critiquer votre dossier mais il y avait de l'imprécision dans les questions et puis il y a de l'imprécision dans les réponses. C'est pour ça qu'il faut le voir. On l'a peut-être fait un peu à la va-vite, ça je m'en excuse, mais je peux démontrer le contraire ce que j'ai dit, ça c'est vrai » (cf. acte 912 lignes 258-266).*

Invité par son avocat à préciser ce qu'il entendait par « livraison directe », l'administrateur d'OLF a indiqué que *« [un] libraire peut s'approvisionner [en direct en France chez un éditeur], on l'a tous constaté mais simplement on sait très bien que les conditions qu'il va trouver le ramènent à pas le faire » (cf. acte 912 lignes 443-445).*

Se fondant sur la déclaration de l'administrateur d'OLF contenue dans le questionnaire de 2008 (cf. acte 76), l'autorité inférieure considère que les notions de « marché gris » et de « confidentialité » indiquent qu'il n'était pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse. Dès lors que la recourante est précisément une telle antenne – à l'instar d'OLF –, elle considère qu'un détaillant suisse n'avait pas d'autres choix que de s'adresser à la recourante pour obtenir les livres du catalogue diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

La recourante estime que les déclarations d'OLF ne lui sont pas opposables. Elle considère en effet que celles-ci sont beaucoup trop générales et ne la concernent pas directement. De même, le fait qu'elle appartienne à un groupe peut expliquer que des clients suisses lui soient renvoyés de manière tout à fait conforme à la loi sur les cartels. Enfin, elle n'entretient aucune relation commerciale avec OLF, de sorte que les déclarations de celle-ci ne concernent pas le système de distribution du groupe MP.

Même si OLF est revenue, lors de son audition, sur la réponse donnée au questionnaire de 2008, il y a lieu de constater que celle-ci, au surplus formulée par écrit et au bénéfice d'un délai, rejoint les expériences et déclarations de plusieurs détaillants rapportées ci-dessus quant aux livres pouvant et ne pouvant pas être importés directement depuis la France. Elle revêt en outre une certaine force probante dès lors qu'elle ne sert nullement les intérêts d'OLF, également diffuseur-distributeur suisse de livres écrits en français et condamnée à l'issue de la décision déférée. Par ailleurs, il y a lieu de relever que, si seul un approvisionnement sur le « marché gris » est possible, tout autre alternative d'approvisionnement sur le marché français – telle que celui auprès des diffuseurs-distributeurs, grossistes ou coursiers actifs en France – est exclue et pas uniquement auprès des éditeurs, comme semble le penser la recourante.

9.7.1.4 Enfin, la FNAC, représentée par son directeur des opérations, a – lors de son audition devant l'autorité inférieure, le 26 novembre 2012 – déclaré en substance qu'à son arrivée sur le marché suisse au début des années 2000, elle avait fait le choix délibéré de s'approvisionner en Suisse essentiellement pour deux raisons :

« dans tous les pays où on est présents, on a toujours travaillé avec les distributeurs locaux, ça a toujours été une marque de fabrique de la Fnac. Et aussi, à l'époque, il y avait un taux de change qui était acceptable pour le prix du livre et aussi accepté par le consommateur. Le prix était légèrement

supérieur, mais ça correspondait globalement au coût de traitement du livre, puisque l'essentiel arrive de France, c'est-à-dire logistique, droits de dédouanement, étiquetage, mise en rayons » (cf. acte 906 lignes 59-66).

A la question de savoir si la FNAC aurait pu s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée, son directeur des opérations répond cependant par la négative, exposant qu'il était quasiment impossible pour un détaillant de s'approvisionner en France, dès lors qu'autant les détaillants, les diffuseurs-distributeurs ou les éditeurs français refusaient d'ouvrir un compte, renvoyant au surplus vers les diffuseurs-distributeurs suisses. Le directeur des opérations de la FNAC a ainsi précisé que « [...] *si vous êtes libraire en Suisse et que vous allez en France pour une ouverture de compte, si vous êtes reçu, vous avez de la chance* » (cf. acte 906 lignes 330-332). Cette réalité concernait tous les détaillants suisses. Si des comptes étaient ouverts, « *il fallait négocier les conditions, s'occuper de la partie approvisionnement, de la partie étiquetage. Pas beaucoup de librairies ont des structures pour étiqueter le livre. Et puis vous perdez après les notions de commandes clients, les retours, l'information, tout ce qui aujourd'hui en fait partie. Donc, de toute façon, pour une petite structure, c'était impossible, pour une grosse, c'était quand même [...] [très] difficile* » (cf. acte 906 lignes 96-103). En revanche, il a précisé qu'il n'y avait aucun problème pour importer des livres écrits en français de France vers l'Italie ou vers la Belgique, par exemple (cf. acte 906 lignes 343-346).

Celui-ci a ensuite exposé que la FNAC avait changé son mode d'approvisionnement, sur décision de son président début 2012, au regard de la difficulté du marché du livre. En effet, l'évolution du cours de change entre le franc suisse et l'euro, en particulier le pic de la parité du mois d'août 2011, a mené les clients à considérer la FNAC comme responsable de la différence importante entre le prix en euro imprimé sur le livre et le prix en franc suisse. Aussi, vu son poids en France, la FNAC a décidé d'entamer des démarches pour un approvisionnement « *au forcing* », nouvelle qui n'a pas été accueillie très favorablement ni en Suisse, ni en France (cf. acte 906 lignes 104-130). Le directeur des opérations de la FNAC a indiqué :

« Donc, c'était avant la conclusion de votre rapport et je pense que votre rapport a également aidé pour discuter du côté français. Et on a obtenu des ouvertures de comptes de quasi la totalité des acteurs français, sauf un » (cf. acte 906 lignes 152-154).

Le basculement en 2012 vers un approvisionnement en France ne fonctionne toutefois pas sans problème selon la FNAC. Elle constate ainsi

des problèmes avec les retours en Suisse ; ceux-ci sont refusés alors que la marchandise a été achetée en Suisse. Elle ne peut plus compter sur une information des nouveautés pour permettre d'estimer la demande plus précisément. De fortes baisses de la remise ont été décidées de manière unilatérale par les diffuseurs suisses en cours d'année. Enfin, certains délais ne sont pas respectés (cf. acte 906 lignes 164-206).

Il s'ensuit que la FNAC, à l'instar de Payot, n'a pas tenté de se servir en France durant la période considérée, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix, – hormis une fois avec succès – ceci principalement en raison du rapport acceptable entre le prix d'achat et le taux de change. Néanmoins, il ressort aussi clairement du procès-verbal d'audition de la FNAC qu'il n'était pas possible de s'approvisionner en France durant la période visée. Aussi, ce n'est qu'à l'été 2012, après avoir entrepris des démarches pour un approvisionnement « *au forcing* » et après la communication de la proposition de décision du secrétariat, dans laquelle celui-ci a notamment retenu que les diffuseurs-distributeurs suisses avaient participé à un accord vertical illicite attribuant des territoires dans la distribution, que la FNAC a pu procéder à des importations depuis la France. En outre, le fait qu'elle a connu, depuis cette date, des problèmes avec le retour de sa marchandise en Suisse plaide également en faveur d'un cloisonnement du territoire suisse durant la période visée. Enfin, des importations de livres écrits en français depuis la France vers l'Italie ne prouvent nullement que le territoire suisse n'était pas cloisonné, au contraire.

Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la FNAC, à l'instar de Payot, n'a pas tenté d'importations depuis la France durant la période de l'enquête et n'était pas en mesure d'y procéder, le fait que la FNAC n'ait pas engagé d'efforts supplémentaires en vue d'obtenir des approvisionnements en France aussi longtemps que les consommateurs finals toléraient le niveau de prix pratiqué en Suisse n'indique pas encore que des importations étaient possibles.

9.7.1.5 Il ressort de ce qui précède que, même si la plupart des détaillants interrogés n'ont pas tenté de s'approvisionner à l'étranger, les réponses concordantes, données aux questionnaires, de même que les déclarations écrites ou orales faites devant l'autorité inférieure par la librairie A._____, Payot, B.A._____, la FNAC ou OLF sont aptes à démontrer que des importations parallèles de livres écrits en français diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête. Elles rejoignent également les expériences

vécues par les trois revendeurs ayant tenté en vain d'opérer des importations parallèles. Le fait que la FNAC ait, après la période de l'enquête, entrepris des démarches pour un approvisionnement « *au forcing* » et connaisse depuis lors des problèmes avec le retour des marchandises achetées en Suisse et que Payot ait déclaré que les quelques revendeurs suisses se fournissant à l'étranger ont recours à un « faux-nez » laisse également à penser que les importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de l'enquête.

9.7.2 Nonobstant les expériences relatées ci-dessus, la recourante soutient que sa politique de prix bas et les remises toujours plus importantes accordées par les diffuseurs-distributeurs suisses suffirait à démontrer que des importations parallèles étaient possibles.

En l'espèce, il a été retenu que Payot et la FNAC disposaient, durant une partie de la période visée, de possibilités d'arbitrage suffisantes au niveau du prix en raison d'un différentiel de prix supérieur à 10 % au niveau « wholesale » (cf. supra consid. 9.5.4). Un tel écart de prix laisse fortement penser qu'au regard de leur potentiel d'arbitrage par les prix, Payot et la FNAC – qui disposaient de remises similaires – auraient, dans leur intérêt, procédé à des importations depuis la France, si elles avaient été en mesure de le faire. Contrairement à ce que soutient la recourante, ledit potentiel ne signifie pas à lui seul que Payot et la FNAC ont renoncé à s'approvisionner en France en raison des bonnes conditions offertes par la recourante. Au contraire, il ressort des déclarations de Payot et la FNAC qu'un approvisionnement en France n'était pas possible. Les meilleures conditions offertes à Payot et la FNAC relèvent plutôt de la volonté de la recourante de retenir celles-ci dans son système de distribution en favorisant leur marge par rapport au niveau de ses tables, dès lors que, en raison de leur part de marché, Payot et la FNAC auraient pu générer un volume d'importation supérieur aux diffuseurs-distributeurs suisses. Ce faisant, la concurrence entre la FNAC, Payot et les autres détaillants ne disposant pas nécessairement du même potentiel d'arbitrage par les prix a été affectée.

Dans l'ensemble, il n'est guère possible de reconnaître les détaillants pour lesquels un approvisionnement en France ne serait pas économiquement plus avantageux. Si la FNAC et Payot avaient usé de leur potentiel d'arbitrage et s'étaient approvisionnées sur le marché français, il est vraisemblable qu'elles auraient ouvert une brèche dans le système de distribution mis en place et rendu, à terme, l'approvisionnement à l'étranger possible pour tous les détaillants suisses. De plus, comme l'illustre

l'exemple de B.A._____ (cf. supra consid. 9.6.3), l'existence de possibilités d'arbitrage d'une librairie ne dépend pas exclusivement de sa taille. A cela s'ajoute le risque que le détaillant qui bénéficie d'une réduction de prix revende ses livres aux autres librairies, ce qui mettrait la structure des prix des diffuseurs-distributeurs suisses manifestement sous pression et sans que ceux-ci ne puissent les en empêcher. Il s'ensuit que, si Payot et la FNAC avaient eu la possibilité, durant la période visée par l'enquête, d'entreprendre des importations depuis la France, le risque de sortie du canal de distribution suisse de ces deux librairies aurait eu un effet disciplinant sur le niveau général des prix sur le marché « wholesale » suisse du livre écrit en français, profitant indistinctement à l'ensemble des détaillants suisses. En effet, dès lors que la recourante n'aurait pas été en mesure de reconnaître les détaillants susceptibles de s'approvisionner en France, elle n'aurait plus pu intervenir de manière ciblée envers chacun d'entre eux, mais aurait été amenée à devoir accorder des remises plus importantes et égales à l'ensemble de ceux-ci ou baisser le prix de ses tabelles.

Sur le vu de ce qui précède, les arguments que tire la recourante du niveau de ses tabelles – fixant uniquement les prix au niveau « retail » – ne sont pas déterminants. En particulier, le fait que Payot et la FNAC appliquent de manière autonome les tabelles de la recourante n'est pas décisif, celles-ci n'ayant aucun intérêt à en abaisser les prix indiqués sur le marché « retail ». Selon toute vraisemblance, il y a lieu de retenir que le différentiel de prix entre les marchés « wholesale » français et suisse aurait été réduit si Payot et la FNAC avaient pu s'approvisionner en France. Des remises plus importantes et égales à l'ensemble des détaillants ou une baisse de ses tabelles auraient été entreprises par la recourante dans le but de réduire au maximum les possibilités d'arbitrage par le prix de ceux-ci et pas dans le seul but de compenser l'évolution du taux de change. Un écart de prix de plus de 10 %, même s'il peut être justifié par des économies d'échelle moins fortes en Suisse qu'en France, représente un potentiel d'arbitrage suffisant que la recourante aurait pu et dû réduire pour retenir les détaillants dans le canal de distribution suisse, si un approvisionnement depuis la France avait été rendu possible.

Le différentiel de prix ayant existé entre les marchés « wholesale » suisse et français durant une partie de la période de l'enquête vient ainsi conforter l'hypothèse que les importations parallèles de livres écrits en français, diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles durant cette période.

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

9.7.3.1 Il résulte des réponses aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 ainsi que des procès-verbaux d'auditions des responsables des librairies A._____, Payot, B.A._____ et la FNAC que ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité quels qu'ils soient qui auraient entravé les importations parallèles durant la période visée par l'enquête. Dès lors que de telles déclarations ne servent pas les intérêts des détaillants suisses, puisqu'elles sont susceptibles de compromettre leurs partenaires contractuels en amont, il y a lieu de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, le fait que des importations parallèles aient été entreprises via un système de librairies écrans à l'identité gardée secrète – partant, à l'insu des entités actives au niveau « wholesale » à l'étranger – ou par l'intermédiaire d'un « faux-nez » laisse fortement à penser que les importations parallèles étaient interdites durant la période de l'enquête.

9.7.3.2 La recourante reproche encore à l'autorité inférieure de ne pas avoir cité le moindre exemple de détaillant qui aurait refusé de livrer un revendeur suisse, ni même d'avoir pris la peine de demander à des détaillants actifs à l'étranger et à des distributeurs étrangers bénéficiant d'une exclusivité territoriale si, pendant la période visée par l'enquête, ils s'étaient vu interdire, sur la base d'un contrat ou d'une autre manière, d'opérer des ventes passives sur le territoire suisse. Elle produit des attestations des éditeurs E.C._____, E.D._____ et E.E._____ (cf. pièce 6 à 8 de la recourante) certifiant qu'ils n'avaient pas pris de mesure vis-à-vis de leur distributeur afin de faire respecter la clause litigieuse. Ces trois éditeurs ont ainsi indiqué n'avoir jamais mis en œuvre, en particulier avec les diffuseurs-distributeurs français, une politique d'interdiction des ventes passives à l'endroit des détaillants suisses. La recourante relève par ailleurs qu'aucune pièce au dossier ne permet d'affirmer le contraire.

L'autorité inférieure relève que dites attestations émanent de sociétés qui entretiennent des relations commerciales avec la recourante, celles-ci n'ayant aucun intérêt à nuire à leur partenaire commercial. De plus, elle constate que lesdits documents sont construits exactement sur le même modèle, ce qui implique au moins une coordination de la part de la recourante. Enfin, les affirmations des trois éditeurs ne contredisent pas la teneur de la clause litigieuse et ne se rapportent pas explicitement à la

période de l'enquête. Partant, dits documents ne posséderaient pas une valeur probante apte à modifier les conclusions de la décision attaquée.

Les trois attestations émanant d'éditeurs qui sont distribués en Suisse par la recourante doivent être relativisées. D'une part, elles contiennent toutes une formulation pratiquement identique, de sorte que dites attestations ont vraisemblablement été réalisées à l'instigation de la recourante et avec les termes retenus par cette dernière. D'autre part, il convient de rappeler que la majorité des détaillants n'ont pas été en mesure de se fournir à l'étranger. Enfin, l'éditeur E.C. _____ a indiqué avoir confié la distribution en France de ses ouvrages à Media Diffusion, qui fait partie du groupe MP (cf. pièce 6 de la recourante) et l'éditeur E.D. _____ a indiqué assuré seul la diffusion et la distribution de ses ouvrages en France (cf. pièce 7 de la recourante).

Si l'autorité inférieure n'a effectivement pas versé au dossier des contrats qui auraient été passés entre la recourante ou des éditeurs tiers et leurs partenaires de distribution actifs à l'étranger, portant sur l'interdiction des ventes passives sur le territoire suisse, il ressort du même dossier que les relations commerciales entre la recourante et 22 éditeurs sont régies par un accord contenant la clause B. Or, pour 19 d'entre eux, la recourante n'a fourni aucune attestation. Elle n'a ainsi ni démontré que ladite clause n'était pas appliquée, ni que les éditeurs se chargeaient eux-mêmes de la diffusion et de la distribution de leurs ouvrages en France.

Ainsi, l'expérience des éditeurs E.C. _____, E.D. _____ et E.E. _____ doit être relativisée. Les attestations produites ne permettent pas à elles seules de prouver que la recourante n'aurait pas imposé à ses partenaires de distribution actifs hors du groupe MP des mesures visant à empêcher les ventes passives vers la Suisse.

9.7.3.3 Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations des livres écrits en français diffusés par la recourante en Suisse n'ont pas été possibles et ce, selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante. Ainsi, il n'appert pas que l'autorité inférieure ait constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète sur ce point.

9.8 Comme exposé plus haut, l'engagement pris auprès de la recourante par les éditeurs est présumé avoir été mis en œuvre, soit par la conclusion de contrats portant interdiction de répondre à des commandes non sollicitées provenant du territoire suisse, soit par la mise en œuvre par les

entités concédantes de mesures en ce sens. Or, dès lors qu'il a été établi que les importations des ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse n'avaient, durant une partie de la période sous enquête, pas été possibles en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante, il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices en faveur d'une exclusion des ventes passives.

En outre, les outils de gestion des retours permettent, dans une certaine mesure, de contrôler les flux des partenaires de distribution actifs à l'étranger. S'ils ne constituent pas – en soi – une mesure susceptible d'entraîner directement une exclusion des ventes passives, ils y contribuent, ce qui parle également en faveur de l'existence d'une interdiction – au moins indirecte – des ventes passives par les partenaires de distribution des éditeurs. Cette conclusion est encore appuyée par le fait que les diffuseurs-distributeurs suisses ont abordé la problématique des importations parallèles au cours de diverses réunions de l'ASDEL, auxquelles la recourante a pris ou avait la possibilité de prendre part.

Enfin, s'agissant des contrats contenant la clause B, la recourante s'est expressément engagée à ne pas vendre en dehors de son territoire réservé. Tel engagement doit être compris comme une interdiction pour la recourante de livrer des détaillants situés hors de son territoire. Dite clause constitue un indice fort de l'existence, dans le sens inverse, d'une interdiction pour les partenaires de distribution situés hors du territoire suisse de livrer des détaillants suisses.

En définitive, sur la base des pièces versées au dossier et de l'ensemble des indices constatés par le tribunal, il y a lieu de retenir que le système de distribution de la recourante fondé sur un régime d'exclusivité a indéniablement eu pour effet d'exclure les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés sur le territoire suisse. Il en va ainsi autant pour les relations commerciales reposant sur un accord contenant la clause B que pour les autres.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la troisième prémisse à la base de la présomption est ainsi réalisée s'agissant des relations commerciales avec les 56 éditeurs pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a été démontrée (les 20 éditeurs Tiers-MP [E.AU._____, E.AM._____, E.AV._____, E.AN._____, E.AO._____, E.C._____, E.AP._____, E.AW._____, E.AX._____, E.AQ._____, E.AY._____, E.AR._____, E.AZ._____, E.BA._____, E.AS._____, E.BB._____, E.AT._____],

E.BC._____, E.BD._____ et E.BE._____] , les 27 éditeurs Tiers-Dargaud [E.F._____, E.B._____, E.G._____, E.H._____, E.I._____, E.J._____, E.K._____, E.L._____, E.M._____, E.N._____, E.O._____, E.P._____, E.Q._____, E.R._____, E.S._____, E.T._____, E.U._____, E.V._____, E.D._____, E.W._____, E.X._____, E.Y._____, E.Z._____, E.AA._____, E.AB._____, E.E._____, E.AC._____] et les 9 éditeurs/diffuseurs en distribution pure [E.AD._____, E.AE._____, E.AF._____, E.AG._____, E.AH._____, E.AI._____, E.AJ._____, E.AK._____, E.AL._____]), si bien qu'il y a lieu de retenir que la recourante a été partie, durant l'ensemble de la période de l'enquête, à des accords verticaux en matière de concurrence interdisant les ventes passives par d'autres diffuseurs et/ou distributeurs externes au groupe MP des ouvrages dont la recourante est chargée de la diffusion et/ou de la distribution en Suisse. Le fait qu'un différentiel de prix respectivement de [moins de 10] % et de [moins de 10] % ait été constaté entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, n'est pas propre à modifier cette conclusion, dès lors que les contrats sur lesquels reposent ces accords sont restés en vigueur durant toute la période de l'enquête. Il en sera toutefois tenu compte ultérieurement, dans le cadre de la fixation d'une éventuelle sanction.

10. Renversement de la présomption

10.1 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace pour des accords – qualifiés de « durs » – passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui sont, de l'avis du législateur, parmi les plus dommageables pour la concurrence (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 8 en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 254 ss n° 110).

En l'espèce, dès lors que la recourante a été partie à des accords tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart avec les 56 éditeurs/diffuseurs mentionnés ci-dessus durant au moins une partie de la période de l'enquête, ceux-ci sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace.

10.2 La présomption contenue à l'art. 5 al. 4 LCart est réfragable. La loi sur les cartels ne précise cependant pas à quelles conditions celle-là peut être renversée. Selon la jurisprudence, le renversement de la présomption exige la preuve qu'une concurrence subsiste sur le marché de référence

nonobstant l'accord en matière de concurrence (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 561 ; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 8.3.2 ; arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9 ; Comco, DPC 2009/2 143, *Sécateurs et cisailles*, ch. 39 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 80 n° 31 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 439 n° 574). Dite présomption est réputée levée en tous les cas lorsqu'il est établi qu'une concurrence continue d'exister sur le plan intramarque (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 4.2).

Le point de savoir si le maintien d'une concurrence sur le plan intermarques peut être aussi pris en compte dans le cadre des accords verticaux, question laissée ouverte dans les deux arrêts mentionnés et controversée en doctrine (cf. notamment KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 440 ss n° 585 ss, en particulier p. 440 s. n° 587, qui souligne que « *[b]ei Beschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs durch Preisbindungen zweiter Hand und Klauseln mit einem absoluten Gebietsschutz besteht praktisch immer genügend Inter-brand-Wettbewerb. Eine Berücksichtigung des Inter-brand-Wettbewerbs würde die Gesetzesvermutung im Ergebnis zu ‚letzte morte‘ vorkommen lassen* » ; ADRIEN ALBERNI, Droit des accords verticaux : de l'enfance à l'adolescence, SJ 2010 II 123, p. 130 s., qui retient que, si la présence d'une certaine concurrence intramarque exige la preuve de l'existence d'une concurrence intermarques, la présence d'une concurrence intermarques, en cas d'absence de concurrence intramarque, ne devrait pas conduire au renversement de la présomption ; ég. BORER, op. cit., art. 5 p. 78 s. n° 30 s. ; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in : DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 5 p. 524 ss n° 345 ss) peut également être laissé ouvert dans le cadre de la présente procédure (cf. infra consid. 15).

En l'absence de concurrence effective, il y a lieu encore de tenir compte de la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange au niveau de la demande (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 9.2.4 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 n° 241 et 455 ; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 211 n° 434 *in fine*).

10.3 L'art. 5 al. 4 LCart règle ainsi le fardeau de la preuve, c'est-à-dire les conséquences de l'absence de preuves : s'il ne peut être prouvé qu'une concurrence subsiste malgré la restriction, la présomption l'emporte ; la suppression de la concurrence efficace est admise sans autre démonstration (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.1). En procédure administrative, le recours à la présomption ne signifie toutefois pas que la

charge de la preuve appartient aux seules parties à l'accord incriminé. Celles-ci ont certes le plus grand intérêt à ce que la présomption soit renversée ; cependant, pour être convaincante, la démonstration doit parfois s'appuyer sur des données, qui leur échappent, relatives aux conditions objectives du marché. Le cas échéant, les autorités de la concurrence devront, en application de la maxime inquisitoire et en collaboration avec les entreprises concernées (cf. supra consid. 6.4), examiner si, malgré l'accord, une concurrence subsiste. Ainsi, les autorités de la concurrence ne doivent pas confirmer la présomption ancrée à l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart ; elles peuvent toutefois la renverser (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 560 ss ch. 231.4 ; arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9 ; ANDREA CHRISTINE DOSS, *Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, 2009, p. 46 n° 75).

Ceci étant, il convient d'examiner, si la présomption légale de suppression de la concurrence efficace, à laquelle sont soumis les accords litigieux, peut en l'espèce être renversée.

11. Délimitation du marché de référence

11.1 Afin de déterminer l'intensité de la concurrence, il est avant tout nécessaire de délimiter le marché de référence du point de vue matériel, géographique et temporel (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1 ; Comco, DPC 2014/4 670, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, ch. 59 ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in : DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 4 al. 2 p. 257 s. n° 88). A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché de référence requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible et convaincante ; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. supra consid. 6.4 ; ég. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4).

11.2 La délimitation du marché de référence – laquelle relève de l'appréciation des faits – permet de constater si, et dans quelle mesure, la concurrence efficace est effectivement supprimée par un accord en matière de concurrence (cf. arrêt B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.2). La notion de marché de référence n'est pas définie dans la loi. L'art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) peut

toutefois, dans le cadre de l'appréciation des accords en matière de concurrence, être appliqué par analogie à la délimitation matérielle, géographique et temporelle du marché de référence (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1 ; arrêts B-831/2011 précité *Six Group* consid. 230, B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 257). Ainsi, outre le marché de produits, qui comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE), il convient également de circonscrire le marché géographique dans lequel l'accord a produit ses effets (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 5.3). Le marché de référence comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE). La clarification de la dimension temporelle du marché n'est pas toujours nécessaire, le marché temporel n'étant pris en compte que de manière exceptionnelle (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 270 n° 115 ; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 447 n° 71 ; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 4 al. 2 LCart p. 305 n° 107).

De même, la considération de développements subséquents à la période d'enquête n'est possible que de manière limitée, lorsqu'ils permettent de tirer des conclusions convaincantes sur la situation antérieure (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.2).

11.3 L'autorité inférieure a délimité le produit au livre écrit, c'est-à-dire rédigé ou traduit, en français (cf. ch. 556 de la décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, le livre numérique du marché de référence, notamment en raison de la faible consommation en Suisse de ce support de lecture et de ses spécificités techniques (cf. ch. 472 ss de la décision attaquée). Elle a également renoncé à distinguer entre les catégories de livres dès lors qu'un libraire est tenu d'offrir toutes les « marques » à ses clients (cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Après avoir examiné les autres marchés liés à la branche du livre, en particulier les marchés de services de diffusion et de services de distribution (cf. ch. 551 ss de la décision attaquée), l'autorité inférieure a toutefois considéré que seul le marché de la vente était affecté par l'accord. La définition des niveaux « retail » et « wholesale » n'étant pas contestée par la recourante, l'autorité inférieure a ainsi retenu que le marché de référence était celui de la vente de livres au niveau « wholesale » (cf. ch. 491 de la

décision attaquée). Sur le plan « wholesale », les partenaires potentiels de l'échange sont ainsi, selon l'autorité inférieure, du côté de l'offre, les diffuseurs/distributeurs en Suisse et en France, les grossistes et les libraires français et, du côté de la demande, les revendeurs de livres (cf. ch. 556 de la décision attaquée). En tant que les accords litigieux concernent indépendamment des détaillants généraux que des détaillants spécialisés dans un domaine particulier, l'autorité inférieure estime qu'il n'est pas nécessaire de diviser les détaillants en catégories (cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Enfin, elle relève que les détaillants forment l'offre « retail » (cf. ch. 514 ss de la décision attaquée) – laissant ouverte la question de savoir si les sociétés actives sur Internet de même que les libraires français font partie de celle-là (cf. ch. 511 et 536 de la décision attaquée) – et les consommateurs finals, la demande « retail » (cf. ch. 501 de la décision attaquée).

La recourante soutient en particulier que les entreprises actives sur Internet – en particulier Amazon – sont des partenaires potentiels de l'échange substituable à l'offre au niveau « wholesale » comme au niveau « retail ». Elle fait valoir que les entreprises actives sur Internet étaient, durant la période visée, en concurrence avec les revendeurs suisses de livres francophones. De même, de nombreux détaillants interrogés auraient, durant l'enquête, confirmé avoir eu recours aux entreprises actives sur Internet comme méthode d'approvisionnement alternative, si bien que dites entreprises devaient être considérées comme des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre « wholesale ».

11.3.1 Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que les partenaires potentiels de l'échange étaient, du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les librairies traditionnelles que les autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor et, du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France, ainsi que les grossistes et libraires français. Elle précise avoir exclu de l'offre « wholesale » les entreprises actives sur Internet (cf. ch. 513 de la décision attaquée). Elle considère en effet que celles-ci ne représentent pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants, lesquels perçoivent ces entreprises comme des concurrents (cf. ch. 537 ss de la décision attaquée). La recourante estime qu'il y a lieu de tenir compte, tant au niveau « wholesale » que « retail » des entreprises présentes sur Internet, les achats en ligne constituant une alternative d'approvisionnement pour les détaillants.

Compte tenu des spécificités de la branche du livre, les partenaires potentiels de l'échange sont – du côté de la demande – principalement les librairies et les autres détaillants – dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres, mais plus globalement le commerce de détail – actifs également dans la vente de livres aux consommateurs (cf. ch. 497 s. de la décision attaquée) ; la recourante ne le conteste pas. Pour le surplus, il n'y a pas lieu de tenir compte des différentes catégories de détaillants, en tant qu'il ne ressort pas du dossier qu'une différence de traitement soit opérée par les diffuseurs-distributeurs. Au contraire, les accords examinés par l'autorité inférieure sont indépendants du type de détaillants (cf. ch. 500 de la décision attaquée). Du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs, ainsi que les grossistes, font indéniablement partie de celle-ci.

Reste dès lors à examiner si les entreprises actives sur Internet et les libraires français sont également des partenaires potentiels de l'échange ; il convient d'en faire de même avec les consommateurs.

11.3.1.1 L'évaluation des questionnaires envoyés aux détaillants (cf. acte 88 ss) indique que la plupart d'entre eux ont considéré que les entreprises actives sur Internet étaient des concurrents réels (cf. ch. 520 de la décision attaquée). Un tel constat est confirmé par les déclarations d'OLF dans son questionnaire : *« le canal Internet est aujourd'hui destiné au consommateur final »* (cf. acte 76 p. 2). De même, Payot a relevé que *« [...]Internet ne peut être une solution, dans la mesure où les achats ne pourraient se faire que sur des sites de vente aux particuliers, donc sur la base du prix de vente, sans remise pour les librairies »* (cf. acte 129 p. 4). Lors de son audition du 26 novembre 2012 devant l'autorité inférieure, Payot a précisé : *« [o]n ne voit pas Amazon devenir un fournisseur qui nous accorderait un prix d'achat de revendeur [...] ça peut être une solution ponctuelle »* (cf. acte 913 lignes 431-439). Il y a ainsi lieu de relativiser les propos de certaines librairies et en particulier de la librairie D.G. _____, laquelle précise acheter souvent sur Internet : *« Les livres [y] sont vendus au change réel, hors TVA française [...]. Ils sont donc entre 20 et 30 % moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur [Internet] des livres au prix où les librairies les achètent aux diffuseurs »* (cf. acte 406 p. 6). Dite déclaration doit être mise en relation avec les déclarations de la même librairie en 2008 : *« Quand un diffuseur suisse peine trop pour obtenir un livre, nous pouvons être amenés à les commander auprès des marchands sur Internet, mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant »* (cf. acte 136 p. 2).

Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des entreprises présentes sur Internet ne permet pas aux détaillants de retirer une marge suffisante pour leur activité, les prix pratiqués aux détaillants par dites entreprises étant les mêmes que ceux pratiqués aux consommateurs. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement par Internet effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances particulières et de manière ponctuelle. La recourante ne saurait dès lors en conclure que les entreprises actives sur Internet constitueraient une alternative d'approvisionnement valable. Partant, les entreprises actives sur Internet ne sont pas des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre « wholesale ». L'éventuelle concurrence au niveau « retail » occasionnée par le commerce électronique du livre imprimé et ses conséquences sur le marché « wholesale » seront néanmoins analysées plus avant.

11.3.1.2 Quant aux librairies françaises, il ressort de l'évaluation des questionnaires adressés aux détaillants que ceux-ci ne voient pas les librairies françaises comme une alternative crédible d'approvisionnement. Elles ne peuvent en réalité que constituer un « marché gris » au niveau de l'offre « wholesale », dès lors qu'elles représentent des intermédiaires supplémentaires dans le réseau de distribution et sont, à ce titre, elles-mêmes tributaires des diffuseurs-distributeurs exclusifs français. Dans ces conditions, elles ne sauraient constituer des partenaires potentiels de l'échange à part entière. Au surplus, les importations par l'intermédiaire d'un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », sont marginales et se font à l'insu des éditeurs et des diffuseurs-distributeurs.

Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des libraires français ne permet pas aux détaillants d'obtenir les mêmes conditions et services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses, en particulier s'agissant des remises et du droit de retour. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement auprès des librairies en France effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances spécifiques, en particulier pour les ouvrages non diffusés et non distribués en Suisse. Elles ne permettent pas de conclure que les librairies françaises sont des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre « wholesale », ce que confirme, du reste, l'expérience de Payot (cf. supra consid. 9.6.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché « retail », par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant.

A noter que le système singulier mis en place par B.A._____ ne saurait être assimilé à un approvisionnement auprès de librairies françaises, dès lors que l'expérience de B.A._____ a nécessité le déploiement d'un important système parallèle secret, ayant notamment impliqué l'acquisition, par le passé, de librairies françaises, les transformant, parallèlement à leur activité de librairies, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse (cf. supra consid. 9.6.3).

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

Il s'ensuit que les consommateurs ne peuvent être considérés comme des partenaires potentiels de l'échange. Les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché « retail » et la demande des consommateurs finals seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse.

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

11.3.2 Il y a maintenant lieu de délimiter les produits ou services substituables entre les différents partenaires potentiels de l'échange, en tenant compte d'abord de la substituabilité du point de vue de la demande. A cet égard, il s'agit de tenir compte des produits ou services alternatifs existants (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 n° 68), le degré de substituabilité s'appréciant en fonction de caractéristiques objectives et des préférences subjectives (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.3 ; arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.1.1). La substituabilité du côté de l'offre doit en principe également être prise en compte dans la délimitation du marché de produits (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272). Ainsi, les produits qui ne sont pas substituables du côté de la demande doivent être néanmoins inclus dans le marché de produits s'il existe un degré élevé de substituabilité au niveau de l'offre (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 n° 12). Il y a substituabilité au niveau de l'offre lorsque les producteurs peuvent réorienter leur production à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, et fabriquer ainsi des produits qui sont fonctionnellement interchangeables du point de vue de la demande avec les autres produits sur le marché (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 n° 12 ; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 p. 207 n° 150 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 249 n° 65 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 295 n° 85). Seuls les concurrents susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai sont pris en compte dans le cadre de la détermination de la substituabilité du côté de l'offre. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de concurrents potentiels susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible, mais non bref. La concurrence potentielle sera toutefois prise en compte dans le cadre de l'analyse de la concurrence sur le marché de référence (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 n° 67 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, op. cit., p. 163).

11.3.2.1 La notion de livre écrit en français représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision entreprise. Il s'agit, d'une part, des livres écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français ; la recourante ne le conteste pas. Reste à examiner si, comme le prétendent certains diffuseurs-distributeurs, il y a lieu de considérer les livres numériques comme faisant partie des produits substituables au niveau de la demande et de l'offre, et s'il y a lieu d'effectuer une distinction selon les différentes catégories de livres.

S'agissant des livres numériques, il y a lieu de distinguer selon que ceux-ci sont substituables aux livres écrits au niveau « wholesale », c'est-à-dire du point de vue des détaillants, et au niveau « retail », c'est-à-dire du point de vue des consommateurs. L'expertise Gugler (cf. acte 699a, annexe 1), sur laquelle se fondent certains diffuseurs-distributeurs, n'a pas distingué leurs arguments selon les niveaux « wholesale » et « retail ». L'utilisation du livre numérique nécessite l'utilisation d'une liseuse ou d'un autre dispositif électronique, tel un smartphone ou une tablette, ce qui constitue en soi un produit spécifique. De plus, le contenu du livre s'acquiert essentiellement en ligne, sans point de vente physique et sans intermédiaire. La structure du marché est donc sensiblement différente du modèle économique existant pour les livres imprimés et n'est pas directement touchée par les accords existants entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Ainsi, du point de vue des détaillants, le livre numérique n'est pas vu comme substituable au livre imprimé. De même, il n'apparaît pas que les diffuseurs-distributeurs aient été en mesure, durant la période de l'enquête, de fournir des livres numériques aux détaillants dans un laps de temps bref et sans investissements conséquents ; la recourante ne développe d'ailleurs aucun argument spécifique sur ce point. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché « wholesale » durant la période de l'enquête. Quant à l'influence des livres numériques sur le marché « retail », l'autorité inférieure se fonde sur plusieurs études, notamment sur l'expertise Gugler. Selon une étude du cabinet Kearney, datant de 2012, les ventes de livres numériques ne représenteraient que 0.5 % des ventes totales de livres en France – seuls 0.2 % des français étant équipés en matériel pour lire des livres numériques – pour un catalogue de 60'000 titres (cf. ch. 473 de la décision attaquée). Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo, effectuée début 2011, les français estiment à 65 % que le livre imprimé restera toujours le principal support, l'étude précisant que le taux d'intérêt pour les livres numériques n'a pratiquement pas bougé entre 2009 et 2011 (cf. ch. 474 de la décision attaquée). Quant à l'expertise Gugler, elle se fonde sur une étude produite en 2010 par PricewaterhouseCoopers, laquelle prédit une forte croissance, à l'avenir, des livres numériques (cf. ch. 475 de la décision attaquée). Il s'ensuit que la faible consommation de livres numériques durant la période de l'enquête ne permet pas de constater que ceux-ci soient substituables aux livres imprimés aux yeux du consommateur final. Force est dès lors de constater, à l'instar de l'autorité inférieure, que les livres numériques n'ont pas non plus fait partie du marché pertinent au niveau « retail ».

11.3.2.2 Certains diffuseurs-distributeurs ont affirmé qu'il est nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux principales catégories de

livres, chaque catégorie de livres répondant à un besoin spécifique des consommateurs. Cette catégorisation serait également importante pour déterminer les possibilités de substitution des ouvrages.

Il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'enquête portent sur l'ensemble des catalogues diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, sans opérer de distinction entre les différentes catégories de livres. Ainsi, du côté de la demande, les détaillants doivent concevoir une offre variée et être en mesure de proposer un assortiment de livres aussi complet que possible, dans tous les domaines, que ce soit directement dans leurs rayons ou en les commandant à la demande. Partant, les détaillants sont tenus d'entretenir des relations commerciales avec les principaux – si ce n'est tous les – diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse. De même, ces derniers doivent proposer aux détaillants – en raison des différents régimes d'exclusivité octroyés – l'ensemble de leur catalogue et n'opèrent pas de distinction en fonction des catégories d'ouvrages ; la recourante ne le prétend d'ailleurs pas. Ainsi, il appert qu'il n'est pas nécessaire – au stade de la définition du marché de référence – d'opérer une distinction entre les différentes catégories de livres proposées par la recourante, puisque le livre écrit constitue, en tant que tel, le produit vendu. En revanche, l'influence des différentes catégories de livres sur le comportement des consommateurs devra être examinée ultérieurement au stade de l'analyse de la concurrence.

11.3.3 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le marché de produits est celui de la vente de livres neufs écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français au niveau « wholesale » – soit le marché de la distribution – en tant qu'il s'agit du marché affecté par l'accord. Les autres marchés du livre, en particulier les marchés des services de diffusion ne font pas partie du marché de produits. L'éventuelle pression concurrentielle sur la vente desdits livres au niveau « wholesale », en particulier celle exercée par le marché « retail » sera néanmoins examinée au stade de l'analyse de la concurrence dont la délimitation du marché n'est que la prémisse.

11.4 Le marché géographique comprend le territoire dans lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande, pour les produits ou les services qui composent le marché de produits (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.1 ; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 9.6.1 ; arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 302 et B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9.2 ; Comco, DPC 2007/2 190, *Publigroupe*, ch. 121 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit.,

art. 4 al. 2 LCart p. 301 n° 98 ; DAVID/JACOBS, op. cit., p. 237 n° 693 ; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 p. 218 n° 218 s.). Il s'agit de déterminer s'il existe, dans une zone géographique donnée, des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines. Le marché géographique peut donc être défini dans certains cas comme local, régional, national, supranational ou mondial (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 303 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 n° 15).

L'autorité inférieure a délimité le marché géographique au niveau « wholesale » à la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, et le marché géographique au niveau « retail » à la région francophone nationale, l'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devant toutefois être considérée dans l'analyse de la concurrence subséquente. La recourante, quant à elle, ne formule aucun grief sur la délimitation du marché géographique effectuée par l'autorité inférieure.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la délimitation du marché géographique retenue dans la décision attaquée.

11.5 Le marché temporel comprend la période au cours de laquelle les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits et dans la zone géographique qui compose le marché géographique (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 307 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 n° 16 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 ss n° 107 ss). La dimension temporelle du marché de référence n'est prise en compte que de manière exceptionnelle, lorsque les produits ou services qui composent le marché de produits ne sont disponibles que durant certaines périodes (cf. arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 307 et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3). Le caractère substituable de deux produits présuppose dès lors que ceux-ci soient disponibles sur le marché en même temps (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 n° 108).

En l'espèce, il n'est pas contesté que les diffuseurs-distributeurs et les détaillants ont respectivement offert et acquis des livres écrits en français, sans interruption, durant la période de l'enquête. Il s'ensuit que la délimitation du marché temporel n'est pas pertinente, l'offre et la demande ayant été continues tant sur le marché « wholesale » que sur le marché « retail » pendant la période de l'enquête.

11.6 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la décision attaquée expose de manière circonstanciée le fonctionnement du marché du livre, en particulier sa dimension matérielle. L'autorité inférieure, en se fondant sur des études, a motivé avec soin les raisons justifiant d'exclure du marché de référence notamment les livres numériques et le commerce électronique de livres imprimés. De même, elle a examiné le fonctionnement du marché « wholesale » et « retail ». Pour le surplus, la recourante ne remet pas en question ni la dimension géographique retenue par l'autorité inférieure ni l'absence de pertinence de la dimension temporelle.

Toutefois, il y a lieu d'exclure les librairies françaises des partenaires potentiels de l'échange, celles-ci ne constituant pas une alternative d'approvisionnement crédible. Pour le surplus, rien ne s'oppose à la délimitation du marché de référence opérée par l'autorité inférieure, laquelle a défini le marché comme étant celui de la vente « wholesale » de livres neufs, imprimés et écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français dans la zone supranationale francophone, à l'exclusion du commerce électronique de livres imprimés.

Il s'ensuit que les griefs formulés par la recourante sur ce point doivent être rejetés.

12. Concurrence sur le plan intramarque

Ceci étant, il convient d'examiner si, nonobstant les accords concernés, il subsiste une concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence.

12.1 L'autorité inférieure a relevé que la forte différenciation des titres édités rendrait non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, respectivement le détaillant ou le grossiste au niveau « wholesale » et le consommateur au niveau « retail », ne choisirait pas un livre en fonction d'une marque correspondant au nom de l'éditeur ou du diffuseur-distributeur ; il acquerrait avant tout un titre déterminé. Que la notion de marque se rapporte à la production éditoriale, au catalogue du diffuseur-distributeur ou au livre lui-même, les conclusions de l'analyse de la concurrence demeurerait identiques.

La recourante soutient qu'il n'existerait aucune possibilité d'arbitrage par les prix ou à tout le moins pas avant 2011. De même, dans la mesure où les détaillants ont choisi de s'approvisionner en Suisse en raison de la

meilleure qualité du service des diffuseurs-distributeurs suisses, il n'existerait aucune possibilité d'arbitrage entre la France et la Suisse.

12.2 Il subsiste une concurrence sur le plan intramarque lorsque les partenaires potentiels de l'échange qui offrent des produits ou des services de la même marque continuent de se faire concurrence malgré l'existence de l'accord (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 ; arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 5.4 ; Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 176 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, n° 207 ss ; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 459 n° 114 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 442 n° 594 ss). Tel est le cas lorsqu'il existe des possibilités d'arbitrage suffisantes, lesquelles peuvent consister en un différentiel de prix ou des différences concernant d'autres paramètres, comme les services, et – dans le cadre d'accord d'attribution de territoires – si suffisamment d'importations parallèles ont effectivement eu lieu pour discipliner le marché (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2 ; Comco, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 215 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 207 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss n° 660 ss). Une concurrence sur le plan intramarque peut également subsister indépendamment d'éventuelles importations parallèles, s'il subsiste une concurrence en Suisse (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 585 n° 676). En droit européen, un accord de distribution exclusive – n'interdisant pas les ventes passives – peut malgré tout affaiblir la concurrence. La position sur le marché détenue par le producteur est particulièrement importante ; plus la position du producteur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque est grave (ch. 153 des lignes directrices). De même, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque peut constituer un problème grave sur un marché mûr, mais être plus anodin sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent (ch. 158 des lignes directrices). La concurrence sur le plan intramarque risque de s'affaiblir, lorsque la distribution exclusive est pratiquée sur des territoires étendus – comme par exemple un Etat –, dans la mesure où les partenaires potentiels de l'échange du côté de la demande pourraient, pour une marque importante, n'avoir plus qu'un choix limité d'approvisionnement (ch. 159 des lignes directrices).

12.3 Le point de départ de l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque consiste en la définition de la marque. Il ressort de la décision attaquée que l'ensemble des accords analysés reposent sur un régime d'exclusivité (cf. ch. 422 de la décision attaquée). En raison des spécificités du marché du livre, il appert que – sur un territoire donné – chaque titre

est, en principe, produit par un seul éditeur, lequel confie respectivement la diffusion et la distribution de son fonds à un diffuseur-distributeur exclusif. Ce dernier est généralement le seul à diffuser et distribuer son catalogue aux détaillants dans le territoire qui lui est attribué (cf. ch. 5 ss, not. 9 de la décision attaquée). Ce faisant, chaque titre fait partie d'un seul fonds d'éditeur, lequel fait partie d'un seul catalogue de diffuseur-distributeur. Dans une telle configuration, il importe peu – au niveau de l'analyse de la concurrence intramarque – d'opérer une distinction au niveau de la marque entre les titres, les fonds édités ou les catalogues diffusés et distribués sur un territoire donné.

12.4 Au surplus, il a été admis ci-dessus que les librairies Payot et FNAC avaient bénéficié de possibilités d'arbitrage par les prix durant une partie de la période visée par l'enquête. Quant aux petits et moyens détaillants, il ne peut être exclu qu'ils ont bénéficié d'un potentiel d'arbitrage par les prix notamment s'ils coordonnaient leurs importations (cf. supra consid. 9.5.4).

12.5 De même, il a également été établi que seules quelques importations depuis la France avaient été opérées entre 2005 et 2011 (cf. supra consid. 9.6.1 ss).

12.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que seules quelques importations depuis la France ont été opérées entre 2005 et 2011 sur le marché de référence. Elles concernent par ailleurs principalement des ouvrages non-diffusés et non-distribués en Suisse, de sorte qu'il ne s'agit pas – à proprement parler – d'importations parallèles au sens de celles comprises dans l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque, un approvisionnement direct depuis la France étant le principal – si ce n'est le seul – canal de distribution desdits ouvrages. Les quelques importations proprement dites qui ont été réalisées sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, comme le démontre en particulier le différentiel de prix ayant existé, durant une partie de la période d'enquête, entre les marchés « wholesale » suisse et français pour lesdits ouvrages (cf. supra consid. 9.8). En outre, la recourante étant le diffuseur et/ou distributeur exclusif pour le territoire suisse du catalogue des éditeurs Tiers-MP, Tiers-Dargaud et des éditeurs/diffuseurs en distribution pure, et par là-même, l'unique acteur sur le marché « wholesale » suisse en relation avec lesdits ouvrages, aucune concurrence sur le plan intramarque n'a existé sur le marché de référence durant la période visée par l'enquête. De même, il

ressort que des importations n'étaient pas possibles en raison du système de distribution de la recourante et des autres diffuseurs-distributeurs.

Il s'ensuit que les 56 accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart auxquels la recourante a été partie n'ont pas permis qu'il subsiste, sur le marché de référence et pour toute la période de l'enquête, une concurrence sur le plan intramarque.

13. Concurrence sur le plan intermarques

Il convient encore d'analyser la concurrence sur le plan intermarques. Il s'agit d'abord d'examiner la concurrence actuelle, c'est-à-dire s'il existe une concurrence avec des substituts provenant d'autres producteurs (cf. ch. 11 CommVert ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 483 n° 203). A cet égard, il y a lieu de déterminer si les parts de marché détenues par les concurrents d'autres marques sont suffisantes pour qu'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. A défaut, on examinera la concurrence potentielle (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 356).

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

des services, pour disposer du plus grand rayonnage de titres de leurs catalogues auprès de chaque détaillant (cf. ch. 601 de la décision attaquée).

De l'avis de la recourante, quand bien même les détaillants seraient tenus de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs, cela ne signifie pas qu'ils ne se livrent pas à une concurrence vive entre eux. Au contraire, le fait que les livres constituent des produits différenciés, combiné au fait que le marché se caractérise par un nombre élevé de références, pousserait les diffuseurs-distributeurs à se concurrencer sur la qualité des services de diffusion, dans le but d'augmenter leurs volumes de vente respectifs auprès des détaillants. En présence de produits différenciés, la demande reposerait en effet sur plusieurs facteurs qui, contrairement aux biens homogènes, ne se limiteraient pas au prix du produit, mais s'étend à la qualité du service en général, à l'information sur les spécificités du produit, à l'éventail du stock de produits à disposition ou encore aux conditions d'obtention du produit en cas de commande. Ainsi, les diffuseurs-distributeurs se livreraient une concurrence vive au niveau « wholesale » par l'assortiment et l'offre de produits proposés, les services de commercialisation qu'ils fournissent, la taille, le nombre et la compétence de leurs équipes, ainsi que par les promotions particulières accordées en faveur des détaillants. Ils rivaliseraient aussi également entre eux au niveau du droit de retour et des modalités de livraison. Quant au marché spécifique de la bande dessinée, il se caractériserait par l'existence de séries se concurrençant entre elles.

13.2 Sur le marché du livre, la concurrence sur le plan intermarques se joue avant tout sur l'échelon « retail ». Du point de vue du consommateur final, c'est-à-dire du lecteur, les titres d'un genre déterminé (p. ex. les livres de cuisine ou les livres de voyage) peuvent, jusqu'à un certain point être substituables. Ainsi, on doit admettre, à l'instar de ce que certains diffuseurs-distributeurs ont soutenu, que le lecteur peut, dans une certaine mesure, substituer, par exemple, le « Guide Michelin » par le « Gault et Millau » ou le « Guide du Routard » par le « Lonely Planet ». Toutefois, cette substituabilité ne se transpose pas au niveau « wholesale ». Un détaillant ne peut en effet pas choisir d'offrir à ses clients un seul guide de voyage, à l'exclusion d'un autre par exemple. De même, pour les ouvrages de littérature générale, il ne peut pas non plus faire le choix d'intégrer dans son offre uniquement les titres les plus répandus. Il en va de même des bandes dessinées. Pour pouvoir satisfaire à la demande de leurs clients, les détaillants doivent être en mesure d'offrir à ceux-ci un large assortiment de références, le cas échéant, sur commande.

A cet égard, Payot a indiqué, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, ce qui suit :

« si nous ne pouvons fournir ces livres, soit dans l'assortiment, soit par le biais de commandes clients spécifiques, nous ne sommes pas en mesure de remplir notre mission qui est justement de pouvoir proposer à notre clientèle l'ensemble des titres réputés disponibles, quel que soit le mode de diffusion/distribution choisi par l'éditeur » (cf. acte 129).

C'est la raison pour laquelle, sur le marché « wholesale », les détaillants ne commandent pas des titres individuels, mais un assortiment de titres (p. ex. un assortiment de livres policiers). Aussi, pour pouvoir offrir à leurs clients un choix satisfaisant de références, les détaillants sont tenus d'avoir un compte ouvert auprès des principaux – si ce n'est de l'ensemble – des diffuseurs-distributeurs suisses, dès lors qu'aucun de ceux-ci ne peut être substitué à un autre comme canal d'approvisionnement. Cet état de fait réduit considérablement le pouvoir de négociation des détaillants sur l'échelon « wholesale ». Un détaillant ne peut en effet pas menacer un diffuseur-distributeur d'aller acheter les livres de son catalogue auprès d'un autre diffuseur-distributeur suisse si, par exemple, celui-là ne lui fait pas un meilleur prix. De même, il ne peut pas exclure de son réseau d'approvisionnement un diffuseur-distributeur pour le motif qu'il ne serait pas concurrentiel.

Payot a, à ce titre relevé, dans le questionnaire précité, que :

« cette concurrence [entre les diffuseurs-distributeurs suisses] n'existe pas, dans la mesure où chacun diffuse une production qui lui est propre [...] quel que soit son poids de parts de marché, y compris s'il est très faible, un diffuseur dispose des mêmes conditions d'exclusivité de diffusion qu'un gros diffuseur pour les catalogues qui lui sont propres. [...] Chaque diffuseur [a] le monopole absolu pour les catalogues dont il a la responsabilité. [...] le modèle appliqué en Suisse est copié du modèle français : il est basé sur la diffusion et la distribution exclusives de la production d'un éditeur par un fournisseur donné [...]. Un libraire ne peut acheter un livre d'un éditeur donné que chez un et un seul fournisseur, peu importe [sa] taille : quelles que soient les parts de marché de chacun, il est en situation de maîtrise complète et totale dans la commercialisation des produits dont il a l'exclusivité ; il n'existe de fait aucune concurrence entre les fournisseurs » (cf. acte 129).

Cela étant, il n'est pas contesté que les détaillants doivent faire face à une contrainte spatiale, en ce sens qu'ils ne peuvent pas exposer dans leurs librairies tous les livres de tous les diffuseurs-distributeurs auprès desquels ils disposent d'un compte (cf. ch. 601 de la décision attaquée). Ils doivent donc faire un choix parmi les titres des catalogues de ceux-ci, étant entendu que les livres qui, pour le client final, représentent des produits

substituables ont davantage de possibilités d'être vendus s'ils sont exposés dans la librairie. Il s'ensuit néanmoins que la forte différenciation des produits plaide en défaveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. Partant, il y a lieu de déterminer s'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques non seulement sur les prix, mais aussi au niveau du rayonnement. Pour ce faire, il est préalablement nécessaire d'établir les parts de marché de la recourante et de ses concurrents pour la période de l'enquête.

13.3 L'analyse de la concurrence actuelle débute par celle des parts de marché détenues par le fournisseur et ses concurrents (cf. Comco, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 249 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 257 ss). En principe, les accords verticaux (de prix minimum ou de protection territoriale) ne produiraient d'effets anticoncurrentiels qu'en présence d'un pouvoir de marché des entreprises participantes supérieur à 30 % (ch. 153 et 154 des lignes directrices ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 584 n° 670). Par ailleurs, l'évolution des parts de marché permet, en principe, d'admettre plus facilement l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques que si les parts de marché demeurent identiques pendant des années (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 9.5.5). La présence d'une concurrence par le prix parle également souvent en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 282 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 584 s. n° 673). De même, la différenciation des produits constitue aussi un indice qu'une concurrence subsiste (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 284 ss ; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 460 s. n° 120). A défaut, il s'agira d'examiner si le producteur et ses concurrents font face à une concurrence potentielle les forçant à adopter un comportement efficace malgré l'absence de concurrence actuelle (cf. Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 212 ss et DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 269 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 n° 508 ; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 460 s. n° 120). A cet effet, l'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 n° 508). Inversement, la présence de barrières légales à l'entrée sur le marché, l'existence de coûts irrécupérables élevés, les difficultés linguistiques, les coûts de transport élevés et les surcapacités sont des indices qu'une concurrence intermarques potentielle efficace n'existe pas. La concurrence potentielle fait défaut si l'on ne peut pas envisager des entrées sur le marché dans un délai de deux à trois ans (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 n° 509).

En droit européen, un accord de distribution peut affaiblir la concurrence intermarques, lorsque la plupart ou la totalité des producteurs pratiquent la distribution exclusive (ch. 151 des lignes directrices). Lorsque les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque sera généralement compensé par une concurrence sur le plan intermarques. En revanche, lorsque le nombre de concurrents est faible, que leur part de marché, leur capacité et leur réseau de distribution sont plus ou moins similaires, il existe un risque d'atténuation de la concurrence sur le plan intermarques. La diminution de la concurrence sur le plan intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs producteurs exploitent des systèmes de distribution similaires. De plus, la distribution exclusive multiple – à savoir le fait pour différents producteurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné – peut encore accroître le risque d'atténuation de la concurrence. En effet, lorsqu'un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents ou plus sur le même territoire, la concurrence sur le plan intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multiples est élevée, plus le risque d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence sur le plan intermarques sera réduite (ch. 154 des lignes directrices). Les risques éventuels que fait peser la distribution exclusive multiple sur la concurrence sur le plan intermarques sont plus importants au niveau « wholesale » qu'au niveau « retail ». Ainsi, lorsqu'une entreprise devient distributeur exclusif pour un nombre important de producteurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite, mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau « wholesale » (ch. 160 des lignes directrices).

13.3.1 La recourante a relevé que, faute d'entraîner une addition de marchés horizontale, les accords verticaux avaient un potentiel de nuisance inférieure aux accords horizontaux. Sa part de marché devant être limitée à [...] ou [...] %, l'exclusivité dont elle bénéficie ne serait pas apte à supprimer la concurrence sur le marché. Dite observation ne lui est toutefois d'aucune aide en l'espèce. L'enquête portant sur les systèmes de distribution de l'ensemble de la branche et non sur un seul diffuseur-distributeur comme cela avait pu être le cas dans de précédentes affaires (cf. *Comco*, DPC 2010/1 65, *Gaba* et DPC 2012/3 540, *BMW*), une addition des parts de marché est avérée et pertinente, en tant que l'autorité inférieure a établi que l'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs conduisait au cloisonnement du marché (cf. ch. 605 de la décision attaquée). Cette façon de faire est conforme, de

surcroît, au droit européen, lequel tient compte dans l'appréciation de la concurrence intermarques des parts de marché des différents concurrents, en particulier lorsque leur nombre est faible, que leur part de marché est plus ou moins identique et qu'ils exploitent des systèmes de distribution similaires (ch. 154 des lignes directrices).

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

13.3.3 Quant à la concurrence sur les prix au niveau intermarques, il sied de relever que, sur le marché « wholesale », le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la tablette pour chaque titre. Chaque détaillant négocie avec chaque diffuseur-distributeur le niveau de la remise (cf. ch. 611 de la décision attaquée). Il a toutefois été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse au questionnaire du 12 juillet 2007, bénéficier de remises de base chez Diffulivre, Servidis, Interforum, OLF, les Editions des 5 Frontières et la recourante oscillant entre [...]-% et [...] % chez Flammarion (cf. acte 21). Ces taux ont été relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête (ch. 614 de la décision attaquée). Enfin, il ne ressort pas du dossier – et la recourante ne l'allègue pas non plus – que les détaillants auraient bénéficié d'une remise supplémentaire ou d'autres avantages pour faire figurer un large choix de titres d'un diffuseur-distributeur dans leurs librairies ou pour mettre en évidence ceux-ci au niveau du rayonnage. Au contraire, Payot a fait savoir,

dans le questionnaire du 9 décembre 2008, que ses conditions pour un éditeur étaient en général les mêmes, quels que soient le type de livres et la quantité achetée pour un même titre (cf. acte 129). De même, les tabelles de prix ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse ; les diffuseurs-distributeurs n'ont cependant pas réagi avec la même vitesse au phénomène monétaire, tel qu'en atteste le courrier adressé par les représentants des librairies au sein de l'ASDEL en février 2011 à certains diffuseurs-distributeurs :

« Vous êtes resté sourd à notre message. Les “promotions” que vous proposez ne remplacent en aucun cas une politique à long terme d’ajustement des tabelles à la baisse considérable de l’euro depuis plus d’un an.

De toute évidence, votre stratégie financière et commerciale, sous couvert “d’appliquer des conditions commerciales concurrentielles sur le marché suisse”, ne tient aucun compte des appels répétés de vos principaux clients [...]. Nous vous répétons ici que seule une baisse progressive et générale de vos tabelles répondrait à nos préoccupations les plus urgentes » (cf. acte 693c, annexe 56).

Dans ces conditions, il y a lieu de relever que la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau « wholesale », les différences de prix n'influençant pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs.

Il s'ensuit qu'il ne subsiste aucune concurrence sur le prix au niveau intermarques sur le marché de référence durant l'entier de la période de l'enquête.

13.3.4 Reste à déterminer si, nonobstant la forte différenciation des produits, il subsiste une concurrence sur le plan intermarques au niveau du rayonnage.

Payot a indiqué, en réponse à la question de savoir selon quels critères elle choisissait les livres qu'elle proposait à sa clientèle, que :

« il n'est pas dans les us et coutumes de la librairie de privilégier un fournisseur en fonction des conditions qu'il nous octroie. Seul l'intérêt commercial présumé d'un livre et la nécessité de proposer une offre riche, variée et cohérente sont les facteurs déterminant l'achat [...]. Ce sont les librairies, dans chacune des succursales, qui déterminent et créent leur assortiment, aussi bien pour les nouveautés que pour le fonds, en fonction de leur connaissance de leur clientèle, de la taille de la librairie, etc. » (cf. acte 129).

La FNAC a, dans ce même questionnaire, encore ajouté faire ses choix en fonction de la concurrence immédiate (cf. acte 254). La FNAC et Payot ont toutes deux indiqué que, pour choisir les nouveautés qu'elles proposent à leurs clients, elles reçoivent la visite de représentants qui leur présentent les programmes des nouveautés à paraître. Ceux-ci disposent d'informations qui aident le détaillant à se déterminer sur la nécessité de commander un titre ou pas et sur le nombre d'exemplaires à commander. Pour le réassort des articles du fonds, elles ont précisé veiller à garantir un assortiment de qualité, alliant présence des nouveautés, largeur et profondeur de l'offre pour satisfaire un maximum de clients (cf. actes 129 et 254). Payot a par ailleurs relevé qu'il ressortait d'un sondage réalisé auprès de sa clientèle en mai 2008 que, pour les 55 % des clients interrogés, l'offre était le principal critère de qualité d'une librairie (cf. acte 129). Selon la FNAC, ce critère est capital en tant qu'il détermine la réputation d'une librairie (cf. acte 254). En outre, à la question de savoir, dans l'hypothèse où un livre déterminé n'était pas disponible dans leur librairie, quel pourcentage de clients quitterait la librairie sans le commander, Payot l'a estimé entre 5 et 20 %, la FNAC à environ 50 %. Ne pas disposer d'une référence en rayons peut ainsi représenter une perte financière importante pour un détaillant. La FNAC a encore relevé que les diffuseurs-distributeurs proposaient très régulièrement des opérations commerciales, c'est-à-dire remettre en avant des titres de leurs catalogues en fonction de l'actualité, de la saisonnalité ou de la parution d'une nouveauté importante, entraînant alors la remise en avant du fonds de l'auteur concerné (cf. acte 254). La FNAC a indiqué être totalement libre d'accepter ou de refuser ces opérations commerciales. Sur ce même point, Payot a fait savoir que, chez de nombreux fournisseurs, un système de « grille d'office » est appliqué aux nouveautés, c'est-à-dire que, pour tout nouveau titre d'une collection ou d'un genre donné, un exemplaire au moins, parfois davantage, est envoyé – et facturé – d'office (cf. acte 129).

Il résulte de ce qui précède que ce sont les détaillants qui choisissent, compte tenu de leurs contraintes spatiales, les livres qu'ils proposent dans leurs librairies, selon leurs propres critères. Ils ne font à cet égard pas jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs pour déterminer leurs offres. Au même titre qu'il doit avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs, un détaillant doit proposer dans sa librairie l'offre la plus large et la plus diversifiée possible. L'intérêt commercial du libraire est prépondérant dans le choix des titres.

13.3.5 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il ressort que la forte différenciation des livres limite les possibilités de substitution à tous les

niveaux. L'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs fondés sur un régime d'exclusivité – indépendamment de la forme de celle-ci – a couvert plus de 95 % du marché sur la période visée par l'enquête. Ainsi, compte tenu de la nécessité pour les détaillants d'être en relation avec l'ensemble des distributeurs-diffuseurs, la concurrence actuelle sur le plan intermarques entre ces derniers a été très largement insuffisante pour qu'il subsiste une concurrence sur le marché de référence.

13.4 Il convient dès lors d'examiner si, durant la période concernée, il subsistait une concurrence potentielle au niveau intermarques sur le marché de référence. Tel est le cas lorsque le producteur et ses concurrents craignent de nouvelles entrées sur le marché. Ainsi, les conditions d'accès et de sortie du marché sont un critère central dans l'appréciation de la concurrence intermarques potentielle (message LCart 1995, FF 1995 I 472, 515). L'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché, que ce soit pour des offreurs domestiques ou étrangers, constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 n° 508).

Selon l'autorité inférieure, deux éléments auraient limité les possibilités d'entrée sur le marché. Premièrement, celle-ci dépendrait des droits d'édition. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs principaux ont des rapports très étroits avec la distribution en France. En effet, les principaux éditeurs seraient concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion en Suisse, ce qui reviendrait à admettre que la plupart des acteurs de l'édition sont déjà entrés sur le marché. Dans ce sens, elle ne serait réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché (cf. ch. 624 ss de la décision attaquée).

La recourante a en substance exposé dans son recours qu'une concurrence potentielle importante existait au niveau intermarques sur le marché « wholesale » durant la période visée par l'enquête dès lors que les barrières à l'entrée y seraient peu élevées. Ainsi, il était possible pour un nouvel acteur de faire une entrée sur celui-ci, que ce soit un nouveau diffuseur-distributeur décidant de se mettre à diffuser et/ou distribuer des catalogues d'éditeurs encore non-représentés en Suisse, un éditeur déjà présent sur le marché, mais décidant de s'auto-diffuser, ou une entreprise nouvellement créée se voyant accorder une exclusivité de diffusion et/ou de distribution pour la Suisse, ou l'arrivée de grossistes ou de diffuseurs depuis la France.

En l'espèce, compte tenu de la forte différenciation du produit du livre, l'entrée d'un nouvel acteur sur le marché de référence n'aurait dans tous les cas pas été apte à exercer une pression concurrentielle sur les prix pour les diffuseurs-distributeurs en Suisse. Quant au rayonnage, s'il existe certes une concurrence au niveau des éditeurs qui doivent déterminer par quel diffuseur-distributeur ils passent, dite concurrence ne se reflète pas au niveau des détaillants qui doivent à tout le moins être en mesure de commander n'importe quel ouvrage.

Il s'ensuit que la probabilité que de nouvelles entreprises entrent sur le marché du côté de l'offre et génèrent une pression disciplinante suffisante a été faible, voire nulle, durant la période visée par l'enquête.

13.5 Il résulte de ce qui précède qu'en raison de la forte différenciation du produit du livre, et de la nécessité pour les détaillants de devoir s'approvisionner auprès de l'ensemble des principaux diffuseurs-distributeurs exclusifs, il n'a subsisté, durant la période de l'enquête, aucune concurrence, actuelle ou potentielle, au niveau intermarques sur le marché de référence.

14. Pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange

Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, il ne subsisterait pas de concurrence, tant sur le plan intramarque, qu'intermarques, il y a lieu d'examiner si la position des partenaires potentiels de l'échange a exercé une pression disciplinaire sur les parties à l'accord (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 9.2.4 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 n° 241 et 455 ; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 211 n° 434 *in fine*).

Dans sa décision, l'autorité inférieure a examiné la pression concurrentielle exercée par les acteurs en amont – les éditeurs – ainsi que celle émanant du côté de la demande, d'abord au niveau des détaillants puis des consommateurs.

14.1 Du côté des éditeurs, certains diffuseurs-distributeurs ont prétendu que ceux-là exerçaient sur eux une pression disciplinante suffisante, dans la mesure où certains éditeurs changeaient parfois de diffuseurs-distributeurs pour la Suisse, de sorte qu'il y aurait une concurrence entre ceux-ci pour obtenir les mandats de diffuser-distribuer les ouvrages (cf. ch. 635 de la décision attaquée).

S'il n'est pas contesté que plusieurs petits éditeurs ont effectivement changé de diffuseur-distributeur durant la période de l'enquête, il y a lieu de rappeler que les principaux éditeurs français sont concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion et/ou distribution en Suisse et seraient – par conséquent – déjà entrés sur le marché. S'agissant donc des principaux éditeurs, une éventuelle pression disciplinante est, dans tous les cas, fortement limitée.

Au surplus, il y a lieu de relever qu'aucun diffuseur-distributeur n'a fourni d'indication propre à définir dans quelle mesure cette concurrence dans l'obtention des contrats de diffusion-distribution au niveau suisse aurait pu se répercuter sur la concurrence entre diffuseurs-distributeurs sur le marché « wholesale » de la vente des livres. On peine à saisir en quoi cela pourrait d'ailleurs être le cas. Aussi, l'appréciation de l'autorité inférieure, selon laquelle les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs – leur intérêt étant d'obtenir une diffusion ou une distribution qui leur convient – et n'ont dès lors pas pu discipliner les acteurs en aval, doit être confirmée.

14.2 Du côté des détaillants, l'autorité inférieure a retenu, pour l'essentiel, que les détaillants n'avaient pas été en mesure durant la période visée par l'enquête de mettre en concurrence les diffuseurs-distributeurs suisses avec d'autres fournisseurs, en raison du cloisonnement du territoire. Elle rappelle en outre les discussions intervenues entre les diffuseurs-distributeurs lors de l'assemblée de mai 2005 au sein de l'ASDEL ; celles-ci auraient permis à chaque diffuseur-distributeur de connaître la stratégie de ses concurrents, ce qui aurait réduit les possibilités de négociation des détaillants. Par ailleurs, elle retient que les temps de réaction distincts des diffuseurs-distributeurs dans l'adaptation de leurs catalogues par rapport à l'appréciation du franc suisse est un indice que la pression exercée par les détaillants a été insuffisante, voire inexistante. Enfin, elle souligne que les détaillants ne peuvent pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, de sorte que les diffuseurs-distributeurs disposent de la possibilité d'imposer leurs conditions.

En l'occurrence, Interforum – qui représentait à elle seule [...] à [...] % de l'offre « wholesale » entre 2009 et 2011 (cf. ch. 606 de la décision attaquée) – a ainsi déclaré en 2007, s'agissant de la FNAC, laquelle couvrait [...] % de la demande « wholesale » (cf. acte 906 lignes 15-22), en réponse au questionnaire envoyé en 2007 : « *Pour info, la Fnac nous a menacés d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder. Dans ce cas la perte du [chiffre d'affaires] remettrait en cause non pas la*

commercialisation du livre, mais la présence du stock et la distribution en Suisse. Nous avons choisi d'accepter une perte de l'ordre de plus de [...] francs] de résultat afin de pouvoir continuer à assurer la distribution avec un stock sur place. Nous préservons ainsi le volume au détriment de la rentabilité, jusqu'à quand ? » (cf. acte 27). Payot – qui représentait [...] % de la demande « wholesale » – s'est également déclarée surprise de ce que les diffuseurs-distributeurs avaient parlé entre eux de sa demande de s'approvisionner directement en France, le fait que ce genre d'information ait circulé ayant réduit d'autant ses possibilités de négociation (cf. acte 913 ligne 153). Diffulivre – qui représentait [...] à [...] % de l'offre « wholesale » entre 2009 et 2011 – (cf. ch. 606 de la décision attaquée) a indiqué que plusieurs librairies indépendantes – ayant couvert environ 30 % de la demande « wholesale » – avaient fait pression sur elle, ce qui l'a amenée, dès le 21 mars 2011, à amorcer une baisse générale et continue de ses tabelles (cf. acte 693a, ch. 347 ss et acte 693c, annexe 56). Enfin, Servidis et Transat – qui représentaient à eux deux [...] à [...] % de l'offre « wholesale » – ont indiqué avoir fixé leurs prix au-dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finals (cf. acte 672, p. 46).

Sur le vu de ce qui précède, il appert que, nonobstant les parts de marché importantes de certains détaillants, ni la FNAC, ni Payot n'ont réussi à exercer une pression disciplinante suffisante sur les diffuseurs-distributeurs durant la période sous enquête. En effet, les détaillants, même de grande taille, n'ont pas pu menacer le système de distribution des diffuseurs-distributeurs. Ainsi, les propos de Diffulivre, Servidis et Transat doivent être relativisés. En effet, il ressort que la diminution par la première du niveau de ses tabelles le 21 mars 2011 intervient dans un contexte particulier, dès lors que celle-ci faisait l'objet d'une enquête que le secrétariat venait d'étendre à des infractions relevant de l'art. 5 LCart (cf. acte 344). Partant, il appert que, bien que temporellement aussi liée à la requête des librairies réunies au sein de l'ASDEL, l'extension de l'enquête du secrétariat et la perspective d'une sanction ne sont pas étrangères à la baisse générale des tabelles des diffuseurs-distributeurs constatée en 2011. Quant à Servidis et Transat, elles admettent fixer leurs prix en dessous d'Amazon. Or, il sied de relever que, alors que celle-ci s'adresse principalement aux consommateurs, lesquels commandent directement auprès d'elle les ouvrages, celles-là ne sont en lien qu'avec des détaillants, lesquels doivent ainsi réduire leur marge commerciale pour rester à un niveau de prix acceptable pour le consommateur.

Partant, il demeure que les remises accordées et la baisse générale des tabelles amorcée par les diffuseurs-distributeurs dès 2011 n'ont pas pour autant supprimé la nécessité pour les détaillants d'avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs-distributeurs actifs sur le territoire suisse, et ce, quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, tant au niveau des prix que des services. Un détaillant, quel que soit son poids, n'est donc pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Il ne peut pas menacer ceux-là d'aller s'approvisionner ailleurs s'ils ne lui font pas une plus grosse remise, ne baissent pas leurs tabelles ou ne lui offrent pas de meilleures prestations de services. Pour ces motifs, il y a lieu de retenir que les détaillants n'ont pas disposé d'une capacité disciplinante suffisante sur les prix « wholesale » suisses du catalogue de la recourante durant la période concernée.

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

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

Il ressort du dossier que chaque diffuseur-distributeur suisse dispose, sur tous les titres importés de France, de ses propres tabelles de conversion du prix du livre de l'euro vers le franc suisse. Le prix tabellisé correspond

au prix public conseillé en Suisse (ou prix de référence), sur lequel les détaillants peuvent accorder des rabais à leurs clients. Le prix d'achat du livre par les détaillants correspond au prix tabellisé, déduction faite d'une remise négociée par chaque détaillant auprès de chaque diffuseur-distributeur. Si le détaillant bénéficie d'une forte part de marché, il disposera envers le diffuseur-distributeur d'un pouvoir de négociation plus important pour obtenir une plus grosse remise sur le prix de référence, supérieure à celles de ses concurrents auprès de ce même diffuseur-distributeur. C'est en cela que la concurrence sur le marché « retail » peut se répercuter sur les prix « wholesale » pratiqués par les diffuseurs-distributeurs suisses. En revanche, un détaillant, quel que soit son poids sur le marché « retail », n'est pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Il ne peut en effet pas menacer un diffuseur-distributeur d'aller s'approvisionner chez un autre fournisseur s'il ne lui fait pas une plus grosse remise ou ne baisse pas ses tables ou encore ne lui offre pas de meilleures prestations de services dès lors que, comme déjà dit, en raison de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les détaillants doivent travailler avec les principaux diffuseurs-distributeurs quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, lesquels détiennent l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leur catalogue sur le territoire suisse, cloisonné par leur système de distribution. Aussi, peu importe que la concurrence soit vive ou non sur le marché « retail » du livre écrit en français, elle ne se répercute pas sur la concurrence du côté de l'offre sur le marché pertinent.

14.4 Enfin, il y a lieu d'examiner si la concurrence sur le marché « retail » émanant des acteurs du commerce électronique du livre imprimé en français, ainsi que des librairies françaises limitrophes – lesquels ne constituent toutefois pas des partenaires potentiels de l'échange – aurait, par effet réflexe, eu un effet disciplinant sur le comportement de la recourante.

Selon l'autorité inférieure, le recours au commerce électronique représentait vers la fin de la période d'enquête environ 10 % de la vente de livres aux clients suisses. Il n'est pas non plus contesté que, sur le marché « retail », les détaillants suisses ont, durant la période visée, subi la concurrence des entreprises actives sur Internet et des librairies de France voisine au niveau du prix de référence. Lors de son audition devant l'autorité inférieure, Payot a en effet déclaré que dites librairies étaient généralement bien plus prospères que celles du reste du territoire français dès lors qu'elles profitaient des achats transfrontaliers (cf. acte 913 lignes 936-938). Aussi, pour être concurrentiels et ainsi retenir les

consommateurs s'étant, en particulier à la suite de l'appréciation du franc suisse, dirigés vers ces sources d'approvisionnement alternatives, les détaillants suisses auraient dû baisser le prix de vente de leurs ouvrages. Toutefois, compte tenu du cloisonnement du territoire national, le seul moyen pour eux d'accorder des rabais sur leurs titres, tout en maintenant des marges leur permettant d'assumer leurs charges, aurait été de négocier auprès des diffuseurs-distributeurs une remise supérieure ou une baisse des tabelles afin d'obtenir un prix d'achat qui soit raisonnable et concurrentiel par rapport au prix d'achat en euro. Si la remise octroyée sur le prix de référence est trop faible, la politique de prix des détaillants ne peut en effet guère s'écarter de celui-ci.

Payot a, à cet égard, déclaré dans son questionnaire du 7 août 2007 : *« nous pratiquons une politique de rabais pour le public avec deux niveaux : [...]. Nous prenons sur nos marges pour pratiquer ces rabais, et ne pouvons donc baisser les prix autant que nous le souhaiterions sans risque de mettre notre entreprise en péril économique »* (cf. acte 21). La pression concurrentielle émanant du marché « retail » ne se répercute dès lors pas, par effet réflexe, sur le marché « wholesale », les détaillants étant tenus d'être en relation avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs sur le marché (cf. supra consid. 14.2). Comme l'a déclaré Payot dans son questionnaire du 9 décembre 2008, les détaillants ne disposent d'aucun moyen pour faire jouer la concurrence entre les diffuseurs et ainsi faire baisser le prix de vente final des ouvrages de ceux-ci. Les détaillants sont *« enfermés dans un système qui ne [les] autorise pas à faire jouer la concurrence entre fournisseurs, ni à [s']approvisionner en France en direct »* (cf. acte 129).

Il s'ensuit que la pression concurrentielle des consommateurs n'a pas suffi à discipliner le marché « wholesale ».

14.5 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la pression concurrentielle exercée par les partenaires potentiels de l'échange en amont et en aval a été largement insuffisante pour discipliner le comportement de la recourante sur le marché « wholesale ».

15. Pas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède (cf. supra consid. 10 à 14), il n'a subsisté aucune concurrence au niveau intramarque sur le marché pertinent durant toute la période de l'enquête. Les éléments constatés ne

suffisent, en effet, pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. De même, il n'a pas subsisté de concurrence sur le plan intermarques, en raison des spécificités du marché du livre, de sorte que la question de la prise en compte de la concurrence au niveau intermarques, en l'absence de concurrence sur le plan intramarque, peut demeurer ouverte. Quant à la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange, elle est pratiquement inexistante.

Partant, il y a lieu de confirmer l'analyse de la concurrence effectuée par l'autorité inférieure dans la décision attaquée et de conclure que la présomption de suppression de la concurrence efficace ne peut être renversée.

Il s'ensuit que les 56 accords passés entre la recourante et respectivement les 20 éditeurs Tiers-MP (E.AU._____, E.AM._____, E.AV._____, E.AN._____, E.AO._____, E.C._____, E.AP._____, E.AW._____, E.AX._____, E.AQ._____, E.AY._____, E.AR._____, E.AZ._____, E.BA._____, E.AS._____, E.BB._____, E.AT._____, E.BC._____, E.BD._____ et E.BE._____), les 27 éditeurs Tiers-Dargaud (E.F._____, E.B._____, E.G._____, E.H._____, E.I._____, E.J._____, E.K._____, E.L._____, E.M._____, E.N._____, E.O._____, E.P._____, E.Q._____, E.R._____, E.S._____, E.T._____, E.U._____, E.V._____, E.D._____, E.W._____, E.X._____, E.Y._____, E.Z._____, E.AA._____, E.AB._____, E.E._____, E.AC._____) et 9 éditeurs/diffuseurs en distribution pure (E.AD._____, E.AE._____, E.AF._____, E.AG._____, E.AH._____, E.AI._____, E.AJ._____, E.AK._____, E.AL._____), prévoyant notamment pour la recourante l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution des ouvrages édités et/ou diffusés par ceux-ci sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart.

Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

16. Affectation notable de la concurrence (art. 5 al. 1 LCart)

Subsidiairement, même à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée s'agissant des 56 relations commerciales tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart et

qu'il subsiste – par conséquent – une concurrence sur le plan intramarque, les accords litigieux seraient saisis par l'art. 5 al. 1 LCart.

Lorsque l'accord ne conduit pas à une suppression de la concurrence efficace, il faut en effet examiner s'il l'affecte de manière notable sur le marché de référence et s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique.

16.1 Il est reconnu que le seuil de notabilité peut être atteint avec des critères quantitatifs et qualitatifs (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 5.2.1). Il n'en résulte pas qu'une importance quantitative et une importance qualitative soient l'une et l'autre nécessaires. Au contraire, dans son arrêt *Gaba*, le Tribunal fédéral a relevé qu'il ressortait en particulier d'une interprétation historique de l'art. 5 al. 1 LCart que le critère de notabilité est une clause bagatelle. Une atteinte de faible intensité est déjà suffisante pour être qualifiée de notable (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1.6) ; il doit permettre d'alléger le travail des autorités de la concurrence, en ce sens que les atteintes légères à la concurrence ne tombent pas dans le champ d'application de la loi (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1.2). Or, l'utilisation d'une méthode quantitative, déduite des modèles économiques, pour déterminer les parts de marché ou le chiffre d'affaires est moins appropriée pour élucider rapidement si le seuil de notabilité est atteint, si bien qu'il est préférable, lorsque cela est possible, de se fonder sur des critères qualitatifs, découlant du texte de la loi (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.1 ; ég. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1). Les termes « affectent de manière notable la concurrence » ne distinguent pas entre deux sortes d'importance ; l'art. 5 al. 1 LCart n'en requiert qu'une seule (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.2). Elle peut être constatée tant quantitativement que qualitativement (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1).

A cet égard, les débats parlementaires des années 2002 et 2003 sur la révision de la loi sur les cartels ont mis en évidence que certains accords, tels que les accords de protection territoriale absolue, constituent en principe déjà, en raison de leur objet, des restrictions notables à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart (cf. Fässler BO 2002 N 1440 ; Meier-Schatz BO 2002 N 1295 ; Schiesser BO 2003 E 329 ; Büttiker BO 2003 E 330). En 1995 déjà, le Conseil fédéral avait laissé entendre qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, l'accord affectait en principe la concurrence de manière notable (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 561 ch. 231.4).

De même, il ressort des interprétations systématique et téléologique que les accords, présumés supprimer la concurrence efficace, contenus aux art. 5 al. 3 et al. 4 LCart, ne perdaient pas leur caractère nuisible en cas de renversement de la présomption légale ; le renversement de la présomption ne se référait en effet pas à l'accord en tant que tel mais uniquement au point de savoir s'il subsistait de la concurrence sur le marché de référence malgré l'accord. Aussi, les accords particulièrement dommageables énumérés aux art. 5 al. 3 et 4 LCart sont nécessairement ceux pouvant mener à une restriction notable à la concurrence (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1 ; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.5), de sorte qu'il n'est pas nécessaire pour ceux-ci de déterminer où se trouve exactement le seuil de notabilité.

Il s'ensuit qu'une restriction notable à la concurrence existe, en principe, lorsque la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée, des critères quantitatifs n'étant en principe, dans ce cas, plus nécessaires pour déterminer si les accords au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart affectent notablement la concurrence, renforçant, par-là même, la sécurité du droit (ch. 12 par. 1 let. a CommVert ; cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.1 et 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.2).

16.2 Partant, il y a lieu de retenir que, même en supposant que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée s'agissant des 56 accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, ceux-ci affectent notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

17. Existence de motifs justificatifs (art. 5 al. 2 LCart)

Les accords affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart sont illicites, sous réserve d'une justification pour des motifs d'efficacité économique, tels que décrits à l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.3.1 et 144 II 194 *BMW* consid. 4.4.1 et 4.5).

17.1 Selon 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 fabrication, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement les ressources (let. a), et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (let. b).

Trois conditions sont ainsi nécessaires selon cette disposition pour admettre l'existence d'un motif d'efficacité économique propre à justifier un accord : l'existence d'au moins un motif d'efficacité économique, la nécessité de l'accord pour atteindre le motif d'efficacité visé et l'impossibilité de supprimer une concurrence efficace pour les entreprises concernées. Ces trois conditions sont cumulatives (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 7.1 et 144 II 246 *Altimum* consid. 13).

La liste des motifs justificatifs figurant à l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive ; il est cependant suffisant que l'un des motifs soit réalisé pour que l'on puisse admettre une justification sous l'angle de l'efficacité économique (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3 ; arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 13.2). La loi formule ouvertement les motifs d'efficacité économique, ce qui permet en principe aux autorités de tenir compte de tous les gains d'efficacité objectifs, étant précisé que conformément à la notion d'efficacité économique, seuls les avantages objectifs doivent être pris en compte (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 495 et 499 n° 256 et 272 s.). Le champ d'application et la notion des motifs d'efficacité économique doivent être appréciés dans une perspective large et non-restrictive (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 499 n° 272). Néanmoins, seuls des motifs économiques peuvent entrer en ligne de compte à l'exclusion de justifications non-économiques, notamment culturelles ou politiques (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.1 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 87 n° 45) ou même fondées sur un intérêt public (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 498 n° 270).

Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications (art. 6 al. 1 LCart). Le but de cette disposition est de confier au Conseil fédéral et à la Comco la faculté de préciser l'interprétation qu'ils entendent donner au critère d'efficacité économique prévu par l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.3 ; XOUDIS, op. cit., p. 331 s.). Fondé sur dite disposition, le ch. 16 par. 3 CommVert indique que les accords qui affectent la concurrence de manière notable, sauf situations non réalisées en l'espèce, doivent être soumis à un examen au cas par cas. Les entreprises peuvent notamment faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique, la protection limitée d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou l'introduction d'un nouveau produit sur le marché, la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels, la protection d'investissements propres à une relation

contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de celle-ci ou seulement moyennant une perte considérable et le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (parasitisme) (ch. 16 par. 4 let. a-d CommVert). Il est en outre généralement admis que certains accords attribuant une exclusivité puissent avoir des effets positifs sur la concurrence notamment lorsqu'ils favorisent une diminution des coûts de distribution, la promotion de la vente, le service à la clientèle et le stockage des biens ou s'ils améliorent l'approvisionnement des consommateurs (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3 ; REYMOND, op. cit., art. 6 p. 616 n° 122). Enfin, il ne revient pas au tribunal ou aux autorités de la concurrence de prouver l'inexistence de motifs justificatifs. Si ceux-ci n'ont pas pu être établis par les autorités ou les parties, une restriction à la concurrence demeure illicite (cf. arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

17.2 Ceci étant, il convient d'examiner si les accords passés entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont sont justifiés par un motif d'efficacité économique.

La recourante fait valoir que la restriction des ventes passives serait justifiée par les investissements consentis dans son centre logistique de [...] et par la nécessité de créer un volume de transaction suffisant afin d'abaisser les coûts fixes résultant de l'amortissement de cet investissement ainsi que de l'exploitation dudit centre. Elle indique que son centre permet une mutualisation des coûts d'importation pour la totalité du marché suisse et lui permet de pratiquer des prix globalement inférieurs à ceux appliqués sur le marché français. De même, elle invoque que ses services sont compétitifs et appréciés des librairies. Enfin, le droit de retour aurait un effet pro-concurrentiel.

L'autorité inférieure conteste que le système de distribution de la recourante ait eu des effets pro-concurrentiels. Si elle ne nie ni l'importance du droit de retour, ni l'aptitude du régime d'exclusivité à contrôler les flux allers et retours des ouvrages, elle considère que celui-ci n'est pas nécessaire pour garantir le droit de retour. Elle relève que plusieurs diffuseurs-distributeurs ont exposé d'autres modalités permettant un contrôle du flux retour afin d'éviter des renvois croisés, notamment une solution basée sur le taux de retour ou le marquage des livres. En outre, elle fait valoir qu'un régime d'exclusivité ne profite pas économiquement à tous dès lors que les détaillants, privés de concurrence dans leur approvisionnement, reportent sur les consommateurs finals leur prix

d'achat, le cloisonnement du marché suisse étant à l'origine du niveau de prix élevé sur le territoire suisse.

17.3 En l'espèce, l'exclusivité octroyée par les 56 éditeurs/diffuseurs – pour lesquels l'existence d'un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart a été démontrée – respectivement à la recourante ou au groupe MP et l'engagement pris par ces derniers de ne pas vendre à des détaillants suisses ont pour effet de cloisonner le territoire suisse, la concurrence étant pratiquement inexistante sur le marché pertinent. Il s'ensuit que les accords sur lesquels respectivement dite exclusivité ou dit engagement reposent sont particulièrement néfastes pour la concurrence. Aussi et en application du principe de la proportionnalité, la mise en place d'une telle protection territoriale doit répondre à un besoin particulier. Dans ce contexte, l'investissement consenti par la recourante dans son centre de distribution ne justifie nullement une telle restriction à la concurrence. En effet, celle-ci bénéficie déjà en raison de son appartenance au groupe MP d'une très grande maîtrise de la distribution en Suisse. Ainsi, une exclusivité ayant pour effet de cloisonner le territoire suisse n'apparaît ni être nécessaire ni avoir un effet pro-concurrentiel.

17.4 Dans ses écritures, la recourante a sollicité qu'une instruction complète soit menée sur la question de la justification économique si le tribunal devait retenir qu'elle fût partie à un accord affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart ; elle a, en particulier, requis qu'un délai lui soit imparti pour faire valoir, le cas échéant, des moyens de preuve supplémentaires.

17.4.1 Il y a lieu de rappeler que, selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en droit public (cf. supra consid. 6.4), l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés ; elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. Elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits ; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître. En l'absence de collaboration de la partie concernée, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi ne tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.4.2 et 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du TF 1C_1/2015 du 10 août 2015 consid. 2.1). Conformément aux principes précités, les autorités doivent, sur la base des

faits établis, examiner l'existence d'éléments propres à justifier la restriction à la concurrence constatée. Elles ne sont pas pour autant tenues de prouver l'inexistence de tels motifs (cf. arrêt B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 10.3.5.3). En effet, dès lors qu'une restriction à la concurrence n'est justifiée qu'en présence de motifs d'efficacité économique réels, le simple fait de ne pas pouvoir exclure leur existence ou leur éventualité ne suffit pas à admettre la licéité d'un accord au sens de l'art. 5 LCart. La recourante subit, dans ces circonstances, les conséquences de l'absence de preuve et supporte objectivement le fardeau de celle-ci (cf. arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

17.4.2 En l'espèce, la question de la justification de l'accord a fait l'objet d'une instruction complète sur la base des éléments au dossier. Il revenait à la recourante, dès lors qu'elle contestait dans sa réplique l'analyse de l'autorité inférieure sur ce point de produire, à l'appui de son argumentaire, les moyens de preuve qu'elle jugeait utiles. Par ailleurs, le tribunal a procédé à plusieurs échanges d'écriture ultérieurs et à une audience d'instruction ; la recourante, assistée d'un mandataire professionnel, a ainsi bénéficié, lors de l'instruction de la cause, de tout le temps nécessaire pour étayer son propos. Le tribunal est ainsi en droit de clore l'instruction sans inviter la recourante à compléter son argumentaire juridique et ses moyens de preuve dès lors que le dossier de la cause lui permet de se forger l'opinion que les présents accords ne sont nullement justifiés par des motifs d'efficacité économique.

Il n'y a ainsi pas lieu de donner suite à la requête de la recourante.

17.5 Il s'ensuit qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, le système de distribution mis en place par la recourante, ayant impliqué l'interdiction des ventes passives des ouvrages des éditeurs externes au groupe, ne serait pas justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

Mal fondés, les griefs doivent être rejetés.

18. Sanction (art. 49a al. 1 LCart)

Il y a enfin lieu d'examiner si le comportement de la recourante entraîne une sanction.

18.1 Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une 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. En application de dite disposition, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

18.1.1 Les sanctions directes prévues par l'art. 49a al. 1 LCart revêtant un caractère quasi-pénal (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2), les art. 1^{er} CP et 7 par. 1 CEDH – consacrant le principe de la légalité des délits et des peines (*nulla poena sine lege*) – trouvent application en l'espèce.

Le Tribunal fédéral a tranché la question de savoir si l'art. 49a al. 1 LCart trouvait application lorsque les présomptions prévues par les art. 5 al. 3 et 4 LCart étaient renversées et que les accords considérés s'analysaient comme une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart, non justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9). Se fondant sur les méthodes d'interprétation littérale, systématique, téléologique et historique, le Tribunal fédéral a retenu que, par « *accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4* », il y avait lieu d'entendre les accords énumérés dans les deux alinéas. L'art. 49a al. 1 LCart se réfère ainsi aux types d'accords prévus par les al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart, lesquels doivent être sanctionnés en tant qu'ils représentent des restrictions à la liberté d'action sur le marché, considérées comme particulièrement problématiques du point de vue de la loi. Le Tribunal fédéral a relevé qu'une sanction directe ne peut toutefois être prononcée que si ceux-ci sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, c'est-à-dire s'ils suppriment la concurrence ou s'ils l'affectent de manière notable sans motif justificatif. En d'autres termes, 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).

A l'inverse, les accords qui suppriment la concurrence efficace – ou qui l'affectent notablement sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique – sans toutefois être visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 3 ou 4 sont exclus du champ d'application de l'art. 49a al. 1 LCart.

18.1.2 En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les 56 accords passés entre la recourante et respectivement les 20 éditeurs Tiers-MP, les 27 éditeurs Tiers-Dargaud et les 9 éditeurs/diffuseurs en distribution pure prévoyant notamment pour la recourante l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution des ouvrages édités et/ou diffusés par ceux-ci sur le territoire suisse ont impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés actifs hors du territoire réservé à la recourante. Par conséquent, ils sont visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart et peuvent être sanctionnés, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence serait renversée (cf. supra consid. 16).

En revanche, les relations commerciales entre la recourante et les 28 éditeurs MP bénéficient du privilège de groupe et il n'a pas été possible de déduire des contrats produits par la recourante l'existence d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre le groupe MP et un partenaire de distribution externe au groupe. Partant, dites relations échappent au champ d'application de la loi sur les cartels et, par conséquent, ne peuvent être sanctionnées.

18.2 Imputabilité de la sanction

Il ressort des considérants précédents que la recourante est une entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1bis LCart, qu'elle a participé à 56 accords illicites selon l'art. 5 al. 4 LCart et que l'art. 49a al. 1 LCart, en relation avec l'art. 5 al. 1 et 4 LCart, est suffisamment précis pour fonder une sanction. Ainsi, les éléments objectifs de l'infraction sont réalisés. Il reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.1 ; arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

18.2.1 La recourante conteste qu'une infraction à la loi sur les cartels puisse lui être imputée. Elle soutient que la décision attaquée lui attribue les comportements prétendument illicites d'autres diffuseurs-distributeurs, sans distinction entre eux, dans la mesure où elle retient que « *tous les systèmes de distribution [...] ont expressément contenu des clauses contractuelles établissant un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives* », ce qui ne serait pas propre à prouver que les diffuseurs-distributeurs impliqués avaient conscience de l'illicéité de leurs pratiques. Elle reproche encore à l'autorité inférieure de n'avoir démontré par aucun élément probant que la recourante aurait consciemment mis en œuvre un système de distribution interdisant les ventes passives. Enfin, l'autorité inférieure se fonderait sur le procès-verbal de l'assemblée des diffuseurs

au sein de l'ASDEL du 12 mars 2007 à laquelle la recourante n'aurait pas participé. La recourante avance encore qu'une éventuelle restriction des importations parallèles ne serait pas de son fait, mais de celui des diffuseurs-distributeurs français qui refuseraient les exportations vers la Suisse. Enfin, elle n'aurait eu aucune raison de penser que son comportement pouvait être contraire à l'art. 5 al. 4 LCart avant l'extension de l'enquête de la Comco à des comportements relevant de cette disposition.

18.2.2 Il y a donc lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante. L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 8.2.2), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Elles doivent notamment s'abstenir de tout comportement illicite au sens de l'art. 5 LCart et, en particulier, ne pas conclure l'un des accords en matière de concurrence énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2 ; arrêt B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 11.2.4). En règle générale, lorsque l'existence d'un tel accord peut être démontrée, la violation objective d'un devoir de diligence est donnée (cf. PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in : Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, p. 151), dans la mesure où il appartient aux entreprises de s'informer sur les règles de la loi sur les cartels, de la jurisprudence et des communications qui s'y rapportent (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En cas de doute, il est également possible de s'informer de la situation actuelle auprès de la Comco (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En outre, la jurisprudence et la doctrine sont d'avis qu'un transfert de responsabilité est admissible entre une filiale et une société mère, d'autant plus lorsque celles-ci forment un groupe et constituent partant une seule et même entreprise au sens de l'art. 2 LCart. Aussi, il est possible de sanctionner la filiale pour des accords conclus entre des sociétés du groupe et des tiers (cf. arrêts B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 11.4 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 74 et 577 ss ; ROBERT ROTH, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, rem. art. 49a-53 p. 1496 s. n° 34 ss).

18.2.3 La révision de l'art. 5 LCart et l'introduction de l'art. 49a LCart sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2004. Pendant les années 2002 et 2003, les modifications de la loi sur les cartels ont été abondamment discutées au

Parlement. De plus, les commissions de l'économie et des redevances du Conseil des Etats et du Conseil national ont diffusé plusieurs communiqués de presse s'agissant des marchés cloisonnés et de la protection territoriale absolue (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En l'occurrence, il a été établi que la recourante a été partie à des accords prévoyant notamment l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution des ouvrages édités et/ou diffusés par 56 éditeurs/diffuseurs sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. Au regard des termes explicites contenus dans la plupart de ces contrats, à savoir l'engagement pris par lesdits éditeurs de « *prendre[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée* », en vigueur entre 2005 et 2011, celle-ci devait être consciente de ce que son comportement était problématique ; elle ne peut pas raisonnablement soutenir qu'elle n'avait aucun motif de penser que son comportement pouvait être contraire à l'art. 5 al. 4 LCart avant l'extension de l'enquête de la Comco à des comportements relevant de cette disposition. De même, lesdits contrats ont été exécutés dès lors qu'il a été démontré que les importations parallèles sur le marché suisse par des fournisseurs agréés externes au groupe n'avaient pas été possibles durant la période considérée (cf. supra consid. 9.7.1.5). La recourante ne peut dès lors prétendre qu'il n'existe aucun élément probant à même de démontrer que la sanction lui était imputable. Enfin, dès lors que la violation par négligence d'un devoir de diligence suffit, l'argumentaire de la recourante selon lequel elle n'avait pas conscience de l'illicéité de son comportement ne saurait prospérer. La recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure du point de savoir si son système de distribution était conforme aux règles du droit de la concurrence.

18.2.4 Il s'ensuit que, contrairement à ce que prétend la recourante, celle-ci devait savoir que les accords auxquels elle a été partie, directement ou par l'intermédiaire d'une autre société du groupe (cf. supra consid. 6.3), durant la période de l'enquête visaient et entraînaient une exclusion des ventes passives et, partant, tombaient ou, à tout le moins, étaient susceptibles de tomber sous le coup des art. 5 al. 4 et 49a LCart. En ayant maintenu une telle interdiction non seulement après l'adoption de l'art. 5 al. 4 LCart, mais également après l'ouverture de l'enquête par le secrétariat, la recourante ne peut valablement soutenir avoir agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est dès lors imputable.

18.3 Montant de la sanction

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

18.3.1 Elle se plaint de ce que la décision attaquée ne fait aucune distinction, dans le calcul du montant de base, entre les parts du chiffre d'affaires de la recourante réalisé avec les éditeurs MP, les éditeurs Tiers-MP, les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs/diffuseurs en distribution pure. Il conviendrait, selon la recourante, de ne retenir dans le calcul du montant de base que le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs pour lesquels un accord au sens de l'art. 5 al. 4 LCart a pu être démontré. Elle reproche encore à l'autorité inférieure d'avoir mal apprécié la gravité des infractions reprochées, la décision attaquée ne tenant aucun compte des particularités de chaque diffuseur-distributeur. Elle avance que sa politique de prix bas et les faibles possibilités d'arbitrage qui en découlent font qu'une éventuelle restriction des importations parallèles n'aurait eu qu'un effet très marginal sur la concurrence, de sorte que la sanction ne pourrait excéder 1 à 2 % du montant de base. Elle soutient que les accords incriminés n'ont pas été en mesure d'entraver la concurrence durant toute la période de l'enquête, mais uniquement lorsque des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé. Dès lors que les détaillants principaux ont affirmé qu'ils n'avaient pas d'intérêt à s'approvisionner à l'étranger avant que le franc suisse n'entame son mouvement de hausse, soit environ en 2011, aucun des comportements incriminés ne serait passible de sanction avant l'année 2011. Elle affirme également n'avoir réalisé aucun profit significatif sur le marché pertinent, ce qui n'aurait pas été pris en compte par l'autorité inférieure. Enfin, elle affirme que la décision attaquée viole l'art. 49a LCart dès lors que celui-ci prévoit que le calcul du montant de la sanction se fonde sur les trois derniers exercices avant le rendu de la décision attaquée, à savoir 2010 à 2012, et non 2009 à 2011 comme le retient l'autorité inférieure.

18.3.2 L'autorité inférieure rappelle s'être fondée sur les exercices qui lui ont été transmis par les parties. Or, à l'instar de la recourante, celles-ci n'ont pas été en mesure de lui remettre, en mai 2013, les chiffres requis pour l'année 2012. Elle a ainsi pris en considération les exercices disponibles correspondant aux chiffres d'affaires des années 2009 à 2011. Elle considère en outre qu'elle n'avait pas à distinguer dans le calcul du montant de base les chiffres d'affaires réalisés avec les différents éditeurs. Elle rejette également les critiques formulées contre la gravité et la durée de l'infraction. Elle précise avoir retenu un pourcentage conforme à

l'art. 49a LCart et à l'art. 3 OS LCart pour ce type de violation et que des possibilités d'arbitrage ont existé durant l'entier de la période retenue. Enfin, elle relève que le profit réalisé n'a pas joué un rôle primordial dans la détermination de la sanction dès lors que le comportement des diffuseurs-distributeurs était similaire, malgré des structures et des coûts très différents.

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

Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplies, l'entreprise peut être pénalisée d'un montant susceptible d'atteindre 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 7 OS LCart ; cf. ATF 137 II 199 *Swisscom Terminierung* consid. 6.2). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Conformément au principe de la proportionnalité consacré par l'art. 5 al. 2 Cst., il y a lieu de tenir compte de ce que l'accord a supprimé la concurrence efficace ou l'a seulement notablement affectée (art. 2 al. 2 OS LCart ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.1). Ainsi, le montant concret de la sanction est fixé d'après les critères des art. 2 ss OS LCart, dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.1 s. non publié dans l'ATF 139 I 72).

Le calcul du montant de la sanction comporte dès lors trois étapes principales, à savoir la détermination du montant de base (art. 3 OS LCart), son éventuelle majoration selon la durée de la pratique illicite (art. 4 OS LCart), puis la prise en compte des circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) ou atténuantes (art. 6 OS LCart ; cf. notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après : les notes explicatives OS LCart], disponibles en ligne [cf. < <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html>, consulté le 30 octobre 2019 >] ; ATF 144 II 194 *BMW* consid. 6.2).

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 précité *Swisscom ADSL* consid. 622).

S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). 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).

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 réalisé par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts B-831/2011 précité *Six Group* consid. 1576 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). De façon similaire, il est également tenu compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 CP, de l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement de l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE du 7 septembre 2016 C-101/15 P *Pilkington Group et al. contre Commission*, point 19).

Par ailleurs, l'art. 49a LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la

sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. En principe, le marché pertinent pour 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). Il s'agit du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique (cf. supra consid. 11). Ainsi, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché dans le cadre du calcul de la sanction (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 723).

Enfin, s'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 49a n° 10 p. 359). Cela étant, dans sa jurisprudence récente, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé – eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. message LCart 2001, FF 2002 1911, 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 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* 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. 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 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss).

Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est, le cas échéant, majoré selon la durée de la pratique anticoncurrentielle. Si celle-ci a une durée d'un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si elle a duré plus de cinq ans, le montant de base

est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

Enfin, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et sa réduction en présence de circonstances atténuantes.

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 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).

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). 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 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le préjudice financier 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).

18.3.4 L'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

18.3.4.1 Elle a, dans un premier temps, établi en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant maximal de la sanction à [...] francs, correspondant à 10 % de la somme des chiffres d'affaires réalisés par la recourante en 2009, 2010 et 2011, à savoir [...] francs.

Il y a lieu de rejeter les critiques de la recourante quant à la prise en compte dans le calcul du montant maximal des chiffres d'affaires des exercices 2009 à 2011 et non 2010 à 2012. D'une part, l'autorité inférieure s'est fondée sur les données en sa possession au moment de la prise de décision. Il appartenait à la recourante, eu égard à son devoir de collaborer (cf. supra consid. 6.4), de fournir à l'autorité inférieure des renseignements concernant l'exercice 2012. D'autre part, les exercices retenus sont ceux qui se rapprochent le plus du comportement incriminé, ce qui correspond à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, dont il n'y a pas lieu de s'écarter en l'espèce.

Partant, il y a lieu de confirmer le montant maximal de la sanction retenu par l'autorité inférieure.

18.3.4.2 Dans un deuxième temps, l'autorité inférieure a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a tout d'abord soustrait des chiffres d'affaires précités les revenus réalisés en dehors du marché pertinent et provenant, en l'espèce, des prestations de services effectuées en faveur des sociétés détenues par la recourante ainsi que ceux des éditeurs allemands. Elle a retenu que le chiffre d'affaires réalisé, sur le marché pertinent, lors des exercices 2009 à 2011 était de [...] francs, soit un montant de base maximal de [...] francs.

En tant que le montant de base de la sanction se fonde sur le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent, il n'y a pas lieu d'opérer une distinction, contrairement à ce que prétend la recourante, entre le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs externes au groupe (Tiers-Dargaud et en distribution pure) et celui réalisé avec les éditeurs appartenant au groupe ou ayant confié à celui-là la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en France, en Belgique et en Suisse (Tiers-MP). Dès lors que ceux-ci font tous partie du marché de référence décisif sur le plan matériel

et géographique, il n'y a en effet pas lieu d'écarter les premiers et de délimiter à nouveau le marché au stade du calcul de la sanction.

Partant, il y a lieu de confirmer le montant de base maximal retenu par l'autorité inférieure.

18.3.4.3 L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type des infractions, de même que le profit présumé réalisé par la recourante. Elle a indiqué que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles doit être particulièrement protégée et est essentielle pour la concurrence. Ainsi, elle retient que des comportements illicites cloisonnant le marché constituent des infractions graves à la loi sur les cartels, a fortiori lorsque plus de 95 % du marché pertinent est concerné. Compte tenu de cela, elle admet que le profit présumé réalisé par la recourante en raison de ce comportement est difficile à estimer ou mesurer, la protection territoriale ainsi conférée n'étant pas forcément corrélée avec les profits de la recourante. Elle considère partant qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle doit être retenu. En l'occurrence, elle estime que celui-ci doit être, selon sa pratique, fixé à 4 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent. Partant, le montant de base ainsi calculé est de [...] francs (4 % de [...] francs).

Il convient de rappeler, à titre liminaire, que les contrats conclus entre des sociétés d'un même groupe ne constitue – en principe – pas des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. De même, il ne peut pas être reproché aux éditeurs – en tant que producteur – de s'interdire de vendre à des détaillants actifs sur le territoire suisse.

Il a ainsi été établi que sur les 94 éditeurs diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse durant la période de l'enquête, seuls les accords conclus avec 56 d'entre eux entraient dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart et pouvait partant être sanctionnés. Ainsi, il ressort qu'une part non négligeable des contrats de diffusion et/ou distribution conclus par la recourante l'ont été avec des éditeurs du groupe MP. Il ressort également des documents comptables produits par la recourante que la part des revenus réalisés avec les éditeurs pour lesquels un accord au sens de l'art. 5 al. 4 n'a pas pu être démontré s'élève à environ [...] % (cf. pièce 5 de la recourante).

Il s'ensuit que la quantité d'ouvrages concernée par des accords d'attribution de territoires illicites et sanctionnables a dès lors été relativement plus faible durant la période de l'enquête que ce que l'autorité

inférieure a retenue. Partant, les conséquences particulièrement néfastes de ces accords, s'ils justifient qu'une sanction soit prononcée, ne sont toutefois pas aussi graves que ce que l'autorité inférieure prétend. Dans ces circonstances, le pourcentage de 4 % retenu par l'autorité inférieure est excessif. Il convient de réduire celui-ci à 3 %.

De même, il y a lieu de tenir compte de ce qu'un différentiel de prix de seulement [moins de 10] % entre les marchés « wholesale » suisse et français a été constaté entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, ledit différentiel a fortement diminué les possibilités d'arbitrage par les prix pour les détaillants suisses, ce qui doit également être pris en compte. Partant, il convient de réduire le pourcentage retenu à 2 % et de fixer le montant de base, compte tenu de la gravité de la sanction, du type d'infraction et des profits réalisés par la recourante, à [...] francs (2 % de [...]).

Compte tenu de la durée de l'infraction, l'autorité inférieure a majoré le montant de base de 50 %. L'argument de la recourante selon lequel il y aurait lieu de tenir compte de ce que des possibilités d'arbitrage suffisantes n'ont pas existé durant l'entier de la période de l'enquête a déjà été examiné dans le cadre de la fixation du montant de base, de sorte qu'il n'y a pas lieu à ce stade d'en tenir compte une nouvelle fois. De même, la durée du comportement incriminé ne dépend pas de l'extension de l'enquête à l'art. 5 LCart, mais résulte bien de la participation par la recourante à des accords illicites durant la période précitée. Partant, le comportement de la recourante ayant duré continuellement entre 2005 et 2011, il y a lieu de retenir qu'une majoration jusqu'à 70 % aurait été possible compte tenu de l'art. 4 OS LCart. Partant, la majoration de 50 % retenue par l'autorité inférieure est conforme au droit et tient compte des circonstances.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la majoration retenue par l'autorité inférieure. Partant, le montant majoré – compte tenu du montant de base retenu par le tribunal ci-dessus – est de [...] francs.

18.3.4.4 Dans un dernier temps, l'autorité inférieure a tenu compte des circonstances aggravantes et atténuantes. La recourante ne formulant aucun grief à cet égard, rien ne permet de remettre en cause l'analyse des circonstances atténuantes effectuée par l'autorité inférieure. Il ne se justifie dès lors pas de réduire le montant de la sanction à ce titre.

18.3.4.5 Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a tenu compte enfin de la capacité contributive de la recourante. En raison de son appartenance au groupe MP, dont le chiffre d'affaires s'élevait en 2011 à [...] millions d'euros (cf. ch. 758 de la décision attaquée) et des profits nets cumulés sur la période de l'enquête de la recourante, l'autorité inférieure a exclu une réduction du montant de la sanction. La recourante ne soulève aucun grief à cet égard, de sorte qu'il n'y a pas lieu de réduire davantage la sanction pour ce motif.

18.3.5 Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être réformée, en ce que la sanction prise à l'encontre de la recourante doit être fixée à [...] francs.

19. Mesures destinées à supprimer la restriction illicite à la concurrence

En outre, même si la recourante ne conteste pas directement l'interdiction qui lui a été faite d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse, il convient de confirmer cette mesure.

En effet, lorsque l'autorité inférieure parvient à la conclusion qu'une restriction illicite à la concurrence existe dans le cas d'espèce, elle peut ordonner des mesures destinées à supprimer ladite restriction (art. 30 al. 1 LCart ; cf. KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, in : DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 30 p. 1283 n° 24 s. ; PATRIK DUCREY/BENOÎT CARRON, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 30 LCart p. 1241 n° 19). L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans les mesures concrètes qu'elle peut prendre. Dites mesures doivent être appropriées et nécessaires pour supprimer la restriction illicite à la concurrence (cf. IZUMI/KRIMMER, op. cit., art. 30 p. 1283 n° 25 ; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in : Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, p. 509 n° 12.85). De plus, selon l'art. 50 1^{re} phrase LCart, l'entreprise qui contrevient à son profit à un accord amiable, à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

Dans ces circonstances, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que les contrats de distribution et/ou de diffusion litigieux ait été modifiés ou amendés à la suite de la clôture de l'enquête, l'interdiction faite à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse demeure nécessaire. De même, elle est la mesure la moins incise à même de supprimer la restriction illicite constatée, de sorte qu'elle se justifie pleinement.

20. Emoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure

20.1 S'agissant des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé son droit d'être entendu. Elle estime que l'autorité inférieure devait motiver comment elle parvenait à un montant total des frais s'établissant à 988'195 francs, la décision attaquée ne mentionnant pas le nombre d'heures total consacré à l'affaire ni leur répartition en fonction du taux horaire applicable.

20.2 Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comporte l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la contester utilement et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 138 V 32 consid. 2.2 et 134 I 83 consid. 4.1).

20.3 En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart, RS 251.2), l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre 100 et 400 francs de l'heure, compte tenu notamment de la classe de salaire de l'employé effectuant la prestation. Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui notamment occasionne une procédure administrative (art. 2 al. 1 OEmol-LCart). N'ont en revanche pas à verser d'émoluments, en particulier, les parties concernées qui ont occasionné une enquête, si les indices existants au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

20.4 En l'occurrence, l'autorité inférieure a indiqué dans la décision attaquée que les émoluments étaient calculés en fonction du temps consacré à l'affaire et que les frais liés aux investigations fondées sur l'art. 7 LCart avaient été laissés à la charge de la Confédération en tant que dites investigations étaient clairement identifiées temporellement. Elle

a ainsi pris en considération la totalité des frais relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart.

Le secrétariat d'abord, puis l'autorité inférieure ensuite ont procédé à des mesures d'investigation afin de déterminer si les diffuseurs-distributeurs suisses de livres écrits en français avaient passé des accords au sens de l'art. 5 LCart. Ils ont à cet effet en particulier envoyé des questionnaires aux détaillants actifs en Suisse romande, lesquels entretiennent des relations commerciales avec quasiment tous les diffuseurs-distributeurs suisses de livres francophones ; ils ont procédé à l'audition de certains de ceux-ci ainsi qu'à l'examen des procès-verbaux tenus lors des réunions de l'ASDEL. Dites mesures d'investigation ont concerné indistinctement l'existence d'accords au sens de l'art. 5 LCart, en tant qu'il n'est guère possible de délimiter le temps voué à prouver l'existence d'un éventuel accord vertical sur les prix. En effet, les investigations et démarches procédurales liées à l'existence d'un tel accord ne sont pas distinctes de celles relatives aux accords d'attribution de territoire ; en particulier, le questionnaire du 9 décembre 2008 ainsi que les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs portaient également sur la question d'un éventuel accord vertical sur les prix. Il s'ensuit que le temps consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure en lien avec l'art. 5 LCart doit être pris en compte de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par les diffuseurs-distributeurs condamnés.

20.5 Il ressort de la décision attaquée que les frais relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart se montent, pour les treize diffuseurs-distributeurs concernés par celle-ci, à 988'200 francs. Si l'on tient compte d'un tarif horaire moyen, en application de l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, de 200 francs, l'on obtient un total d'heures de 4'941, soit 380 heures par partie. La recourante est parvenue d'elle-même à un calcul similaire. Bien que conséquent, le temps consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure à l'examen des infractions visées par l'art. 5 LCart n'apparaît pas excessif, compte tenu de la durée de la procédure y relative (près de deux ans et demi), de la nature et de la difficulté de l'affaire ainsi que des mesures d'investigation entreprises.

Il s'ensuit qu'avec un tarif horaire moyen se situant dans le bas de l'échelle contenue à l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart et donc avec des heures de travail largement comptées, l'on obtient un total qui n'apparaît en aucun cas excessif en relation avec l'examen des accords visés à l'art. 5 LCart.

Au demeurant, il convient encore de préciser que la réformation partielle de la décision attaquée ne justifie ni l'abandon, ni une diminution des frais imputés à la recourante. En effet, si l'autorité inférieure a mal qualifié les relations commerciales entretenues entre la recourante et certains éditeurs, il n'en demeure pas moins que le comportement illicite de la recourante est à l'origine de l'enquête et de la décision attaquée. Les frais liés au travail de l'autorité inférieure ne dépendent, en définitive, pas de la fixation de la sanction, mais bien de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la loi sur les cartels.

Au surplus, les frais d'un montant de 988'200 francs ont été répartis entre les diffuseurs-distributeurs, à l'exception des frais incombant aux trois diffuseurs-distributeurs pour lesquels les charges ont été entièrement abandonnées, les dix diffuseurs-distributeurs condamnés devant payer solidairement un émolument total de 760'150 francs (cf. ch. 775 de la décision attaquée).

20.6 Sur le vu de ce qui précède, rien ne permet de remettre en cause le montant des frais de procédure devant l'autorité inférieure. Partant, quand bien même l'autorité n'a pas indiqué le détail du calcul de l'émolument, il ne ressort en l'espèce pas que l'autorité inférieure aurait violé le droit d'être entendu de la recourante ; celle-ci ayant pu formuler des griefs à l'encontre du calcul de l'émolument et le tribunal ayant pu exercer son contrôle, une violation du droit d'être entendu serait de toute manière réparée.

Mal fondé, le grief doit être rejeté.

21. Conséquences

Le recours doit être partiellement admis et la décision de l'autorité inférieure partiellement réformée, en tant qu'elle condamnait la recourante au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart de [...] francs. Il y a lieu de réduire le montant de cette sanction à [...] francs.

En revanche, dans la mesure où le tribunal parvient à la conclusion que les accords passés entre la recourante et les éditeurs Tiers-MP, Tiers-Dargaud et en distribution pure, octroyant notamment à celle-ci l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse, ont supprimé la concurrence efficace sur le marché de référence, ou à tout le moins, l'ont affecté notablement, sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique, la décision doit être confirmée, en tant qu'elle interdit à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de

diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse.

De même, il y a lieu de confirmer la décision attaquée, en tant qu'elle condamne la recourante solidairement au paiement des frais de procédure devant l'autorité inférieure, s'élevant à un montant de 760'150 francs.

22. Frais et dépens

22.1 S'agissant des frais de procédure devant le Tribunal administratif fédéral, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, ils 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). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause.

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir la totalité des frais de procédure. En effet, la sanction prononcée à l'encontre de la recourante ayant été réduite, il fait partiellement droit aux conclusions de la recourante. Aussi, il se justifie, compte tenu de l'importance que représente la sanction pour la recourante, de mettre à sa charge des frais de procédure réduits à 11'000 francs. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de 18'000 francs perçue le 24 juillet 2013. Le solde de 7'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

22.2 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation avec art. 7 al. 1 FITAF). 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 et qui est représentée par un avocat, dûment mandaté par procuration, a droit à des dépens réduits.

22.2.1 En date du 15 janvier 2016, le mandataire de la recourante a produit une note de frais s'élevant à 98'730 francs pour la procédure devant l'autorité inférieure et à 145'905 francs pour la procédure de recours (TVA non incluse). Conformément à la jurisprudence fédérale (cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2), seuls sont pris en compte les dépens et les frais liés à la présente procédure.

La note de frais a été établie sur la base d'un tarif horaire de 300 francs pour les avocats et de 200 francs pour les avocats-stagiaires. Le temps consacré à la rédaction des différentes écritures par les avocats comprend 150.5 heures pour la rédaction d'un recours de 65 pages, 114.3 heures pour la rédaction d'une réplique de 35 pages et 84.45 heures pour la rédaction de déterminations sur la duplique de 9 pages. En outre, 62.9 heures ont été dédiées à la préparation de l'audience d'instruction et 31.5 heures à la rédaction de notes de plaidoiries de vingt-six diapositives et des déterminations consécutives de trois pages. Les avocats-stagiaires ont été occupés 4.85 heures pour la rédaction des différentes écritures et 59.2 heures pour la préparation de l'audience d'instruction, la rédaction de notes de plaidoiries et des déterminations consécutives. Enfin, les débours s'élèvent à 317.70 francs.

22.2.2 Le tribunal s'intéresse d'abord au temps de travail des avocats. 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.

Il apparaît d'emblée que les 150.5 heures nécessaires à la rédaction du recours sont excessives. Compte tenu d'une moyenne de 6 heures journalières facturées, elles correspondent à 25 jours de travail. Certes, le dossier de l'autorité inférieure est volumineux. Toutefois, le mandataire de la recourante représentait déjà celle-ci devant l'autorité inférieure. Vu la similitude avec les arguments développés devant l'autorité inférieure, le temps consacré à la rédaction du recours doit être réduit à 100 heures.

Quant aux écritures ultérieures, elles comprennent de nombreuses répétitions des griefs invoqués dans le mémoire de recours. En particulier, le mandataire de la recourante fait état de 84.45 heures consacrées aux déterminations sur la duplique. Or, dites déterminations se contentent d'écarter les griefs soulevés par l'autorité inférieure et de répéter sur neuf pages des griefs déjà traités précédemment. On peine à saisir en quoi de telles déterminations justifient qu'un mandataire professionnel y consacre 84.45 heures, soit plus de 14 jours de travail. Aussi, le temps nécessaire consacré au dépôt de la réplique doit être réduit à 60 heures, celui consacré au dépôt des déterminations à 20 heures.

Quant au temps nécessaire à la préparation de l'audience, le dépôt de notes de plaidoiries et celui de déterminations consécutives, il ne s'agit ni plus ni moins que d'une reprise et d'une synthèse de certains griefs soulevés par la recourante au cours de la procédure. Elles ne justifient pas que l'on y consacre en tout 94.4 heures (62.9 + 31.5 heures), soit près de 16 jours de travail. Le temps nécessaire doit être réduit à 60 heures.

Vu la complexité de la cause, un taux horaire correspondant à 300 francs est toutefois justifié. Quant aux temps de travail des avocats-stagiaires, il y a lieu de réduire, pour les mêmes arguments, le temps nécessaire à la préparation de l'audience, le dépôt de notes de plaidoiries et celui de déterminations consécutives à 40 heures, au lieu des 59.2 heures déclarées. Pour le reste, il peut être tenu compte du décompte de prestations tel qu'établi.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir un montant total des frais de 81'287.70 francs – correspondant à 240 heures à 300 francs, 44.85 heures à 200 francs et 317.70 de débours. La recourante obtenant

partiellement gain de cause, il se justifie de réduire ce montant à 40'700 francs. Il convient enfin, faute de nouveau décompte remis par la recourante à la suite des débats publics du 29 octobre 2019, d'augmenter, *ex aequo et bono*, ce montant et d'octroyer à la recourante une indemnité à titre de dépens réduits de 46'000 francs, ces dépens ne comprenant aucun supplément TVA au sens de l'art. 9 al. 1 let. c FITAF, et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**1.**

Le recours est partiellement admis dans la mesure où il est recevable.

2.

Le chiffre 1.2 du dispositif de la décision du 27 mai 2013 de la Commission de la concurrence est réformé comme suit : « 1.2. Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses ».

3.

Les frais de procédure, d'un montant réduit de 11'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais déjà prestée. Le solde de 7'000 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Un montant de 46'000 francs est alloué à la recourante à titre de dépens et mis à la charge de l'autorité inférieure.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire ; annexe : formulaire « adresse de paiement »)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 31-0277 ; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à 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 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 : 27 novembre 2019