



Cour II
B-3954/2013

Arrêt du 30 octobre 2019

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Pietro Angeli-Busi, Maria Amgwerd, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

Editions Glénat (Suisse) SA,
représentée par Maître Marc Mathey-Doret, avocat,
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 Editions Glénat (Suisse) SA (ci-après : recourante ou Glénat Suisse), sise en Suisse, est une filiale de Editions Glénat (Fance) SA (ci-après : Glénat France), basée en France. La recourante, à l'instar de sa maison-mère, est une société d'édition qui ne s'occupe d'aucune tâche logistique ; elle n'a pas conclu de contrat de diffusion directement avec des éditeurs.

A.b La distribution du catalogue de Glénat France et Glénat Suisse en Suisse est intégralement assumée par OLF SA (ci-après : OLF) sur la base d'un contrat de distribution tripartite conclu le 10 septembre 2004 avec la recourante et Glénat France, lequel contient les clauses suivantes :

Art. 1

« GLENAT SUISSE confie à OLF, qui accepte, la distribution en Suisse de ses propres ouvrages et les ouvrages des maisons d'édition et/ou des distributeurs qui ont eux-mêmes confié à GLENAT cette distribution sur le même territoire [...] »

Art. 2

« Les produits concernés sont, pour ces fonds, tous les livres figurant dans les catalogues des éditeurs concernés et les nouveautés à paraître si toutefois l'éditeur a lui-même, dans les deux cas, la faculté de les diffuser/distribuer en Suisse et a confié cette fonction directement ou indirectement à GLENAT. »

Art. 3

« ¹GLENAT SUISSE confie à OLF la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité de la clientèle suisse.

²[...]

³GLENAT SUISSE et GLENAT FRANCE s'engagent à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de OLF, sauf pour la vente des titres soldés ou les ventes directes prévues ci-dessus. »

B.

B.a Du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : 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 : Comco ou 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, en accord 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, 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 en rejetant 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.

B.e Le secrétariat a procédé, le 4 avril 2012, à l'audition de la société Payot SA, représentée par son directeur général K._____, et, le 29 mai 2012, à celles de L._____ et M._____, en leur qualité respective de Présidente et Secrétaire de l'association suisse des diffuseurs, éditeurs et libraires (ci-après : ASDEL).

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'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 fondé 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 part des frais de procédure. Il n'a, pour le reste, pas retenu l'existence d'un abus de position dominante.

C.b Le 24 octobre 2012, la recourante a transmis au secrétariat ses déterminations sur dite proposition de décision, en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa mise hors de cause de l'enquête et au renoncement à toute sanction à son encontre. Réfutant avoir été partie à un accord horizontal de répartition géographique de même qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente, la recourante a fait valoir qu'elle n'avait pas non plus conclu d'accord d'attribution de territoire de distribution. Elle a d'abord relevé que l'enquête du secrétariat était mal dirigée en ce qui la concernait, dès lors que c'est Glénat France qui avait confié la tâche de distribuer ses ouvrages en Suisse à OLF. Elle a ensuite indiqué que le rôle qu'elle jouait sur le marché suisse du livre écrit en français se distinguait clairement de celui des autres parties visées par la procédure. Elle a en effet précisé être une société d'édition, si bien qu'elle n'est ni importateur ni distributeur ni diffuseur en Suisse des ouvrages publiés par Glénat France. Soutenant avoir toujours laissé les libraires

libres de s'approvisionner ailleurs qu'auprès du distributeur en Suisse, notamment en France ou en Belgique, elle a dès lors considéré ne pas être concernée par la présente procédure et ne pas tomber dans le champ d'application de la loi sur les cartels. En tout état de cause, elle a ajouté que la sanction prononcée violait les principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement.

C.c L'autorité inférieure a procédé, entre novembre et décembre 2012, à l'audition de la recourante, des autres diffuseurs ainsi que des détaillants.

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 Glenat (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 Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA d'entraver par*

des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse ;

3. Classe l'enquête à l'encontre des autres parties à la procédure ;

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

5. Notifie la présente décision à [...] ».

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 qui avaient constitué une action collective, consciente et voulue, et qui avaient 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 dite présomption. Toutefois, dans l'hypothèse d'un renversement, elle a relevé que le 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.

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 Examinant ensuite le système de distribution de la recourante, elle a retenu que l'art. 3 précité (cf. let. A.b) était contenu dans un contrat conclu avec OLF et que, sous réserve du grief selon lequel ce serait Glénat France qui aurait confié la distribution à OLF, la recourante n'avait pas contesté être partie à celui-là. A cet égard, l'autorité inférieure a précisé que la recourante et Glénat France formaient une seule entité économique au sens du droit de la concurrence, si bien qu'il n'y avait aucunement lieu de distinguer entre les entités française et suisse. Pour le surplus, elle a relevé que l'argument de la recourante tombait particulièrement à faux attendu que le contrat de distribution qu'elle avait conclu avec OLF était précisément tripartite. En effet, tant la recourante que Glénat France étaient parties au contrat confiant à OLF la distribution des ouvrages de Editions Glénat en tant qu'entité réunissant la recourante et Glénat France. Partant, l'autorité inférieure a admis que la recourante avait été partie à un système de distribution constituant une action collective consciente et voulue soumise à l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec OLF et couvrant l'ensemble des éditeurs dont elle a assuré la diffusion.

Cela étant, se fondant sur les expériences des diffuseurs et celles des détaillants, l'autorité inférieure a retenu que l'accord entre la recourante et OLF était un accord de distribution qui prévoyait une attribution de territoire au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels et que, par conséquent, la suppression de la concurrence efficace était présumée. Pour ce faire, elle a considéré 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 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 contenu du procès-verbal du 25 mai 2005 – qui relatait une discussion du 11 mai 2005 au sein de l'ASDEL portant, selon elle, sur les dangers des importations parallèles – démontrait la volonté commune des diffuseurs d'empêcher les ventes passives. Finalement, elle a considéré que les relations commerciales entre les éditeurs et leurs partenaires de distribution hors de Suisse n'avaient pas à être examinées plus avant –

en particulier si celles-ci 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 l'accord d'attribution de territoire. Elle a nié que le commerce électronique faisait partie du marché de référence au niveau *wholesale* et laissé indécise la question de savoir s'il apparaissait du côté de l'offre au niveau *retail*. Les importations parallèles ayant été extrêmement limitées, l'autorité inférieure a considéré qu'une concurrence sur le plan intramarque n'avait pas pu exister. Quant à la concurrence sur le plan intermarques, elle a souligné 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 et en a déduit qu'une telle concurrence était très limitée. Elle a ainsi 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 l'accord en cause serait illicite 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 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 ce système de distribution, la concurrence était d'un point de vue quantitatif également affectée notablement. Finalement, elle a nié toute justification pour des motifs d'efficacité économique.

D.f Enfin, l'autorité inférieure 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 2008, 2009 et 2010 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 dite décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut, sous suite de dépens, préalablement, à ce qu'il soit ordonné à l'autorité inférieure de produire les décisions relatives au classement des charges à l'encontre

de Editions de l'Age d'Homme SA, Editions Zoé SA et Librairie du Lac et à ce qu'un délai lui soit octroyé pour compléter son recours. A titre principal, elle conclut à l'annulation de la décision.

E.b Invoquant préalablement une violation de son droit d'être entendue et du principe de l'égalité de traitement, la recourante fait valoir qu'elle n'a pas eu connaissance des motifs pour lesquels l'enquête ouverte initialement contre treize acteurs actifs sur le marché suisse du livre écrit en français avait été classée pour trois d'entre eux.

E.c Niant ensuite avoir été partie à un accord vertical de protection territoriale absolue, la recourante fait valoir que les prémisses de la présomption prévue à l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels ne sont pas réunies en l'espèce.

Relevant que son système de distribution diverge considérablement des autres modèles examinés par l'autorité inférieure dans la décision querellée, elle indique que l'art. 3 al. 3 du contrat de distribution passé avec OLF ne constitue pas un accord excluant les ventes passives par des fournisseurs agréés. Il s'agit d'une clause-type figurant dans les contrats rédigés par OLF et qui en l'espèce n'a aucune incidence pratique et juridique sur la faculté des libraires suisses de s'approvisionner en ouvrages édités par Glénat France directement auprès de fournisseurs agréés à l'étranger, comme le constate également OLF dans un courrier daté du 10 juillet 2013. Glénat France, pas plus qu'elle, ne distribue des ouvrages et n'ouvre donc de comptes directs pour quelque détaillant que ce soit, de Suisse, de France ou d'ailleurs. Elle expose en effet que Glénat France a externalisé la distribution de l'intégralité de ses ouvrages pour le monde entier, dont la Suisse, à F._____ basée en France. Ainsi, seule F._____ ouvre des comptes. Elle précise à cet égard que le contrat de distribution conclu avec F._____ réserve expressément la faculté de celle-ci de fournir des libraires en Suisse dans son protocole daté du 30 juin 1993, lequel abroge la clause antérieure qui interdisait les importations parallèles et instaurait un droit d'information de l'éditeur sur les ouvertures de comptes.

E.d Relevant que le fait que des ventes passives aient effectivement eu lieu ou non n'est pas pertinent s'agissant de la réalisation de la présomption d'illicéité, elle fait valoir, à titre subsidiaire, que l'autorité inférieure n'a pas apporté la preuve que la faculté de procéder à des importations parallèles avait été exclue durant la période sous investigation. Au surplus, elle ajoute que le contenu du procès-verbal de

la séance de l'ASDEL ne saurait être retenu contre elle, dès lors qu'elle n'est pas membre de dite association. Enfin, elle soutient que l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels ne s'applique qu'aux exclusions de ventes à la charge des distributeurs et non pas à celles imposées aux producteurs.

E.e En tout état de cause, la recourante fait valoir que la sanction devrait être considérablement atténuée, exposant que les chiffres d'affaires retenus sont erronés, que le montant de base comprend également la part du chiffre d'affaires réalisé sur le marché suisse et que son rôle est exclusivement passif. En outre, elle considère que les frais occasionnés par la recherche d'indices relatifs aux deux charges ayant été classées devraient être défalqués des frais de procédure liés à la période de l'enquête. Enfin, elle estime que, compte tenu de sa position sur le marché, du peu d'investigations menées par l'autorité inférieure la concernant, il conviendrait de lui attribuer, au titre de frais de procédure, par analogie, le même pourcentage de part de marché moyen reconnu par le secrétariat, à savoir [...] %.

F.

Invitée à se prononcer sur le recours, et en particulier sur la conclusion préalable de la recourante, l'autorité inférieure a conclu à son rejet dans ses observations responsives déposées, après prolongation de délai, le 20 novembre 2013.

Elle relève tout d'abord que la recourante ne saurait se plaindre d'une violation de son droit d'être entendue, dès lors que le classement de la procédure à l'encontre des trois diffuseurs-distributeurs en question est intervenu dans la seule décision attaquée. La situation de la recourante n'est, pour le reste, nullement comparable à celle desdites sociétés.

L'autorité inférieure soutient ensuite que le système de distribution de la recourante est comparable à celui des autres partenaires de distribution de OLF examinés dans la décision entreprise, en tant qu'il repose sur l'externalisation de la distribution à un partenaire exclusif en Suisse, OLF. La seule différence avec ceux-ci réside dans le fait que la distribution de la production éditoriale de la recourante pour le reste du monde est également externalisée à une entreprise indépendante, F._____. La distribution et l'importation en Suisse sont assumées par OLF sur la base d'un contrat-type établi par celle-ci. Or, ce modèle de distribution est caractérisé par l'exclusion des ventes passives. Elle relève à cet égard que le courrier de OLF du 10 juillet 2013 confirme que, malgré l'externalisation de la distribution à F._____, la recourante maîtrise les

flux de distribution de ses ouvrages et est en mesure d'exclure les ventes passives. Dans ce sens, la modification du contrat avec F._____ intervenue le 30 juin 1993 n'est pas apte à démontrer que des ventes passives auraient été possibles durant la période visée par l'enquête. Elle indique à ce propos qu'aucune vente passive significative n'a pu être établie durant dite période et ajoute avoir acquis la conviction, sur la base des auditions de quatre détaillants présentés comme des preuves que des importations parallèles avaient pu être effectuées durant celle-là, que les ventes passives avaient été entravées. Enfin, elle soutient que le système de distribution de la recourante est en mesure de réaliser les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels, interprété conformément au droit ; le fait que celle-ci produise elle-même les biens dont elle a externalisé la distribution en Suisse à OLF n'y change rien, la condition centrale de dite disposition étant l'exclusion des ventes passives.

S'agissant enfin de l'amende infligée, l'autorité inférieure relève que la recourante n'a pas contesté le montant de base proposé par le secrétariat et rappelle que le chiffre d'affaires est considéré de manière globale et indifférenciée pour le calcul du montant de base de la sanction. Concernant le rôle prétendument passif joué par la recourante, elle rappelle que celle-ci est également partie au contrat litigieux passé avec OLF. Quant aux frais de procédure, elle indique que ceux-ci ont déjà été réduits, dès lors que l'abus de position dominante a été écarté. Pour le reste, les mesures d'investigation engagées visaient à déterminer s'il existait un accord d'attribution de territoire, sans distinguer entre accord horizontal et vertical. Il en a été de même s'agissant de l'existence d'un éventuel accord vertical sur les prix.

L'autorité inférieure renvoie pour le reste aux développements contenus dans la décision attaquée.

G.

Saisissant la possibilité qui lui était offerte de formuler des remarques sur la prise de position de l'autorité inférieure quant à sa conclusion préalable, la recourante a maintenu, dans un courrier du 6 décembre 2013, que le refus de l'autorité inférieure de produire les décisions de classement de l'enquête violait gravement son droit d'être entendue.

H.

Par décision incidente du 10 décembre 2013, le juge instructeur a déclaré sans objet la conclusion de la recourante tendant à la production des

décisions relatives au classement des charges à l'encontre de Editions l'Age d'Homme SA, Editions Zoé SA et Librairie du Lac, dès lors que celles-là consistaient précisément en la décision attaquée. Il a en outre rejeté la requête implicite de la recourante tendant à connaître les motifs dudit classement, exposant que, dans la décision entreprise, seule l'existence d'accords illicites verticaux attribuant des territoires dans la distribution avait été retenue et qu'aucune clause constituant un tel accord n'avait pu être établie dans les relations commerciales des sociétés susmentionnées, si bien que les motifs de classement de l'enquête à l'encontre de celles-ci étaient évidents.

I.

Invitée à répliquer, la recourante a, après prolongation de délai, maintenu ses conclusions le 12 février 2014.

Prenant acte du motif pour lequel les charges avaient été abandonnées à l'encontre des trois diffuseurs-distributeurs précités, la recourante maintient que la décision déférée viole les principes de l'égalité de traitement et *in dubio pro reo*, dès lors que la preuve de sa participation à un accord vertical illicite d'attribution de territoire n'a pas non plus été apportée.

Elle répète à cet égard que son système de distribution diffère fondamentalement de ceux des autres partenaires de distribution de OLF, dès lors que l'intégralité de la distribution de sa production éditoriale a été externalisée à une entreprise indépendante tant pour la Suisse que pour le reste du monde. Aussi, elle indique ne pas comprendre comment l'autorité inférieure peut, au vu de ce constat, soutenir qu'elle serait en mesure de prendre toute mesure utile pour mettre fin aux importations parallèles.

Elle rappelle également que l'analyse des effets d'un prétendu accord ne saurait pallier l'absence de preuves relatives à la réalisation des conditions d'application de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. Or, en l'espèce, l'autorité inférieure n'a pas démontré que la faculté d'opérer des ventes passives avait été exclue durant la période visée par l'enquête. Aucun détaillant, et en particulier aucun des quatre auditionnés par l'autorité inférieure, n'a indiqué que F._____ aurait refusé de lui ouvrir un compte ou de l'approvisionner en ouvrages Editions Glénat.

Enfin, s'agissant de la quotité de la sanction, elle maintient que le montant de base doit être rectifié dès lors que les chiffres d'affaires retenus sont erronés, ce que l'autorité inférieure ne conteste pas.

J.

L'autorité inférieure a transmis sa duplique dans un délai prolongé au 23 avril 2014.

Elle soutient que la divergence du système de distribution de la recourante par rapport aux autres partenaires de distribution du système OLF n'est pas essentielle. Elle répète que l'attestation de OLF datée du 10 juillet 2013 confirme en effet que, par le biais d'un contrôle des flux, la recourante est à même d'exercer une surveillance sur l'activité de F._____ – dont l'indépendance est définie par elle – de sorte à empêcher les ventes passives et garantir l'exclusivité territoriale de OLF. L'analyse des effets et les autres éléments de preuve exposés dans la décision contestée confirment également ce point de vue.

Elle renvoie pour le surplus à la motivation de la décision déferée et de sa réponse au recours.

K.

Le 5 mai 2014, la recourante a fait part de ses remarques sur la duplique de l'autorité inférieure. Elle maintient que l'autorité inférieure n'a pas démontré que son système de distribution n'était pas différent des autres, en particulier qu'elle exerçait un contrôle sur F._____. En effet, la seule attestation de OLF, sur laquelle elle se fonde, confirme uniquement que l'art. 3 du contrat de distribution passé avec celle-ci est une clause-type qui n'a pas été mise en œuvre en pratique. Par ailleurs, dès lors que F._____ n'est pas partie à ce contrat, elle n'est par conséquent concernée ni par cette clause ni par l'attestation de OLF.

L.

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 causes Gaba International AG, respectivement Gebro Pharma GmbH, contre Comco (ci-après : *Gaba/Gebro*) pendantes devant le Tribunal fédéral.

M.

Par écritures du 23 juin 2014, la recourante a indiqué s'en remettre à justice s'agissant de la suspension de la procédure.

N.

L'autorité inférieure a, par courrier du 25 juin 2014, fait savoir que la suspension de la procédure ne se justifiait pas dans la mesure où la notabilité de l'affectation à la concurrence avait été établie tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif 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. Elle a pour le reste confirmé ses conclusions et renvoyé à la motivation contenue dans la décision attaquée, la réponse et la duplique, dès lors que la recourante n'avait apporté aucun élément nouveau dans ses remarques.

O.

Par ordonnance du 23 juillet 2014, le tribunal a informé les parties qu'il renonçait à suspendre la procédure de recours.

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 (cf. 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 du TF 2C_524/2018 précité consid. 2.3).

1.2.2 La recourante conclut notamment à ce que la décision attaquée soit annulée. 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.

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

1.3 Au surplus, les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (cf. 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 fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart, RS 251) – 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 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 (cf. 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^{ère} 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^{ère} 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^{ère} phrase LCart) ; elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1^{ère} phrase LCart).

2.4 En application de l'art. 6 al. 1 1^{ère} 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 : note explicative). La communication et sa note explicative ont été publiées sur le site Internet de la Comco. 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 [CR-Concurrence], art. 6 LCart p. 598 ss n° 40 ss ; KLAUS NEFF, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010 [BSK-KG], 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 d'une amende de [...] francs en application de l'art. 49a LCart pour avoir conclu avec OLF un accord d'attribution de territoire alors que son système de distribution interdisait les ventes passives par d'autres distributeurs. En substance, elle a considéré que l'engagement pris par la recourante de ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses (sans accord préalable de OLF) et le fait que les détaillants ne pouvaient pas s'approvisionner en France suffisaient à démontrer que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives.

La recourante 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 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 (cf. ch. 19 CommVert) et ceux qui faisaient déjà l'objet d'une enquête préalable à cette date (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 3.2 ; Secrétariat Comco, DPC 2011/3, p. 364, *Festool*, ch. 11 note de bas de page n° 2 ; JEAN-MARC REYMOND, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 6 LCart p. 617 n° 130).

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

A titre liminaire, il convient 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 celle-ci sont réunies.

3.1 Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la présente loi 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 présente loi 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 présente loi 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 Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [FF 1995 I 472 ; ci-après : message LCart 1995] p. 535 ss ch. 222.2).

En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante appartient [...] à Glénat France. 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 précité *Publigroupe* consid. 4.1 ; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 2 LCart p. 153 ss n° 30-35, JENS LEHNE, in : BSK-KG, op. cit., art. 2 p. 84 ss n° 27-29 ; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in : Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, 1269-1303, spéc. p. 1278 ss). En droit européen, l'absence d'autonomie d'une 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 WISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 9^e éd., p. 95 ss). Il s'ensuit que la recourante et Glénat France ne forment qu'une seule et même entité aux yeux de la loi sur les cartels.

Ainsi, dès lors que Editions Glénat – en tant qu'entité réunissant Glénat France et Glénat Suisse – a confié à OLF la distribution exclusive pour la Suisse de ses ouvrages ainsi que de ceux des éditeurs et/ou distributeurs dont il a été chargé de la diffusion-distribution sur ce même territoire, il y a lieu d'admettre que Editions Glénat constitue une entreprise au sens de la loi sur les cartels et que le prétendu accord de protection territoriale absolue a produit ses 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, il y a tout d'abord lieu de préciser que Editions Glénat se situe en amont de la chaîne de distribution ; le groupe entretient ainsi une relation commerciale verticale avec OLF.

Pour le reste, il convient de déterminer s'il existait entre Editions Glénat et OLF un accord 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 revêt une double pertinence, en ce sens que l'existence d'un accord en matière de concurrence constitue non seulement une condition à l'application de la loi sur les cartels mais également une prémisses à l'admission, en l'espèce, de l'existence d'une restriction illicite à la concurrence. La question sera examinée ci-après.

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

D'un point de vue matériel, la présente procédure de recours consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a admis que Editions Glénat avait, entre l'année 2005 et l'année 2011, été partie avec OLF à un accord illicite, au sens des art. 5 al. 4 LCart – en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart – et 49a al. 1 LCart.

La question litigieuse qu'il convient d'examiner préliminairement est dès lors celle de savoir si, pour la période en cause, la recourante, respectivement Edition Glénat, a été partie à un accord vertical en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

4.1 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 : CR-Concurrence, op. cit., 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, p. 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 226 n° 21 ; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in : BSK-KG, op. cit., 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 du TAF 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, in : CR-Concurrence, art. 2 LCart p. 153-155 n° 30-35 ; LEHNE, in : BSK-KG, op. cit., art. 2 p. 84 ss n° 27-29).

4.2 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 244 ss n° 72 ss ; NYDEGGER/NADIG, in : BSK-KG, 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 du TAF 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 à 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 à la 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 et réf. cit. ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 247 ss n° 83 ss et réf. cit. ; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in : BSK-KG, 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).

4.3 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 européens, 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. 13.4 ; arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1 *in fine* ; arrêt du TF 2C_180/2014 du 28 juin 2016, en partie publié in ATF 143 II 297 et traduit partiellement au JdT 2018 I p. 3 *Gaba* consid. 6.2.3 ; cf. également sur la prise en compte du droit européen : arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 167 ss). L'art. 4 al. 1 LCart présente à cet égard des points de convergence et de divergence avec l'art. 101 par. 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (TFUE, publié in : JO du 26 octobre 2012 C 326/49 ; ex-art. 81 par. 1 du Traité de Rome instituant la Communauté européenne, signé en 1957 [TCE]), 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 Etats 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 n°7 et réf. cit). 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 (cf. point 1 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après : lignes directrices]).

5. Relations avec les partenaires de distribution

Ceci étant, il s'agit en premier lieu de déterminer si, durant la période sous investigation, la recourante, respectivement Editions Glénat, a été partie à des accords, revêtant la forme de conventions ou de pratiques concertées, qui ont visé ou eu pour effet une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

En l'espèce, l'autorité inférieure a retenu que le contrat passé entre Editions Glénat et OLF constituait un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart dès lors qu'il avait pour objet de restreindre la concurrence.

Il n'est en l'occurrence pas contesté que l'engagement litigieux pris par Editions Glénat auprès de OLF de « ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de OLF » était contenu dans une convention au sens de l'art. 1 ss CO passée en 2004 entre deux entreprises au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart (cf. *supra* let. A.b). De plus, dès lors que Editions Glénat a octroyé à OLF une exclusivité pour la distribution sur le territoire suisse de l'ensemble des fonds qu'il diffuse, ledit engagement affecte les canaux d'écoulement et d'approvisionnement sur le marché du livre écrit en français. Il s'ensuit que Editions Glénat a été partie, durant la période soumise à l'enquête, à un accord visant une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Un tel constat ne dit toutefois encore rien sur le caractère illicite ou non de l'accord, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart.

6. 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 d'attribution de territoires de distribution absolue [ATD] ou accord de protection territoriale absolue ; cf. ch. 10 par. 1 let. b CommVert).

6.1 L'art. 5 al. 4 LCart, entré en vigueur le 1^{er} avril 2004 (cf. RO 2004 1385, p. 1386), a été introduit au stade des débats parlementaires relatifs à la révision de la LCart 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 Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels [FF 2002 1911 ; ci-après : message LCart 2001] p. 1920 ss ; Schneider BO 2002 N 1435 ; Strahm BO 2002 N 1438 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, 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 finaux – ainsi que de favoriser la concurrence sur le plan intramarque (cf. consid. IV et ch. 10 par. 1 let. b CommVert). Cette disposition vise ainsi 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, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in : Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 2004, [Kartellgesetzrevision 2003] p. 41).

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 sur le plan 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 autorisé à celui-ci, de vendre et de livrer dans l'autre territoire attribué et il ne peut pas le lui être interdit par le producteur (cf. 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, partant, 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 ; Büttiker BO 2003 E 330 ; cf. également 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, Kartellrechtliche Zulässigkeit eines Verbots von Direktbelieferungen durch den Lieferanten, sic! 10/2011, p. 574 ss). Il s'ensuit qu'il est interdit au producteur de restreindre la concurrence sur le plan intramarque entre ses distributeurs en garantissant une protection territoriale absolue.

6.2 L'art. 5 al. 4 LCart est inspiré du droit européen, plus précisément de l'art. 4/b 1^{er} tiret du règlement (CE) n° 2790/1999 de la commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336/21 du 29.12.1999 – remplacé le 1^{er} juin 2010 par le règlement (UE) n° 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 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 : règlement d'exemption par catégorie ou REC) – dont la teneur est la 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 sous le contrôle des parties, ont notamment pour objet : la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf notamment : la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes de la part des 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 au sens de l'art. 101 par. 3 TFUE est accordée (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 communautaire (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 nouvelle disposition à la lumière du REC 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, in : *Kartellgesetzrevision* 2003, op. cit., p. 42 ; SILVIO VENTURI/CHRISTOPH VONLANTHEN, in : *Les accords de distribution*, 2005, p. 136 n° 46). Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen des cartels doivent également être considérés comme licites en Suisse (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1).

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

Premièrement, dite 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, in : *CR-Concurrence*, op. cit., art. 5 LCart p. 526 et 564 ss n° 379 et 586 ss ; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG*, Jusletter du 27 septembre 2004 [Vertikale Preis- und Gebietsabreden], n° 28 ss). Par contrat de distribution, il y a lieu d'entendre 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 (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 (cf. ch. 4 CommVert ; ch. 6 de la note explicative ; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1).

Deuxièmement, une attribution – directe ou indirecte (cf. ch. 6 de la note explicative ; arrêts du TAF B-581/2012 du 16 septembre 2016 *Nikon* consid. 7.3.2 et B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.2.2) – de territoires à un ou plusieurs distributeurs doit découler dudit contrat de distribution (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2). La présomption 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 ; AMSTUTZ/REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, op. cit., n° 70 ; cf. également ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2). Ceux-ci peuvent être locaux, régionaux, suprarégionaux ou encore nationaux (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : *CR-Concurrence*, 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 du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.3).

Troisièmement, l'accord doit entraîner une exclusion des ventes dans les territoires attribués (cf. ch. 10 par. 1 let. b CommVert et ch. 6 de la note explicative ; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4 ss). 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 (cf. ch. 10 par. 1 let. b CommVert *a contrario* ; Schiesser BO 2003 E 329 ss ; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4 ; arrêt du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.1 ; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in : *BSK-KG*, op. cit., art. 5 p. 437 ss n° 554 ss ; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2^e éd. 2005, [Kartellrecht] p. 226 ss n° 469 ss ; AMSTUTZ/REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, op. cit., n° 70). Par ventes passives, on entend notamment le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finaux ou distributeurs) établis sur le territoire alloué exclusivement par le fournisseur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients (cf. point 51 lignes directrices ; ch. 3 CommVert ; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.5 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : *CR-Concurrence*, op. cit., art. 5 LCart p. 568 n° 607).

L'art. 5 al. 4 LCart s'applique 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 (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 569 n° 612 ss ; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, p. 116 n° 2.259 ; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5^e éd., 2012, n° 669 ; cf. également ch. 10 par. 1 let. b CommVert ; point 50 lignes directrices). L'art. 5 al. 4 LCart s'applique également à l'exclusion indirecte des ventes passives dans les territoires réservés (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 570 n° 615 ; ZÄCH, Kartellrecht, p. 226 n° 469 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 437 n° 554 ss ; CHRISTIAN KAUFMANN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 2004, p. 142 ; cf. également ch. 10 par. 2 CommVert ; point 50 lignes directrices), 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 des 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 que la 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 (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 570 ss n° 616 ss ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 437 ss n° 554 et 569 ss ; point 50 lignes directrices). 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 572 ss n° 624).

6.3.1 En l'espèce, il ressort de l'art. 3 al. 1, en lien avec les art. 1 et 2, de l'accord litigieux que Editions Glénat a confié à OLF la distribution exclusive, sur le territoire suisse, de ses propres ouvrages ainsi que de

ceux des éditeurs et/ou distributeurs tiers dont il a été chargé de la distribution en Suisse (cf. *supra* let. A.b) – ce que la recourante ne conteste pas. Les premier et deuxième critères à l'application de la présomption – relatifs au contrat de distribution et à l'attribution de territoire de distribution – sont dès lors réalisés.

Ceci étant, il reste à examiner si le régime d'exclusivité conféré entraîne l'interdiction en Suisse des ventes passives des ouvrages de Editions Glénat ainsi que de ceux des éditeurs et/ou distributeurs tiers. A cet égard, il y a lieu de préciser la notion d'« exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés » contenue à l'art. 5 al. 4 LCart et de distinguer selon que l'exclusion des ventes est imposée aux éditeurs (cf. *infra* consid. 7) ou à des partenaires de distribution (cf. *infra* consid. 8).

7. Exclusion des ventes par les éditeurs

Le contrat passé entre Editions Glénat et OLF – régi par le droit suisse – contient en particulier l'obligation, à charge du premier, de « ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de OLF ».

Selon la recourante, l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique qu'aux exclusions de ventes passives à charge des distributeurs et non pas à celles imposées aux producteurs. Or, Editions Glénat se consacre uniquement à la production et à la diffusion des livres, l'intégralité de la distribution ayant été externalisée. Ainsi, en s'interdisant d'ouvrir des comptes, Editions Glénat n'exclut pas les ventes passives par des fournisseurs agréés. Selon l'autorité inférieure, il ne ressort pas d'une interprétation conforme au droit que l'art. 5 al. 4 LCart serait inapplicable à des systèmes de distribution sitôt que des entreprises assumeraient également une activité de production, la condition centrale de dite disposition étant l'exclusion des ventes passives. En l'espèce, le système de distribution de la recourante est en mesure de réaliser les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart ; le fait qu'elle produise elle-même les biens dont elle a externalisé la distribution en Suisse à OLF n'y change rien.

7.1 Il convient donc dans un premier temps de déterminer si l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées aux distributeurs et non celles à la charge des producteurs, étant précisé que, dans la configuration propre au contrat de distribution en cause, l'éditeur fait office de « producteur » des livres distribués en Suisse via OLF.

7.1.1 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 dégageant 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).

7.1.2 Ainsi, il ressort des versions allemande et italienne de l'art. 5 al. 4 LCart que, par « fournisseurs », 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. Une telle 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, *a contrario*, des travaux préparatoires : un producteur (*Hersteller/Lieferant*) a le droit de s'interdire, dans un contrat de distribution, de livrer directement les acheteurs finaux (*Endabnehmer*) (ventes directes) ou d'autres distributeurs (*Händler*) (ventes indirectes) dans le territoire alloué (cf. Schiesser BO 2003 E 329 ; voir également Büttiker BO 2003 E 330 ss). Elle découle 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 vise uniquement les restrictions de la liberté d'action du distributeur (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 558, 559 et 577 n° 557, 560 et 644 ; voir également AMSTUTZ/REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, op. cit., n° 28 et 73 ; RETO JACOBS, *Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht*, RSJ 107/2011 p. 210). Egalement, en droit européen, l'art. 4/b REC 330/2010

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 (cf. point 50 lignes directrices).

7.1.3 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.

7.1.4 En définitive, le contrat de distribution exclusive se caractérise par l'engagement du producteur, respectivement de l'entité concédant l'exclusivité, d'assurer au distributeur l'exclusivité des produits contractuels en vue de leur revente dans un territoire ou à une clientèle donnés et par l'engagement du distributeur de promouvoir lesdits produits (cf. XOUDIS, op. cit., p. 34). L'intensité de l'exclusivité promise peut varier. L'entité concédante peut ainsi se réserver le droit, dans le contrat de distribution exclusive, de vendre directement une partie de sa production aux clients finaux dans le territoire attribué, aux côtés du distributeur tout en s'engageant à ne livrer aucun autre distributeur que le distributeur exclusif (cf. HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21). L'exclusivité peut au contraire être définie rigoureusement et obliger le producteur à ne vendre qu'au concessionnaire dans le territoire concerné, ainsi que de s'abstenir de toute intervention directe dans la zone réservée à celui-là, y compris renoncer à opérer des ventes passives. Le producteur devra alors transférer au concessionnaire toute demande de clients se trouvant sur ce territoire (cf. CHRISTOPH MÜLLER, Les contrats de distribution / I.-II., in : Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis, Contrats, Sécurité des produits, Actions collectives, 2013, p. 77 ; URS EGLI, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis (1. Teil), in : recht 2014 p. 1 ss, spéc. p. 10 ; HOCH CLASSEN, p. 21). La volonté de ne pas sanctionner l'entité concédante s'imposant le respect de l'exclusivité qu'elle accorde s'inscrit dans le contexte d'une clause d'exclusivité simple (cf. XOUDIS, op. cit., p. 35). Une telle restriction du 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, reproduit in : DPC 2010/4, p. 793 ss, *Jovani*, consid. 3.3.3.2 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, tant et aussi longtemps que l'acheteur est libre de s'approvisionner auprès du fournisseur de son choix. Le Tribunal de commerce du canton de Zurich a ainsi admis que l'engagement par lequel le producteur renonçait à opérer des ventes passives directement

aux clients finaux dans le territoire attribué au distributeur exclusif n'était pas saisi par l'art. 5 al. 4 LCart (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité *Jovani* consid. 3.3.3.2 ; cf. également ch. 9 de la note explicative).

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

7.2 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.

7.3 En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure, Editions Glénat n'est pas actif dans la distribution des ouvrages contractuels en Suisse puisque, en s'engageant auprès de OLF à « ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans [son] accord préalable », il a justement renoncé à opérer des ventes directes – tant actives que passives – sur le territoire réservé. Or, comme exposé ci-dessus, l'interdiction faite au producteur, respectivement à l'entité concédante, de livrer les consommateurs finaux dans les territoires attribués ne consacre pas une violation de l'art. 5 al. 4 LCart.

8. Exclusion des ventes passives par les partenaires de distribution

Une exclusion des ventes passives par les partenaires de distribution de Editions Glénat, actifs hors de Suisse, pourrait en revanche constituer une infraction à la loi sur les cartels.

8.1 Il ressort du dossier de la cause que Glénat France a passé un contrat avec la société F._____ basée en France en date du 10 mai 1993 – modifié par protocole complémentaire du 30 juin 1993 – par lequel l'éditeur a confié à celle-ci la distribution de tous les ouvrages parus sous

sa (ses) marque(s) en exclusivité pour la France et – pour l'exportation – pour tous les pays, exceptés la Belgique, la Hollande, le Luxembourg, la Suisse et le Canada (cf. art. 1 et 2). Ce contrat ne contient aucune clause interdisant expressément à F._____ d'opérer des ventes passives sur le territoire suisse ou lui imposant d'interdire de telles ventes par ses partenaires de distribution hors de Suisse.

A cet égard, il y a encore lieu de préciser que l'interdiction imposée à F._____ dans le contrat de distribution originel passé avec Glénat France ne portait pas sur la faculté d'effectuer des exportations vers la Suisse mais sur celle d'approvisionner les « libraires de niveau 1 », définis à l'art. 2 al. 2b dudit contrat, si bien que la suppression de dite clause n'a pas pour conséquence d'autoriser les importations parallèles auprès du distributeur français.

En définitive, si dit contrat n'interdit pas les exportations vers la Suisse, l'on ne saurait en déduire qu'il les autorise, ce d'autant plus que la Suisse est expressément exclue de l'exclusivité confiée à F._____ pour l'exportation.

Pour le reste, la recourante n'a pas produit les contrats passés entre Editions Glénat et les distributeurs tiers ayant confié à celui-ci la diffusion-distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse (cf. *supra* let. A.b).

Néanmoins, selon l'autorité inférieure, compte tenu du contrat qu'elle a conclu avec OLF, la recourante se serait engagée à intervenir dans la distribution des ouvrages contractuels sur le territoire suisse, au regard notamment de l'économie dudit contrat, caractérisé par l'exclusion des ventes passives.

8.1.1 Partant, il s'agit en premier lieu d'examiner s'il peut être déduit de l'engagement pris par Editions Glénat auprès de OLF une exclusion des ventes passives sur le territoire suisse imposée aux partenaires de distribution du groupe actifs à l'étranger, dont F._____.

8.1.2 Aussi, il convient, à titre liminaire, 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).

8.1.3 Ceci étant, il s'agirait à ce stade de rechercher en premier lieu ce que Editions Glénat et OLF ont réellement voulu en octroyant à celle-ci la distribution exclusive des ouvrages contractuels sur le territoire suisse et, en particulier, en stipulant que Editions Glénat s'engage à « ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de OLF ». La recourante a indiqué dans son recours que dite clause n'avait aucune incidence pratique et juridique sur la faculté des revendeurs suisses de s'approvisionner en ouvrages Editions Glénat à l'étranger, les distributeurs agréés n'ayant aucune interdiction de conclure de telles ventes. Rien au dossier ne permet en revanche de connaître la volonté de OLF. Aussi, en tant que la réelle et commune intention des parties ne peut en l'espèce être retracée, il se justifie de procéder à une interprétation objective de ladite clause. Il s'agit ainsi de déterminer le sens que les parties pouvaient et devaient, raisonnablement et de bonne foi, attribuer à celle-là.

L'art. 3 al. 3 du contrat de distribution passé avec OLF stipule que « Glénat Suisse et Glénat France s'engagent à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses sans accord préalable de OLF, sauf pour la vente des titres soldés ou les ventes directes prévues ci-dessus ».

Dit engagement repose (uniquement) sur un rapport bilatéral passé avec OLF, si bien qu'il ne permet pas à lui seul de prouver l'existence de

mesures prises par Editions Glénat auprès d'autres fournisseurs agréés. On ne saurait dès lors, raisonnablement et de bonne foi, déduire de dite clause autre chose que le seul engagement de Editions Glénat à ne pas livrer directement des détaillants sur le territoire suisse.

8.2 Ce nonobstant, il s'agit d'examiner si d'autres éléments parleraient, comme le soutient l'autorité inférieure, en faveur d'une exclusion – directe ou indirecte (cf. *supra* consid. 6.3) – des ventes passives en Suisse, durant la période de l'enquête, par les autres fournisseurs agréés de Editions Glénat, dont F._____, ou si, à l'inverse, ceux-là confirment l'absence de cloisonnement du marché ressortant de l'interprétation de la clause litigieuse.

8.2.1 A titre préalable, il y a lieu de rappeler quelques principes procéduraux.

La procédure administrative fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire (ou inquisitoriale), 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 (cf. art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA ; ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1 ; arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 186 et réf. cit. ; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, thèse Fribourg 2008, p. 49 ss 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 du renvoi 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 (cf. art. 40 PCF, 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 71 *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*, ancrés 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). En tant que règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 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*). 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*). 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 du TAF B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.4 et

réf. cit. et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 156 ss et réf. cit. ; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, in : *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2^e éd. 2016, art. 12 p. 290 ss n° 217 ; TSCHUDIN, op. cit., p. 1333 ss, spéc. p. 1345). 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, 133 III 81 consid. 4.2.2 et réf. cit. ; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2 et réf. cit. ; arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 159 et réf. cit. ; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, tome I, 2^e éd. 2016, p. 315 ss n° 1905 ss). La Haute Cour 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 ; arrêt du TF 2C_511/2013 du 27 août 2013 consid. 2.4 ; HOHL, op. cit., p. 327 ss 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-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.2 et B-581/2012 précité *Nikon* consid. 5.5.2 et réf. cit.). 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 *Publigroupe* 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 ss n° 36).

Il s'ensuit que l'existence d'une exclusion des ventes passives sur le territoire suisse imposée, durant la période de référence, par Editions Glénat à ses autres fournisseurs agréés, dont F._____, doit être établie avec certitude, l'appréciation pouvant toutefois se faire sur la base d'indices.

8.2.2 Ainsi, l'autorité inférieure a relevé que le système de distribution de la recourante était comparable à celui des autres partenaires de distribution de OLF examinés dans la décision déférée, en tant qu'il repose sur l'externalisation de la distribution en Suisse à un partenaire exclusif. L'économie de ces modèles de distribution et les principes sur lesquels ils se fondent seraient ainsi communs à ces entreprises. La clause litigieuse, selon laquelle Editions Glénat s'est engagé auprès de OLF à ne pas ouvrir de comptes pour des clients suisses, émanerait donc d'un contrat-type de OLF.

Or, selon l'autorité inférieure, le cadre des relations contractuelles entre les partenaires de distribution en amont et OLF fournit les moyens nécessaires à ceux-ci pour surveiller la distribution des entités actives au niveau *wholesale* à l'étranger et, le cas échéant, mettre en échec les importations parallèles, comme le mettrait en lumière une clause contractuelle (acte 516 p. 4 du dossier de la Comco [ci-après : acte]) définissant le système de distribution de Interforum, autre partenaire commercial de OLF :

« Il est entendu que [Interforum], si toutefois les législations françaises, de l'Union Européenne et de la Suisse le permettent, fera ses meilleurs efforts, en intervenant auprès de sa Maison Mère et de "ses" Editeurs et/ou Distributeurs avec qui il a signé des contrats, pour que des importations directes ou indirectes de France (hors [Interforum]) – "sauvages et parallèles" – via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. Il en va d'ailleurs de son propre intérêt de "protéger" ce dernier et [Interforum] et OLF conviennent de se signaler immédiatement tout "incident" sur ce plan et s'engagent à rechercher et à fournir le maximum de renseignements et de preuves pour que [Interforum] puisse faire les démarches nécessaires pour faire cesser de telles "pratiques" éventuellement constatées.

N.B.: OLF aura les mêmes "préoccupations" »

La recherche d'informations – dès lors qu'elle permettrait de contrôler les flux et de déterminer la destination des livres – suffirait ainsi à elle seule à permettre aux partenaires de distribution de OLF d'exclure les ventes passives. De l'aveu même de celle-ci, les régimes d'exclusivité prévus dans les contrats avec ses partenaires commerciaux en amont empêcheraient les importations parallèles. L'engagement de ne pas ouvrir de comptes pour des détaillants suisses permettrait ainsi de restreindre les ventes passives. En effet, les informations requises contractuellement pour l'ouverture d'un compte permettraient de repérer toute entité qui coopérerait ouvertement avec un éventuel détaillant suisse et de prendre toute mesure utile pour mettre fin aux importations parallèles opérées de cette manière indirecte. Ainsi, grâce au contrat conclu avec OLF, Editions Glénat disposerait de toutes les informations nécessaires pour gérer le cloisonnement du territoire suisse, sans le concours de F._____.

Selon la recourante, son système de distribution présenterait une différence fondamentale avec ceux des autres partenaires commerciaux de OLF examinés dans la décision querellée. Elle relève en effet que la distribution en France de sa production éditoriale n'est pas assumée par elle-même ou par une entité intégrée, comme c'est le cas pour ceux-ci, mais est externalisée à une entreprise indépendante, F._____. Celle-ci stocke et distribue l'intégralité des ouvrages édités par Editions Glénat. Elle seule ouvre des comptes pour les clients du monde entier, y compris OLF. Aussi, sauf à établir – ce qui n'est pas le cas – que Editions Glénat disposerait de moyens pour contraindre le distributeur indépendant F._____ à ne pas contracter avec certains clients, en l'occurrence ceux situés en Suisse, la recourante indique ne pas voir comment l'autorité inférieure peut soutenir que Editions Glénat serait en mesure de prendre toute mesure utile pour mettre fin aux importations parallèles.

Il ressort du contrat-type passé entre Editions Glénat et OLF que l'éditeur rémunère le distributeur pour ses services sur la base [...], ce qu'a confirmé la recourante lors de son audition par l'autorité inférieure : « [...] » (acte 907 lignes 240-241). Aussi, comme le relève l'autorité inférieure, les informations recueillies par OLF, via les comptes ouverts pour les clients suisses et transmises à Editions Glénat, permettent à celui-ci de déceler d'éventuelles importations parallèles (traçabilité). Toutefois, la recherche d'informations ne figure pas au nombre des mesures aptes à exclure, de manière indirecte, les ventes passives (cf. *supra* consid. 6.3). Les devoirs d'information, à charge des partenaires de distribution, ne peuvent en effet constituer à eux seuls un

accord au sens de l'art. 5 al. 4 LCart ; d'autres indices, tendant à démontrer qu'ils ont effectivement conduit à une exclusion des ventes passives, sont nécessaires (cf. Comco, DPC 2010/1, p. 65 *Gaba*, ch. 130 ss). En effet, même si le contrat avec OLF donne à lui seul les moyens à Editions Glénat de déterminer si F._____ en particulier distribue ses ouvrages directement sur le territoire exclusif, encore faut-il que l'éditeur ait pris des mesures visant à entraver les ventes passives. Il n'en reste toutefois pas moins que la recherche d'informations constitue en l'espèce un indice en faveur de l'existence d'un régime d'exclusivité absolue.

8.2.3 L'autorité inférieure relève également que de nombreux diffuseurs, dont la recourante, ont indiqué au cours de l'enquête que le régime d'exclusivité était indispensable pour garantir la faculté accordée aux détaillants suisses de retourner leurs invendus (droit de retour). L'autorité inférieure y voit une contradiction avec l'affirmation des diffuseurs, 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 le régime d'exclusivité exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque de comportements opportunistes, puisque le diffuseur peut partir de la certitude que les livres qui lui parviennent en retour ont d'abord été livrés par ses propres soins. S'agissant de Editions Glénat en particulier, l'autorité inférieure fait valoir que la recourante a produit une lettre à l'appui de son recours émanant de OLF qui démontrerait que le droit de retour accordé par celle-ci aux clients suisses serait garanti par le régime d'exclusivité. OLF y indique que la clause litigieuse du contrat de distribution passé avec Editions Glénat est une clause-type en relation avec la problématique des retours. Selon l'autorité inférieure, cette attestation confirmerait dès lors que, malgré l'externalisation de sa distribution en France à F._____, Editions Glénat est impliqué dans la gestion des flux de distribution. L'éditeur serait ainsi à même, par le jeu d'un contrôle des flux, d'exercer une surveillance sur l'activité de son distributeur français – qui n'aurait dès lors d'indépendance que dans les limites définies par son partenaire contractuel – de sorte à empêcher les ventes passives et garantir ainsi l'exclusivité territoriale de OLF.

La recourante rétorque avoir de la peine à comprendre comment, à la lecture de dite lettre, l'autorité inférieure pouvait lui conférer une telle portée. L'attestation de OLF confirme uniquement que l'art. 3 al. 3 du

contrat de distribution passé avec celle-ci est une clause-type qui n'a pas été mise en œuvre. Celle-ci n'a aucune incidence pratique et juridique sur la faculté des libraires suisses de s'approvisionner en ouvrages édités par Editions Glénat auprès de fournisseurs agréés à l'étranger. Par ailleurs, F._____ n'étant pas partie à ce contrat, celle-ci n'est concernée ni par cette clause ni par le courrier de OLF. L'autorité inférieure n'a dès lors pas apporté la preuve que Editions Glénat exercerait un contrôle sur le distributeur français. Au contraire, le protocole complémentaire au contrat de distribution passé avec F._____ (cf. *supra* consid. 8.1) réserve « expressément » la faculté de celle-ci de fournir des libraires en Suisse, en abrogeant la clause antérieure qui interdisait les importations parallèles et instaurait un droit d'information de l'éditeur sur les ouvertures de comptes. Editions Glénat ne dispose d'aucun moyen pour s'opposer à l'ouverture de comptes clients par F._____ et n'a, dans les faits, d'ailleurs jamais donné d'instructions pour exclure l'accès à ses ouvrages à quelque client que ce soit. Les libraires suisses sont absolument libres de se fournir auprès du distributeur F._____.

La lettre de OLF, datée du 10 juillet 2013 et produite par la recourante à l'appui de son recours, a la teneur suivante :

« Nous vous confirmons que la clause figurant au dernier alinéa de l'article 3 du contrat de distribution signé le 10 septembre 2004 avec votre société et les Editions Glénat (France) SA est une clause type qui était contenue dans les contrats de distribution d'OLF en lien avec la problématique des retours. Nous vous confirmons également que jamais l'OLF n'a sollicité la mise en œuvre de cette clause qui, de fait, n'a pas été appliquée. »

Interrogée par l'autorité inférieure sur la clause litigieuse contenue dans le contrat passé avec OLF, la recourante a indiqué qu'il était assez naturel qu'un distributeur-importateur suisse veuille se rassurer avec ce type de clause, laquelle permet notamment d'éviter « qu'un client achète d'un côté et envoie les retours de l'autre ». « Personne n'a envie de créditer (...) les retours de marchandises qui ont été vendues par quelqu'un d'autre. Bon cela dit, c'est inexistant car je ne peux pas matériellement avoir de compte » (acte 907 lignes 167 ss).

Il y a tout d'abord lieu de constater que la recourante ne prétend pas que OLF disposerait de moyens logistiques lui permettant de gérer les flux en lien avec le droit de retour. Selon le courrier de OLF et l'audition de la recourante, le droit de retour serait dès lors garanti par le régime d'exclusivité. Aussi, pour garantir l'exclusivité de la distribution des

ouvrages notamment de Editions Glénat sur le territoire suisse à OLF et, partant, protéger celle-ci de comportements opportunistes en relation avec les invendus, des mesures visant à cloisonner le marché doivent, selon toute vraisemblance, avoir été mises en place. Il existe donc un indice selon lequel Editions Glénat, outre son engagement à ne pas ouvrir de comptes pour des clients suisses, aurait également exclu les ventes passives par ses autres fournisseurs agréés. L'externalisation de la distribution du catalogue de Editions Glénat à F._____ ne joue aucun rôle, le producteur français disposant de moyens de pression ou d'incitation sur son partenaire contractuel pour exclure les ventes passives sur le territoire attribué (cf. *supra* consid. 6.3, 8.1).

Il s'ensuit que la gestion du droit de retour par le partenaire de distribution suisse de Editions Glénat plaide en faveur de l'existence d'un régime d'exclusivité absolue.

8.2.4 Il ressort de ce qui précède que l'échange d'informations, de même que l'exercice du droit de retour constituent des indices en faveur de l'existence d'une prohibition des ventes passives.

Toutefois, afin d'emporter la conviction du tribunal, il y a lieu de poursuivre l'analyse et de déterminer si l'accord litigieux a, dans les faits, conduit à l'interdiction des ventes passives des ouvrages diffusés par Editions Glénat en Suisse.

8.3 Prise en compte des effets des accords

8.3.1 L'autorité inférieure soutient que les systèmes de distribution, fondés sur des régimes d'exclusivité, des diffuseurs-distributeurs suisses ont dans les faits incontestablement visé les 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 suisse et Payot, ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui sont la cause de leur échec à importer parallèlement des livres de l'ensemble des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête. Seul le détaillant B.A._____ est parvenu à procéder à des importations parallèles par la mise en place du système "B.B._____" reposant sur des partenariats – secrets pour les diffuseurs-distributeurs en France comme en Suisse – avec des détaillants en France. Pour B.A._____, la mise en place d'un tel procédé a également 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 visée par l'enquête, un différentiel de prix important a existé. En outre, les tables de conversion de tous les diffuseurs, si elles ne sont pas équivalentes, contiendraient dans tous les cas une majoration par rapport au taux de change. Aussi, l'autorité inférieure considère que des possibilités d'arbitrage significatives ont existé durant toute la période d'enquête, tant au niveau du paramètre prix que d'autres paramètres, tels que le service et la qualité.

8.3.2 La recourante fait valoir que, si les effets peuvent, le cas échéant, constituer une indication supplémentaire appuyant l'application de la présomption, ils ne peuvent en revanche en aucun cas pallier l'absence de preuves relatives à la réalisation des conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart quant au contenu même de l'accord litigieux. En effet, seule la question de la faculté d'effectuer des ventes passives – et non celle de savoir si de telles ventes ont effectivement eu lieu – est pertinente dans ce contexte. Or, l'autorité inférieure n'a pas établi que la faculté de procéder à des importations parallèles était exclue, même si, dans les faits, les libraires suisses ont fait un usage modéré de celle-ci. Par ailleurs, aucun détaillant, et en particulier aucun des quatre auditionnés par l'autorité inférieure, n'a indiqué que F._____ aurait refusé de lui ouvrir un compte ou de le livrer en ouvrages Editions Glénat et *a fortiori* du fait d'une intervention de celui-ci. En particulier, aucune commande émanant d'un détaillant suisse passée auprès de F._____ et ayant essuyé un refus n'a été produite, pas plus qu'un quelconque élément dont il ressortirait que Editions Glénat ou F._____ aurait renvoyé un détaillant suisse à se fournir auprès de OLF. Au contraire, F._____ a ouvert un compte à Payot en 2000 à sa demande. De même, la Fnac suisse s'approvisionne auprès de F._____.

8.3.3 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 interdise les ventes passives (cf. arrêt du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2 ; PETER REINERT, in : Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 5 p. 70 n° 33 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, 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 143 II 297 *Gaba* consid. 5.4.2, 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.2 ; arrêt du TAF B-420/2008 précité *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 l'application de l'art. 5 al. 4 LCart mais seulement dans le cadre du renversement de la présomption (cf. arrêt du TAF 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 (cf. 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. Un autre choix serait inacceptable du point de vue systématique car il ferait dépendre l'application de l'art. 5 al. 4 LCart d'un comportement étranger à celui des entreprises participantes (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 568 n° 609 et réf. cit. ; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, op. cit., n° 71 ; cf. également Deiss BO 2003 E 331 et Schiesser BO 2003 E 329 ss).

Comme exposé plus haut, la procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. *supra* consid. 8.2.1). Partant, les effets constatés, durant la période sous investigation, sur le marché pertinent, en particulier le défaut d'importations parallèles significatives des ouvrages de Editions Glénat, 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 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 488 ss n° 223).

De plus, 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, 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 du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7).

Enfin, l'art. 4/b 1^{er} tiret REC 2790/1999, dont est inspiré l'art. 5 al. 4 LCart – raison pour laquelle il est en l'espèce admis de se référer au droit européen (cf. *supra* consid. 6.2) – 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 (cf. point 47 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 al. 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 et réf. cit.). 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-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.3 et B-8430/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Koch* consid. 7.1.3) – 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 à la base de l'art. 5 al. 4 LCart. La prise en considération 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, en particulier au regard de la concurrence sur le plan intermarques.

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

8.4 Possibilités d'arbitrage

La première étape de l'analyse des effets des accords consiste à déterminer si des possibilités d'arbitrage ont existé durant la période considérée. Dans un deuxième temps, il s'agira d'établir si des importations parallèles ont été entreprises ou, à défaut, si elles auraient pu l'être. Ce n'est que dans un dernier temps – s'il est avéré que des importations parallèles n'étaient pas possibles – qu'il s'agira d'examiner la raison pour laquelle celles-ci ne pouvaient être opérées.

Dans le cadre de l'enquête, le secrétariat a en particulier envoyé deux questionnaires à des libraires actifs en Suisse romande, le premier le 9 décembre 2008 (actes 88 ss) et le second le 2 mars 2011 (acte 343), portant notamment sur les canaux d'approvisionnement parallèles des livres écrits en français. Il a également adressé un questionnaire, en date du 31 octobre 2008 (acte 63), aux 13 diffuseurs-distributeurs suisses, portant également sur les possibilités d'approvisionnement dont disposaient les libraires suisses durant la période de référence. La plupart d'entre eux ont prétendu que B.A._____ en particulier, ainsi que A._____, la Fnac suisse et Payot avaient été en mesure d'opérer des importations parallèles depuis la France durant dite période. L'autorité inférieure a procédé à l'audition de ces quatre détaillants à la fin 2012.

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 », puisque ces livres ne connaissent justement pas de diffusion-distribution « officielle » ; dites importations ne concernent pas des titres distribués selon un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité pour la Suisse.

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 du TAF B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.3.19 et B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.8.4). 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 distributeur-diffuseur disposant du titre dans son catalogue ? », le cas échéant, à combien de reprises et s'ils y étaient parvenus. Parmi les libraires qui ont répondu à ces questions, seuls ceux ayant déclaré (dans le cadre du questionnaire du 9 décembre 2008) s'approvisionner en livres francophones en particulier auprès de OLF – laquelle distribue en Suisse les ouvrages diffusés par Editions Glénat notamment – sont pris en compte dans l'examen ci-après. Ainsi, sur les 56 libraires considérés, 35 ont répondu : « Non, jamais ». 63% des revendeurs visés n'ont ainsi pas tenté d'importations parallèles durant la période soumise à l'enquête, que ce soit auprès d'un éditeur, d'un diffuseur-distributeur ou d'un autre partenaire commercial.

Il y a lieu de relever qu'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 77 détaillants ayant répondu à cette question et se fournissant en livres francophones en particulier auprès de OLF, 16 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 53 ont indiqué qu'il existait d'autres sources d'approvisionnement à l'étranger, tout en exposant les inconvénients de se fournir hors de Suisse. Il ressort de ces réponses que dits inconvénients se font particulièrement sentir chez les libraires indépendants. 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 suisse – des petits et moyens détaillants.

8.4.1 Tout d'abord, il y a lieu de reconnaître que, durant la période visée, 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 dans la décision attaquée (ch. 571), de même que Payot lors de son audition du 26 novembre 2012 (acte 913 lignes 662-672), la détermination des prix au niveau *wholesale* dans la branche du livre repose sur un système de tabelles de conversion établies, par chaque diffuseur suisse, à partir du prix d'origine en euros. Si elles ne sont pas identiques, ces tabelles contiennent toutes une majoration par rapport au taux de change. Celle-ci a pour corollaire une remise négociée par chaque détaillant avec chaque diffuseur, laquelle est plus élevée en Suisse qu'en France – chaque diffuseur agit sur ce plan d'une manière totalement indépendante ; il n'y a pas de lien entre les uns et les autres sur la fixation de leurs prix (ch. 571 décision attaquée). Malgré les remises, les prix de référence suisses restent néanmoins supérieurs aux prix d'achat français, ce qu'ont également relevé la recourante et Payot au cours de leur audition (cf. *infra* consid. 8.4.2, 8.5.2). Ce différentiel de prix au niveau *wholesale* entre la Suisse et la France est également établi par les tentatives d'importations parallèles opérées par B.A. _____ durant la période visée (cf. *infra* consid. 8.5.3). Ces tentatives d'importations parallèles démontrent par la même occasion que, durant la période d'enquête, le potentiel d'arbitrage au niveau du prix l'a emporté sur celui des services.

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

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 de livres écrits en français actif en Suisse ([...]% de parts de marché pour Diffulivre entre 2009 et 2011 ; ch. 606 décision attaquée), 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 (acte 913 ligne 923).

Quant à la Fnac suisse, avec un volume d'importation hypothétique d'environ [...], le numéro 2 de la branche 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 suisse correspond environ au volume d'importation de Servidis ([...]% de parts de marché entre 2009 et 2011 ; ch. 606 décision attaquée) – troisième plus gros importateur de la branche actif en Suisse après Interforum ([...]% de parts de marché entre 2009 et 2011 ; ch. 606 décision attaquée). En tant que la Fnac suisse 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 suisse 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'importation n'auraient pas excédé ledit différentiel de prix.

8.4.2 Lors de son audition devant l'autorité inférieure, la recourante a indiqué que le niveau des prix du catalogue de Editions Glénat sur le marché *wholesale* suisse – [...] – était de [...] % supérieur à celui pratiqué en France (acte 907).

Il sied en l'espèce de déterminer au plus près le niveau des prix *wholesale* français et suisses sur le catalogue de Editions Glénat distribué en Suisse par OLF en vue d'établir d'abord si Payot et la Fnac suisse auraient concrètement eu un intérêt à procéder à des importations parallèles.

En réponse au questionnaire du secrétariat du 10 décembre 2007, la recourante a fourni un exemple chiffré de calcul du prix d'un livre qu'elle diffuse, soit une bande dessinée au prix public de [...] francs (TTC) en

Suisse et de 9.40 euros en France (acte 46). Sur la base de cet exemple, et compte tenu du cours du taux de change entre l'euro et le franc suisse en 2007 (cf. statistiques du cours des devises de la Banque Nationale Suisse [ci-après : BNS], <https://data.snb.ch/fr/topics/ziredev#!/cube/devkua>, consulté le 30 octobre 2019), il peut être retenu que la recourante a appliqué en 2007 un prix public en Suisse de [...] % (TTC) en moyenne plus cher qu'en France. Cette majoration des prix suisses par rapport à la France se détermine de la manière suivante : le facteur de conversion ressortant de l'exemple chiffré fourni par la recourante pour l'année 2007 s'élève à [...]. Il est également 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 le facteur de conversion 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 le livre en question. De l'ensemble de ces augmentations mensuelles ainsi déterminées résulte une augmentation moyenne de [...] % (TTC) pour l'année 2007.

Aussi, le niveau du prix du livre faisant l'objet du calcul précité a été, sur le marché *wholesale* français, [plus de 10] % inférieur à celui pratiqué en Suisse par Editions Glénat, 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 de Payot, dans le cadre de la demande d'informations du 12 juillet 2007 (acte 21 p. 6), et de la recourante qui fait état, dans son exemple chiffré, d'une remise moyenne de [...] % pour les 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 chiffres communiqués par Payot, dans le cadre de la demande d'informations précitée (acte 21 p. 6), et par la recourante dans son exemple chiffré, qui fait état d'une remise moyenne de [...] % pour les librairies en Suisse ;
- 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 [...] % ($100\% - [\dots]\%$). Cela dit, le prix public suisse étant [...] % (TTC) plus élevé que celui en France pour le livre considéré, le prix *wholesale* à acquitter par les détaillants suisses à la recourante totalise néanmoins [...] % – soit [...] % de [...] % – du prix public français. Dans l'ensemble, le prix requis par la recourante au niveau *wholesale* est [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché *wholesale* en France ($([\dots]\% - 58.3\%) / 58.3\%$).

Quant au reste de la période de l'enquête, la recourante n'a pas produit de tabelles ou d'autres exemples chiffrés. Dès lors que les éléments de preuve à même de démontrer que la recourante aurait appliqué un facteur de conversion autre que [...] ne se trouvent que dans sa sphère d'influence, il lui appartenait de les produire, conformément à son obligation de collaborer (cf. *supra* consid. 8.2.1). Dès lors, il y a lieu de retenir que la recourante a appliqué un facteur de conversion de [...] pour l'entier de la période de l'enquête. Au surplus, il y a encore lieu de relever qu'entre 2005 et 2011, c'est en 2007 que le cours du taux de change entre l'euro et le franc suisse a été le plus élevé. Compte tenu d'un facteur de conversion de [...] applicable durant l'entier de la période de l'enquête, le différentiel de prix de [plus de 10] % retenu entre les marchés *wholesale* suisse et français pour l'année 2007 est le plus bas de la période visée.

A noter qu'il est tenu compte du taux de TVA suisse le plus élevé pour l'entier de la période de l'enquête dès lors qu'en tenant compte de celui-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 [plus de 10] % entre les prix *wholesale* français et suisse.

Le différentiel de prix de [plus de 10] % ayant existé entre les marchés *wholesale* français et suisse durant la période de l'enquête confirme ainsi

que des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé pour Payot et la Fnac suisse entre les années 2005 et 2011 pour les ouvrages diffusés par Editions Glénat en Suisse.

8.4.3 Reste à examiner ce qu'il en était durant dite période pour les petits et moyens détaillants.

Il ressort des réponses données au questionnaire de décembre 2008 par les détaillants s'étant fournis notamment auprès de la recourante qu'un approvisionnement à l'étranger présentait des inconvénients, tels que : 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, 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 rapidité des livraisons. 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 ainsi d'être performants.

Entendue par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012 (acte 909), S._____, en sa qualité de Présidente des libraires indépendants au sein de l'ASDEL et gérante de la librairie A._____, a expliqué que A._____ s'approvisionnait 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 [...] » (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 ». Le délai de livraison serait en outre plus long, si bien que la librairie serait moins « performante ». « [...] 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 » (lignes 347-350). Quant à savoir si elle prévoyait de s'approvisionner à l'étranger en cas de détérioration des conditions proposées en Suisse, S._____ répond ne pas y être fermée, insistant 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. Or, leur concurrence est fondée sur le service à la clientèle, lequel leur est garanti par les diffuseurs-distributeurs suisses.

Il résulte de ce qui précède que, durant la période sous investigation et contrairement à ce que prétend l'autorité inférieure, les possibilités d'arbitrage ont été faibles pour les petites librairies. Il ressort en effet des réponses au questionnaire de 2008 que, lorsqu'un livre est disponible en Suisse, celles-ci préfèrent passer commande auprès des diffuseurs-distributeurs suisses. En cas d'approvisionnement à l'étranger, les petites librairies doivent en particulier, ceci en raison de leur (faible) volume d'achat, faire face à des coûts fixes unitaires importants (frais de transport, frais de dédouanement, coûts d'exploitation d'un centre de distribution). Partant, il y a lieu d'admettre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, que la raison pour laquelle la majorité des détaillants indépendants considérés n'ont pas tenté d'importations parallèles durant la période de référence réside très vraisemblablement dans les inconvénients que représente un tel approvisionnement, ainsi que dans la qualité du service qu'ils reconnaissent au réseau de diffusion-distribution suisse.

A noter toutefois que, même pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché *retail* en Suisse, l'exemple du libraire suisse B.A._____ – lequel a, par l'intermédiaire de différentes structures sises en France, poursuivi une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution prévus pour la Suisse (cf. *infra* consid. 8.5.3) – souligne l'existence de possibilités d'arbitrage par le prix lorsque le différentiel entre le taux de change effectif et les taux de conversion des tables était important. En effet, entendu par l'autorité inférieure en date du 26 novembre 2012 (acte 911), le responsable de l'enseigne B.A._____ a

notamment déclaré que « 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 [...] » et indiqué s'approvisionner comme il le faisait dès lors que « c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandises dans des conditions [...] *normales* ».

Enfin, il convient encore de relever que les librairies de taille moyenne peuvent également bénéficier d'un potentiel d'arbitrage par le prix si elles coordonnent leurs importations – dans les limites de la loi – auprès de l'un des trois plus grands diffuseurs suisses, à savoir Diffulivre, Interforum ou Servidis. Ensemble, elles peuvent en effet atteindre un volume d'achat leur permettant de réaliser des économies d'échelle élevées et d'assumer les coûts d'exploitation d'un centre de distribution en France.

8.4.4 Il suit de ce qui précède que des possibilités d'arbitrage par le prix ont existé durant la période de référence pour les librairies Payot et la Fnac suisse, de même que pour les revendeurs de taille moyenne à condition que ceux-ci coordonnent leurs achats dans les limites de 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 avaient existé durant la période visée par l'enquête s'agissant des ouvrages diffusés par Editions Glénat en Suisse.

8.5 Existence d'importations parallèles

Cela étant, il convient d'examiner si des importations parallèles ont été entreprises durant la période considérée (cf. *infra* consid. 8.5.1-8.5.4), respectivement si elles auraient pu l'être (cf. *infra* consid. 8.6).

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 libraires ayant indiqué s'approvisionner auprès de OLF. 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 quant à savoir si les importations parallèles étaient ou non possibles à cette époque. De même, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des expériences des détaillants s'agissant d'importations de livres du catalogue de Editions Glénat distribués en Suisse par OLF. Peu importe que les détaillants se soient approvisionnés ou aient tenté de le faire auprès d'un éditeur (importations directes), d'un diffuseur-distributeur étranger ou d'un autre

partenaire commercial ; l'ensemble de ces expériences peuvent en effet constituer un indice selon lequel le système de distribution de la recourante a interdit les ventes passives.

8.5.1 Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011 (acte 343), avoir tenté de se fournir à l'étranger, trois ont répondu avoir essayé, une seule ou plusieurs fois, de s'approvisionner auprès d'un « distributeur-diffuseur étranger » et n'avoir rencontré aucune difficulté à obtenir le livre. Il s'agit des librairies D.A._____ (une seule fois ; acte 353), D.B._____ (plusieurs fois ; acte 349) et la Fnac suisse (une seule fois ; acte 411). A cet égard, il convient 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 distributeurs-diffuseurs suisses (acte 99). Il convient encore de préciser qu'en réponse à un questionnaire du 10 décembre 2007 envoyé à quelques détaillants, la Fnac suisse avait expliqué qu'un approvisionnement en France pouvait intervenir de manière très ponctuelle, notamment lorsque certaines références étaient en rupture prolongée chez les diffuseurs suisses et qu'il y avait une forte demande sur ces références (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 » (acte 473) ; de la librairie D.D._____, qui a relevé que « les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse » (acte 433) et la librairie D.E._____ (acte 421).

Payot a répondu s'approvisionner auprès d'un « autre partenaire commercial », à savoir les librairies C._____ (cf. *infra* consid. 8.5.2), 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 grand intérêt à le faire à grande échelle car si elle réduisait ses achats chez le diffuseur local, ses conditions commerciales, liées à ses achats annuels, seraient revues à la baisse un jour ou l'autre (acte 397). Il en va de même de la librairie D.G._____ qui a indiqué avoir souvent acheté via le site Internet amazon.fr (acte 406). A noter que celle-ci a toutefois mentionné, en réponse au questionnaire de 2008, avoir l'obligation de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses lorsque l'ouvrage est diffusé et distribué en Suisse (acte 136). La librairie D.F._____ a également indiqué avoir

tenté de s'approvisionner auprès d'une « librairie collègue » mais avoir essuyé plusieurs refus (acte 461).

S'agissant des détaillants ayant répondu avoir pris contact avec un « éditeur », deux d'entre eux ont indiqué avoir tenté de s'approvisionner directement auprès des éditeurs à l'étranger et n'avoir rencontré aucune difficulté – sans toutefois exposer les circonstances liées à ces approvisionnements. Il s'agit de la librairie D.H._____ (une seule fois ; acte 427) et de la librairie D.I._____ (régulièrement ; acte 410). La librairie D.J._____ a indiqué que s'approvisionner auprès des éditeurs était « tellement plus compliqué » et que « chaque livre est un cas » (acte 418). Une autre librairie, D.E._____, 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 « verrouille[nt] toute possibilité d'obtenir le livre en direct » (acte 421). 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 (acte 149). La librairie D.K._____ a également indiqué avoir essuyé un refus expliquant que « l'éditeur nous a indiqué quel était son distributeur en Suisse et nous avons ensuite passé notre commande chez ce distributeur » (acte 383). 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), la librairie D.C._____ (acte 473), la librairie D.Z._____ (acte 371), la librairie D.N._____ (acte 455) et la librairie D.L._____ (acte 412). 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. Ils ne sont toutefois pas assimilables à des importations réussies. En effet, hormis la librairie D.B._____ et la librairie D.I._____, qui ont annoncé avoir régulièrement acquis avec succès des ouvrages à l'étranger – sans toutefois en détailler les circonstances –, les détaillants font face à des difficultés ou des refus lorsque l'ouvrage en question est diffusé-distribué en Suisse. Partant, à l'instar de ce que relèvent Payot et la Fnac suisse notamment, 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.

8.5.2 Notamment citée par la recourante comme un exemple d'importations parallèles réussies, Payot – représentée par K._____ et T._____ (président de Payot) – a été entendue le 26 novembre 2012 par l'autorité inférieure (acte 913).

Ceux-ci ont indiqué que, sur toute la période visée par l'enquête, Payot 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 et ce, 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 distribution en Suisse (lignes 400-409). A noter que ces dernières importations 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-distribués en Suisse, K._____ a indiqué que Payot avait passé en 2005 un partenariat avec les librairies C._____ à Lyon, ce qui représentait une alternative moins coûteuse qu'un achat direct (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, c'est-à-dire des mesures de rétorsion au niveau des conditions commerciales (lignes 812-830). En outre, Payot souhaite travailler en concertation avec ses fournisseurs et de manière transparente (lignes 805-807). De même, K._____ a précisé que leurs « 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 [leur] problème de prix d'achat (...) » (lignes 422-425).

K._____ et T._____ ont reconnu que Payot disposait depuis l'année 2000 d'un compte ouvert auprès de Hachette Livre en France. T._____ a expliqué que l'ouverture de ce compte était intervenue dans le contexte de l'entrée sur le marché suisse de la Fnac suisse. Il était alors à craindre que celle-ci utilise son circuit logistique français pour approvisionner en livres ses quantités suisses. Il y avait là [...], dès lors qu'elle aurait eu accès à un prix d'achat de l'ordre de 20 à 25% moins chers que le prix d'achat de Payot (lignes 370-376). Or, il se trouve que la Fnac suisse a décidé de s'approvisionner en Suisse, aux prix suisses, si bien que « [...] et le franc suisse et l'euro étaient à l'époque dans des parités qui étaient

nettement plus raisonnables qu'aujourd'hui. Donc en définitive, le compte n'a jamais été utilisé » (lignes 380-383). A la question de savoir s'il aurait pu l'être, K._____ a répondu « c'est très difficile » (lignes 384-385) ; T._____ a précisé « il aurait pu l'être s'il y avait eu la bonne volonté de part et d'autre » (ligne 386). Pour le reste, T._____ a indiqué que Payot n'avait pas de comptes nouvellement ouverts auprès d'un diffuseur ou directement auprès d'un éditeur à l'étranger (lignes 388-390).

Selon l'autorité inférieure, l'ouverture de comptes, si elle constitue une *conditio sine qua non* pour obtenir des livres auprès d'un diffuseur-distributeur en France, ne signifie pas encore que des importations parallèles par l'intermédiaire de ce « compte » seraient possibles.

Il ressort du dossier que les importations par l'intermédiaire d'un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », consiste à contourner la diffusion-distribution en Suisse par des achats via des détaillants situés en France sans que ceux-ci ne révèlent le nom de celui qui leur demande d'effectuer de tels achats. Un revendeur suisse trouve ainsi un accord avec un libraire français ou se crée une boîte postale en France afin de s'approvisionner à des conditions françaises. Ces pratiques, qui restent marginales, se font à l'insu des fournisseurs, qu'ils soient diffuseurs-distributeurs ou éditeurs. Selon Payot, cela ne peut fonctionner que pour des libraires de taille modeste. Dès que le volume est important, la démarche est beaucoup trop visible, remarquée trop rapidement et mise en échec (acte 913 lignes 809 ss).

En réponse à la question, contenue dans le questionnaire du 9 décembre 2008, de savoir s'il existait d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, Payot avait déclaré, entre autres raisons, ne pas vouloir s'approvisionner à l'étranger pour des motifs écologiques et éthiques. Celle-ci a en effet indiqué qu'elle finançait, avec la Fnac suisse ([...] % de parts de marché à elles deux), l'équilibre économique de la distribution locale – dont bénéficient tous les petits et moyens libraires indépendants – en confiant aux diffuseurs-distributeurs suisses l'ensemble de ses approvisionnements. Aussi, elle considère que sa position de leader ([...] % de parts de marché) lui impose de ne pas mettre en péril, pour son seul profit, le système actuel (acte 129).

Il suit de ce qui précède que, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. *supra* consid. 8.4.1), Payot n'a, sauf rares exceptions en cas de ruptures de stock (cf. *supra* consid. 8.5.1), pas tenté de

s'approvisionner à l'étranger durant la période de l'enquête pour des motifs éthiques et également en raison du fait que les prix d'achat suisses étaient à cette époque « raisonnables ». Payot avait ainsi déclaré dans ses questionnaires des 7 août 2007 (acte 21) et 9 décembre 2008 (acte 129) : « Nous nous approvisionnons exclusivement auprès des diffuseurs exclusifs présents en Suisse pour l'ensemble de la production francophone diffusée et distribuée sur le territoire ». 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 avait 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 » (acte 510).

Aussi, il y a lieu d'admettre que Payot n'a pas tenté d'importations parallèles durant la période de l'enquête pour le motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé nécessaire de déployer d'importants efforts pour se servir à un meilleur prix en France, en particulier tant que ses conditions commerciales étaient acceptables. Enfin, le fait que des importations parallèles aient été entreprises via les librairies C._____, c'est-à-dire sur le « marché gris », ne permet nullement de démontrer que le territoire suisse n'était pas cloisonné.

8.5.3 L'autorité inférieure a également entendu U._____ en date du 26 novembre 2012 en qualité de témoin (acte 886 ou 911). Celui-ci est actif en tant que revendeur en Suisse sous l'enseigne B.A._____, laquelle comprend un point de vente à [...] et [...] à [...] (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 respectifs prévus pour la Suisse.

Dans une première phase, U._____ a mis en place un système prévoyant une entité librairie en France (B.B._____), à proximité de la frontière suisse, laquelle approvisionnait deux entités librairies en Suisse (B.C._____ et B.A._____) (lignes 86-91). Dès 1988, l'entité B.B._____ n'a plus disposé de remises conformes à la réglementation française. Selon U._____, la raison expliquant cette « discrimination » repose uniquement sur 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 (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 U._____ a dû déposer le bilan (lignes 113-117). Un redressement judiciaire, accompagné d'un plan de continuation d'une durée de dix ans ont été établis et respectés. Durant la période du plan de continuation, U._____ a adapté sa structure : « 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 » (lignes 168-170). Il 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 en France (plus [...] grossistes en appui) auprès desquelles, par l'intermédiaire des services de sa société B.B._____, B.A._____ organise ses livraisons vers la Suisse (lignes 177-186). Concrètement, ce sont ces librairies qui entretiennent des relations avec la distribution en place en France. U._____ tient à garder l'identité de ses librairies secrète pour se protéger dit-il des rétorsions de prix dont B.B._____ aurait été victime lorsqu'il était en relation directe avec la distribution en France (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* » (ligne 186). « 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 » (lignes 608-610). [...].

Selon l'autorité inférieure, l'expérience de B.A._____, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs comme l'exemple-type prouvant que des importations parallèles 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 a été de fonctionner grâce à des approvisionnements par l'intermédiaire de plusieurs librairies écran liées secrètement à une société d'importation (B.B._____ ; cf. ch. 251 décision attaquée).

[...]

Il y a encore lieu de relever que, selon les indications de U._____, la société B.B._____ se serait à l'époque vu 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. 8.5.2). 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 nul 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 écran utilisées par B.B._____ pour l'acquisition des ouvrages en France.

8.5.4 Il s'ensuit que les quelques importations parallèles 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 écran.

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 par Editions Glénat en Suisse.

8.6 Possibilités d'importations parallèles

8.6.1 Reste à examiner si, à défaut d'avoir été entreprises, des importations parallèles auraient néanmoins pu être effectuées durant la période visée par l'enquête.

8.6.1.1 Plusieurs revendeurs, ayant répondu, au 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. A titre d'exemple, A._____ a ainsi indiqué : « Une librairie indépendante peut très bien commander ses livres directement en France, personne ne peut l'en empêcher » (acte 257).

Dès lors que ces détaillants 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 Editions Glénat.

A. _____ a en outre indiqué lors de son audition devant l'autorité inférieure (acte 909) : « 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 [...] ». Amenée à préciser les raisons pour lesquelles, selon elle, elle ne rencontrerait pas de difficultés à ouvrir des comptes en France, A. _____ a répondu : « 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 M. K. _____, 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 M. V. _____ [Gallimard] et avec d'autres que s'ils ouvrent les comptes, on pourrait le faire aussi » (lignes 120-122 et 338-347).

Il s'ensuit que, contrairement à ce que A. _____ a affirmé dans son questionnaire, l'on ne saurait retenir, sur le vu de ce témoignage, que des importations parallèles étaient effectivement possibles.

8.6.1.2 Il convient encore de rappeler que les librairies D.C. _____, D.D. _____ et D.E. _____ ont tenté en vain d'obtenir des livres auprès d'un diffuseur-distributeur étranger (cf. *supra* consid. 8.5.1).

8.6.2 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 et ne peuvent dès lors rapporter leurs expériences à ce sujet, 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 alternatives d'approvisionnement en livres écrits en français que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, plusieurs détaillants ont répondu que les principaux éditeurs français avaient passé des contrats d'exclusivité avec les diffuseurs-distributeurs suisses, ce qui interdisait à ceux-là, ainsi qu'aux distributeurs français, de fournir les revendeurs suisses. En cas de demande directe auprès de l'éditeur français ou auprès de ses organes de distribution, les détaillants suisses étaient ainsi renvoyés à passer commande auprès du diffuseur-distributeur de l'éditeur français en Suisse.

Pour citer quelques exemples, la librairie D.L. _____ a ainsi indiqué que « il n'y a pas d'alternative, les distributeurs ayant l'exclusivité de leur représentation et nous sommes liés par un contrat ; toute tentative de doubler la distribution est vouée à l'échec et nous sommes renvoyés au représentant local » (acte 212). La librairie D.O. _____ a répondu que « en principe non, car un éditeur français, qui a son diffuseur en Suisse, nous renvoie à lui en cas de demande directe » (acte 180). La librairie D.G. _____ a pour sa part relevé que « normalement si les éditeurs ont un diffuseur en Suisse, ils nous renvoient à ce dernier quand nous les contactons directement. Ainsi, pour les grands éditeurs français (Gallimard Seuil, Hachette, etc.), nous sommes obligés de passer par leur diffuseur en Suisse » (acte 136). Relevant que le système suisse était celui de la diffusion-distribution exclusives, 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 français 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 » (acte 129). La librairie D.D. _____ a pour sa part 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 » (acte 143). 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 tabelles. Une anecdote : mécontents 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 » (acte 140). La librairie la Fnac suisse 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 » (acte 254). La librairie D.Q._____ a de même relevé : « Aujourd'hui, étant donné le contexte (représentation en Suisse par le biais de leur filiale des principaux éditeurs français et des contrats d'exclusivité), il apparaît irréaliste de pouvoir commander directement en France auprès de leurs organes de distribution » (acte 155). La librairie D.R._____ a encore ajouté : « 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 » (acte 264). La librairie D.S._____ a pour sa part indiqué : « Non, car je suis tenu d'acheter les livres français, belges ou québécois auprès des diffuseurs suisses » (acte 132). La librairie D.T._____ a encore indiqué : « D'une part, les diffuseurs détiennent l'exclusivité pour le marché suisse de leurs éditeurs. Cela exclut par conséquent la possibilité de s'approvisionner autrement » (acte 258). La librairie D.U._____ a prétendu que : « la seule véritable alternative [serait] de passer un accord avec un *grossiste*, lui-même libraire en France » (acte 146). Dans le même sens, on retiendra aussi les déclarations de la librairie D.B._____ (acte 108), de la librairie D.V._____ (acte 123), de la librairie D.W._____ (acte 131) et de la librairie D.J._____ (acte 144).

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.

19 revendeurs 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 revendeurs 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-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 revendeur de se fournir à l'étranger ou encore d'une question de commodité. A titre d'exemples, la librairie D.E._____ a indiqué : « Nous pouvons 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 » (acte 149) ; le revendeur 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 » (acte 139) ; de même, la D.Y._____ a répondu : « si l'éditeur a un contrat avec un distributeur suisse, il n'a, théoriquement, pas le droit de nous servir » (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 » (acte 21).

8.6.3 De même, dans le cadre du questionnaire du 31 octobre 2008 envoyé aux 13 diffuseurs-distributeurs suisses, W._____, administrateur de 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 : « 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 » (acte 76).

Entendu par l'autorité inférieure le 10 décembre 2012 (acte 912), W._____, assisté de son avocat, a 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 a ajouté : « C'est manifeste et je peux démontrer que j'ai dit faux puisqu'effectivement si vous prenez toutes les marchandises qui allaient sur D.AO._____ d'Interforum et toutes les marchandises qui allaient sur les économats, donc [...] tous les livres scolaires [...] qui allaient dans les cantons romands, tout cela on les a jamais vu passer à l'aller on ne les voyait qu'au retour quand il fallait faire des retours. Donc le mot *impossible* est certainement trop fort mais c'est peut-être *compliqué* qu'on aurait dû écrire ». 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 comme 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 de ce que j'ai dit, ça c'est vrai » (lignes 258-266). Invité par son avocat à préciser ce qu'il entendait par « livraison directe », W._____ a indiqué : « 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 » (lignes 443-445).

Se fondant sur les propos tenus par W._____ dans le questionnaire de 2008, l'autorité inférieure considère que les notions de « marché gris » et de « confidentialité » indiquent qu'un détaillant suisse n'avait pas d'autre choix que de s'adresser à OLF pour obtenir les livres du catalogue de Editions Glénat. L'affirmation générale du directeur de OLF jouirait en outre d'une force probante d'autant plus forte s'agissant de la recourante dès lors que OLF est précisément le partenaire de distribution de la recourante en Suisse.

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 revendeurs rapportées ci-dessus quant aux livres pouvant et ne pouvant être importés. A cet égard, il y a lieu de relever que, dans un questionnaire du secrétariat du 10 décembre 2007 adressé à D.AO._____, celle-ci a indiqué s'approvisionner en livres francophones auprès des éditeurs ou diffuseurs en France « marginalement, notamment pour des ouvrages non distribués en Suisse ». La réponse au questionnaire de 2008 revêt en outre une certaine force probante, dès lors qu'elle ne sert nullement les intérêts de OLF, diffuseur-distributeur suisse de livres écrits en français, également 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, toute autre alternative d'approvisionnement sur le marché français – telle que celui auprès des diffuseurs-distributeurs, grossistes ou coursiers actifs hors de Suisse ou encore auprès des entreprises étrangères présentes sur Internet – est exclue et pas uniquement celui auprès de l'éditeur.

8.6.4 Enfin, la Fnac suisse, représentée par X._____ (directeur des opérations de la Fnac suisse), a, lors de son audition devant l'autorité inférieure le 26 novembre 2012 (acte 906), déclaré en substance qu'à son arrivée sur le marché suisse au début des années 2000, elle a fait le choix délibéré de s'approvisionner en Suisse et ceci, pour deux raisons essentielles : « 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 » (lignes 59-66).

A la question de savoir si la Fnac suisse aurait pu s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée, X._____ répond par la négative, exposant qu'il était quasiment impossible pour un détaillant de s'approvisionner en France, dès lors que les libraires, les diffuseurs ou encore les éditeurs français refusaient de lui ouvrir un compte, le renvoyant vers les diffuseurs suisses. X._____ 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 » (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

libraires 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... – C'était refusé ? – Très difficile, oui » (lignes 96-103). En revanche, X._____ a indiqué qu'il n'y avait aucun problème pour importer des livres écrits en français de France en Italie ou en Belgique par exemple (lignes 343-346).

Celui-ci a ensuite exposé que la Fnac suisse avait changé son mode d'approvisionnement en livres, sur décision de son président début 2012, au regard des difficultés 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 suisse 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 suisse 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 (lignes 104-130). X._____ 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 » (lignes 152-154). Le basculement en 2012 vers un approvisionnement en France ne fonctionne pas sans problème selon la Fnac suisse. 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 (lignes 164-206).

Il ressort de ce qui précède que la Fnac suisse, à l'instar de Payot, n'a, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. *supra* consid. 8.4.1), pas tenté de se servir en France durant la période considérée – hormis une fois avec succès (cf. *supra* consid. 8.5.1) – ceci, principalement en raison du rapport « acceptable » prix d'achat/taux de change. Néanmoins, il ressort clairement du procès-verbal d'audition de la Fnac suisse ainsi que de ses réponses au questionnaire du 9 décembre 2008 (cf. *supra* consid. 8.6.2) 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 suisses avaient participé à un accord vertical illicite attribuant des territoires dans la distribution – que la Fnac suisse a pu procéder à des importations parallèles depuis la France. En outre, le fait qu'elle connaisse, 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 (cf. également sur ce point *supra* consid. 8.2.3). Enfin, le fait que des importations en Italie ou en Belgique de livres écrits en français soient possibles tend à démontrer que le marché suisse, quant à lui, était cloisonné. Il s'ensuit que l'argument de la recourante, selon lequel « la Fnac a demandé bien avant la proposition du secrétariat et a obtenu de F._____ d'être livrée » par elle, se référant à l'appui au seul passage de la décision attaquée selon lequel la Fnac suisse a basculé vers un approvisionnement direct en 2012, ne convainc pas.

Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la Fnac suisse, à l'instar de Payot, n'a pas tenté d'importations parallèles durant la période de l'enquête pour le motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé nécessaire d'entreprendre des démarches pour un approvisionnement à meilleur prix « au forcing » en France tant et aussi longtemps que le niveau de prix pratiqués en Suisse était toléré par le consommateur final.

8.6.5 Il s'ensuit que, même si la plupart des détaillants interrogés n'ont pas tenté de s'approvisionner hors de Suisse – et ne se sont dès lors pas heurtés à un refus – les réponses, concordantes, données au questionnaire du 9 décembre 2008 quant aux possibilités d'approvisionnement parallèle à l'étranger, de même que les déclarations écrites et/ou orales faites devant l'autorité inférieure par A._____, Payot, B.A._____ et la Fnac suisse sont aptes à démontrer que des importations de livres écrits en français diffusés-distribués en Suisse n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête, hormis celles opérées via le site Internet amazon.fr et les librairies C._____ à Lyon pour Payot. Or, comme il le sera démontré ci-après, les entreprises actives sur Internet, de même que les librairies françaises, ne sont pas considérées comme des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre sur le marché de référence (cf. *infra* consid. 10.3.1.1, 10.3.1.2). De même, quand bien même Payot disposait d'un compte auprès de Hachette Livre depuis 2000, celui-ci n'a jamais été utilisé et, selon les dires du libraire, il aurait été difficile d'en faire usage (cf. *supra* consid. 8.5.2). Finalement, le fait que la Fnac suisse ait, après la période

de l'enquête, entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et connaisse depuis lors des problèmes avec le retour de marchandises achetées en Suisse et qu'enfin, 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 à l'époque. Une telle conclusion est enfin appuyée par la réponse donnée par OLF au questionnaire du 31 octobre 2008 (cf. *supra* consid. 8.6.3) et rejoint également les expériences vécues par les trois revendeurs ayant tenté en vain d'opérer des importations parallèles (cf. *supra* consid. 8.5.1).

8.6.6 Les effets que la possibilité d'entreprendre des importations parallèles aurait eus sur les prix *wholesale* suisses constituent également un indice s'agissant de savoir si celles-ci étaient ou non possibles durant la période soumise à l'enquête.

En l'espèce, il a été retenu que Payot et la Fnac suisse disposaient, durant la période visée, de possibilités d'arbitrage suffisantes au niveau du prix en raison d'un différentiel de prix minimum de [plus de 10]% au niveau *wholesale* entre la Suisse et la France sur le catalogue de Editions Glénat distribué en Suisse par OLF (cf. *supra* consid. 8.4.2). Or, un tel écart de prix laisse fortement à penser qu'au regard de leur potentiel d'arbitrage, Payot et la Fnac suisse – qui bénéficiaient de remises similaires – auraient, dans leur intérêt, entrepris des importations depuis la France si elles avaient été en mesure d'y procéder. Le fait qu'elles aient renoncé à s'approvisionner à l'étranger, en acceptant les conditions offertes par la recourante – tant que cela était viable pour leur activité – (cf. *supra* consid. 8.5.2, 8.6.4), n'indique pas encore que les importations parallèles étaient pour autant possibles durant la période de l'enquête. Au contraire, il ressort des déclarations de Payot et de la Fnac Suisse qu'un approvisionnement en France n'était pas possible. Les conditions plus avantageuses octroyées à celles-ci relèvent plutôt de la volonté de la recourante de les dissuader d'aller s'approvisionner « au forcing » à l'étranger, en favorisant leur marge par rapport au niveau de ses tabelles. Ce faisant, la concurrence entre la Fnac suisse, Payot et les autres détaillants ne disposant pas nécessairement du même potentiel d'arbitrage par le prix a été affectée.

Dans l'ensemble, il n'est guère possible de reconnaître les détaillants pour lesquels un approvisionnement en France n'aurait pas été économiquement plus avantageux. Si la Fnac suisse 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. Comme l'illustre l'exemple de B.A._____ (cf. *supra* consid. 8.5.3), l'existence de possibilités d'arbitrage par le prix 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 libraires, 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 suisse avaient eu la possibilité, durant la période visée par l'enquête, d'entreprendre des importations parallèles, le risque de sortie du canal de distribution suisse de ces deux revendeurs 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, il y a lieu de retenir que le différentiel de prix entre les marchés *wholesale* suisse et français du catalogue de Editions Glénat distribué en Suisse par OLF aurait, selon toute vraisemblance, été réduit si Payot et la Fnac suisse avaient pu s'approvisionner en France. Des remises plus importantes et égales pour l'ensemble des détaillants ou une baisse de ses tabelles auraient été entreprises par Editions Glénat dans le but de réduire au maximum leurs possibilités d'arbitrage par le prix. L'écart de prix constaté, même s'il peut être justifié par des économies d'échelle moins fortes en Suisse qu'en France, représente un potentiel d'arbitrage suffisant pour Payot et la Fnac suisse que Editions Glénat aurait pu et dû fortement réduire pour retenir celles-ci dans le canal de distribution suisse si des importations parallèles avaient été rendues possibles.

Le différentiel de prix ayant existé entre les marchés *wholesale* suisse et français durant la période de l'enquête vient ainsi conforter l'hypothèse que les importations d'ouvrages Editions Glénat distribués en Suisse par OLF n'étaient pas possibles entre les années 2005 et 2011.

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

Il résulte des réponses aux questionnaires de 2008 et 2011 ainsi que des procès-verbaux d'audition de A._____, Payot, B.A._____ et la Fnac suisse que ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui auraient entravé les importations parallèles durant la période visée. Dès lors que de telles déclarations ne servent pas les intérêts des revendeurs 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 opérées via un système de librairies écran à l'identité gardée secrète ou par l'intermédiaire d'un « faux-nez » laisse fortement à penser que les importations parallèles étaient interdites durant la période de l'enquête.

Même si, comme le relève la recourante, le dossier ne contient en l'occurrence aucun exemple concret dans lequel Payot ou la Fnac suisse en particulier se serait vu imposer un refus d'exporter de la part de F._____ notamment, il y a toutefois lieu de relever – dès lors que le tribunal retient, sur la base des déclarations faites par des détaillants se fournissant tous auprès de OLF, que des importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de référence – que les ventes par F._____ en particulier étaient, partant, également refusées.

Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations parallèles de livres écrits en français diffusés par Editions Glénat en Suisse n'ont pas été possibles et ce, selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité, tel 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.

8.8 Comme exposé plus haut, la réalisation de la prémisse tendant à l'exclusion des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés suppose l'existence d'une interdiction fondée sur un contrat passé entre les entités concédantes et leurs partenaires de distribution en aval actifs hors de Suisse ou d'une mesure prise par celles-ci ayant entraîné l'exclusion des ventes passives sur le territoire suisse (cf. *supra* consid. 6.3).

En l'occurrence, le contrat de distribution conclu entre Glénat France et F._____, versé à la cause, ne contient aucune clause interdisant

expressément au distributeur français d'entreprendre des ventes passives sur le territoire suisse ou lui imposant d'empêcher ses partenaires de distribution d'y procéder (cf. *supra* consid. 8.1). Les autres contrats, passés avec les éditeurs et/ou distributeurs ayant confié la distribution de leurs ouvrages en Suisse à Editions Glénat, n'ont quant à eux pas été produits. Le dossier ne contient pas plus la preuve de l'existence d'une mesure ayant conduit à un accord exprès ou tacite entre lesdits protagonistes sur le fait que des ventes passives ne devaient pas avoir lieu sur le territoire attribué.

Néanmoins, il ressort des réponses apportées aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 par des détaillants se fournissant en Suisse tous auprès de OLF et des déclarations faites par A._____, B.A._____, Payot et la Fnac suisse que les importations parallèles, singulièrement d'ouvrages formant le catalogue de Editions Glénat et des éditeurs et/ou distributeurs tiers, n'avaient, durant la période sous investigation, quasiment pas été possibles, et selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité, tel que celui de la recourante, si bien qu'il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices en faveur d'une exclusion des ventes passives. Même si, comme l'a relevé la recourante, les effets, constatés de manière générale, sur le marché de référence durant la période concernée ne peuvent être imputés individuellement à l'un ou à l'autre des diffuseurs suisses sanctionnés par l'autorité inférieure, ils démontrent toutefois que le territoire national a été cloisonné par l'ensemble de ceux-ci.

En outre, le droit de retour pratiqué par OLF plaide également en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives (cf. *supra* consid. 8.2.3). Enfin, les informations recueillies par Editions Glénat via son contrat avec OLF lui permettent de déceler d'éventuelles importations parallèles. Même si, comme déjà dit, celles-là ne constituent pas une mesure susceptible d'entraîner une exclusion des ventes passives, elles la soutiennent néanmoins, ce qui parle encore en faveur de l'existence d'une interdiction des ventes passives (cf. *supra* consid. 8.2.2).

En définitive, sur la base des pièces versées au dossier, le tribunal retient, eu égard à sa liberté en matière d'appréciation des preuves (cf. *supra* consid. 8.2.1), que le système de distribution de la recourante, fondé sur un régime d'exclusivité, a indéniablement eu pour objet d'exclure les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés sur le territoire suisse durant la période de référence.

La troisième prémisses à la base de la présomption est ainsi réalisée, si bien qu'il y a lieu de retenir que Editions Glénat a été partie à des accords verticaux en matière de concurrence au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart cloisonnant, sur le territoire suisse entre les années 2005 et 2011, la distribution de ses ouvrages et de ceux des éditeurs et/ou distributeurs tiers lui ayant confié cette tâche pour la Suisse.

8.9 Sur le vu de tout ce qui précède, à savoir l'échange d'informations, l'exercice du droit de retour et les effets constatés sur le marché durant la période concernée par l'enquête, il y a lieu d'admettre que les accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart passés entre Editions Glénat et OLF et, en particulier, F._____ ont exclu les ventes passives en Suisse par d'autres fournisseurs agréés au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

9. Renversement de la présomption

9.1 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 du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 8 en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 254 ss n° 110).

En l'espèce, il y a lieu d'admettre que les accords verticaux, par lesquels Editions Glénat a confié à OLF la distribution exclusive sur le territoire suisse de son catalogue ainsi que de ceux des éditeurs et/ou distributeurs tiers dont il a été chargé de la diffusion-distribution pour la Suisse, et exclu par là même les ventes passives sur ce même territoire par ses autres fournisseurs agréés, sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

9.2 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. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 8.3.2 ; arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9 ; Comco, DPC 2009/2, p. 143, *Sécateurs et cisailles*, ch. 39 ; message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 561 ch. 231.4 ; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht Kommentar, vol. I, 3^e éd. 2011, art. 5 LCart p. 80 n° 31 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, op. cit., art. 5

p. 439 n° 574). Dite présomption est réputée levée en tous les cas lorsqu'il est établi qu'une concurrence subsiste sur le plan intramarque (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 4.2).

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

9.3 L'art. 5 al. 4 LCart règle le fardeau de la preuve, c'est-à-dire les conséquences d'une 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 et réf. cit). 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. 8.2.1), 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. 4 (al. 3) LCart ; elles peuvent toutefois la renverser (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 560 ss ch. 231.4 ; arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenja* consid. 7 et 9 et réf. cit. ; 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 peut en l'espèce être renversée.

Considérant que les accords litigieux ne satisfaisaient pas aux conditions de l'art. 5 al. 4 LCart, la recourante ne s'est nullement déterminée sur la question du renversement de la présomption.

10. Délimitation du marché de référence

10.1 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 [DIKE Kommentar], art. 4 al. 2 p. 257 ss n° 88). A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché pertinent requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible ainsi que convaincante ; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. *supra* consid. 8.2.1, voir également ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4).

10.2 La délimitation du marché pertinent – 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 du TAF 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 du TAF 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 (cf. 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 du TAF 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 (cf. 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 du TAF B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 270

n° 115 ; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 447 n° 71 ; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in : CR-Concurrence, op. cit., ad art. 4 al. 2 LCart p. 305 n° 107).

De même, la considération de développements subséquents à la période de l'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).

10.3 L'autorité inférieure a délimité le produit au livre écrit, c'est-à-dire rédigé ou traduit, en français (ch. 556 décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, le livre numérique du marché pertinent, notamment en raison de la faible consommation en Suisse de ce support de lecture et de ses spécificités techniques (ch. 472 ss 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 (ch. 484 ss décision attaquée). Après avoir examiné les autres marchés liés à la branche du livre, en particulier les marchés de services de diffusion et de distribution (ch. 551 ss décision attaquée), l'autorité inférieure a toutefois considéré que seul le marché de la vente était affecté par les accords. 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* (ch. 491 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 (ch. 556 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 (ch. 484 ss décision attaquée). Enfin, elle relève que les détaillants forment l'offre *retail* (ch. 514 ss 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 (ch. 511 et 536 décision attaquée) – et les consommateurs finaux, la demande *retail* (ch. 501 décision attaquée).

10.3.1 Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que ceux-ci 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. Elle considère en effet que celles-ci ne représentent pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants, lesquels perçoivent ces entreprises comme des concurrents (ch. 537 ss décision attaquée).

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 (ch. 497 ss décision attaquée). 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 (ch. 500 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.

10.3.1.1 L'examen des questionnaires envoyés aux détaillants (actes 88 ss) indique que la plupart d'entre eux ont considéré que les entreprises actives sur Internet étaient des concurrents réels (ch. 520 décision attaquée). Un tel constat est confirmé par les déclarations de OLF dans son questionnaire : « le canal Internet est aujourd'hui destiné au consommateur final » (acte 76 p. 3). De même, Payot a relevé, dans son questionnaire du 9 décembre 2008, que « L'Internet ne [pouvait] 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 » (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 » (acte 913 lignes 431-439). Il y a ainsi lieu de relativiser les propos de certaines librairies et en particulier ceux 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 » (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 » (acte 136 p. 5).

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. 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 (cf. *infra* consid. 13.4).

10.3.1.2 Quant aux librairies françaises, il ressort de l'examen 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. 8.5.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché *retail*, par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant (cf. *infra* consid. 13.4).

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 celui-là a fait l'acquisition de telles structures, les transformant, parallèlement à leur activité de librairies, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse (cf. *supra* consid. 8.5.3).

10.3.1.3 Il ressort enfin du dossier que les comportements 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 finaux. Ainsi, ils doivent composer leur offre en tenant notamment compte du comportement d'achat des consommateurs finaux. 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 celui-ci 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*.

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 finaux seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse (cf. *infra* consid. 13.3).

10.3.1.4 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.

10.3.2 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 prendre en compte les produits ou services alternatifs existants (cf. CLERC/KËLLEZI, in : CR-Concurrence, 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 du TAF 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 du TAF 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 du TAF 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 du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 n° 12 ; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in : BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 2 p. 207 n° 150 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 249 n° 65 ; CLERC/KËLLEZI, in : CR-Concurrence, 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. *infra* consid. 12.4 ; cf. CLERC/KËLLEZI, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 n° 67 ; ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, op. cit., p. 163).

10.3.2.1 La notion de livre écrit en français représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision entreprise. Il s'agit tout d'abord des livres écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français. 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'opérer 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, sur laquelle se fondent certains diffuseurs-distributeurs, n'a pas distingué leurs arguments selon les niveaux *wholesale* et *retail* (acte 698). L'utilisation du livre numérique nécessite l'emploi 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 existant 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. 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 (ch. 473 décision attaquée). En outre, selon une étude Ipsos/Livres Hebdo, réalisée début 2011, les français estiment, à hauteur de 65%, que le livre imprimé restera toujours le principal support, l'étude précisant que le niveau d'intérêt pour les livres numériques n'a pratiquement pas bougé entre 2009 et 2011 (ch. 474 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 (ch. 475 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 relevant au niveau *retail*.

10.3.2.2 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 du catalogue de Editions Glénat, 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 sur commande. 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, ceux-ci 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. 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 Editions Glénat puisque le livre écrit constitue, en tant que tel, le produit qu'ils vendent. 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 (cf. *infra* consid. 12 ss).

10.3.3 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 les accords. 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 (cf. *infra* consid. 13.2, 13.3).

10.4 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 du TAF 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, in : CR-Concurrence, 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 ss). 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 du TAF 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 (cf. *infra* consid. 13.4).

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

10.5 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 englobe le marché géographique (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 307 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 n° 16 ; CLERC/KËLLEZI, in : CR-Concurrence, 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 du TAF 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, in : CR-Concurrence, 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* durant la période de l'enquête.

10.6 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, 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 des marchés *wholesale* et *retail*.

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 en français dans la zone supranationale francophone, à l'exclusion du commerce électronique de livres imprimés.

11. Concurrence sur le plan intramarque

Ceci étant, il s'agit d'examiner si, nonobstant le système de distribution mis en place, il subsistait, durant la période considérée, une concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence.

11.1 L'autorité inférieure a relevé que la forte différenciation des titres édités rendait non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, au niveau *wholesale* ou *retail*, ne choisit pas un livre en fonction d'une marque correspondant au nom de l'éditeur ; il acquiert un titre déterminé. Que la notion de marque se rapporte à la production éditoriale, au catalogue du diffuseur ou au livre, les conclusions de l'analyse demeurent en l'espèce identiques.

11.2 Il subsiste une concurrence sur le plan intramarque lorsque les partenaires potentiels de l'échange offrant des produits ou des services de la même marque continuent à se concurrencer malgré l'existence de l'accord (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 ; arrêt du TAF 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, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 459 n° 114 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, 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'accords d'attribution de territoires – si suffisamment d'importations parallèles ont effectivement eu lieu pour discipliner le marché (cf. arrêt du TAF 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss n° 660 ss). Une concurrence sur le plan intramarque intensive peut néanmoins exister sur le marché suisse, indépendamment d'éventuelles importations parallèles (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss n° 660 ss ; décisions de la Comco, DPC 2010/1 p. 65, *Gaba*, ch. 207 ss et DPC 2012/3, p. 540, *BMW*, ch. 215 ss ; arrêt du TAF 506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2). En effet, même en cas de cloisonnement du marché suisse vis-à-vis des pays étrangers environnants, une concurrence peut néanmoins subsister en Suisse (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, 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 détenue par le producteur sur le marché est particulièrement importante ; plus la position du producteur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque est grave (cf. point 153 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 (cf. point 158 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 (cf. point 159 lignes directrices).

11.3 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 (ch. 422 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. Celui-ci est généralement le seul à diffuser et distribuer son catalogue aux détaillants dans le territoire qui lui est

attribué (ch. 5 ss, not. 9 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 stade de l'analyse de la concurrence sur le plan 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.

11.4 Il a été admis ci-dessus que les librairies Payot, la Fnac suisse et B.A._____ avaient disposé de possibilités d'arbitrage par le prix durant la période de référence, de même que les librairies de taille moyenne si tant est qu'elles coordonnaient leurs importations (cf. *supra* consid. 8.4.4, 8.5.3). Ce nonobstant, seules quelques importations parallèles ont été entreprises auprès des fournisseurs agréés au sens de l'art. 5 al. 4 LCart entre 2005 et 2011 sur le marché pertinent, à savoir une seule par les librairies D.A._____ et la Fnac suisse et plusieurs par les librairies D.B._____ et B.A._____ (par l'entremise de sociétés écran) (cf. *supra* consid. 8.5.1, 8.5.3). Dites importations sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix du catalogue de Editions Glénat pratiqués en Suisse, comme le démontre en particulier le différentiel de prix ayant existé, durant la période de l'enquête, entre les marchés *wholesale* suisse et français pour lesdits ouvrages (cf. *supra* consid. 8.4.2). En outre, OLF étant le distributeur exclusif sur le territoire suisse du catalogue de Editions Glénat ainsi que de ceux des éditeurs et/ou distributeurs tiers dont le groupe a été chargé de la diffusion-distribution pour la Suisse, aucune concurrence sur le plan intramarque, par le prix ou les services, n'a existé sur le marché de la distribution suisse durant la période visée par l'enquête. Il s'ensuit que les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart auxquels Editions Glénat a été partie n'ont pas permis que, sur le marché pertinent et durant la période visée, subsiste une concurrence sur le plan intramarque.

12. Concurrence sur le plan intermarques

Il convient encore d'analyser la concurrence sur le plan intermarques. Ainsi, 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, in : CR-Concurrence, 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 offrant d'autres marques sont suffisantes pour qu'il subsiste une concurrence sur

le plan intermarques sur le marché de référence. A défaut, il s'agira d'examiner la concurrence potentielle (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 356).

12.1 L'autorité inférieure a relevé, dans sa décision, que les livres étaient des produits dont la palette de différenciation était considérable ; aucun titre ne peut être véritablement identique (ch. 592 décision attaquée). Si elle ne constitue en l'espèce pas un indice de concurrence, en tant que tel, la forte différenciation des produits influence cependant directement les choix des consommateurs finaux et des libraires, dès lors que la substituabilité de certains produits est limitée. Les libraires 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, en cas de *rackjobbing* par exemple, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs, ce qui réduisait partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence sur le plan intermarques *ab ovo* (ch. 602 décision attaquée). En clair, même si un diffuseur-distributeur se distingue par d'excellents services par rapport à ses concurrents, le libraire se doit de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. 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 crée une concurrence entre les diffuseurs, non seulement au niveau des prestations financières mais aussi au niveau des services, pour disposer du plus grand rayonnage de titres de leur catalogue auprès de chaque détaillant (ch. 601 décision attaquée).

12.2 La concurrence sur le plan intermarques se joue avant tout sur l'échelon *retail*. Du point de vue du client final, c'est-à-dire le lecteur, les titres d'un genre déterminé (par ex. les livres de cuisine ou les guides de voyage) peuvent, jusqu'à un certain point, être substituables. Cette substituabilité ne se transpose toutefois pas au niveau *wholesale*. Un libraire ne peut en effet pas choisir d'offrir à ses clients un guide de voyage, à l'exclusion d'un autre par exemple. Il ne peut pas non plus faire le choix d'intégrer dans son offre uniquement les titres les plus répandus. Pour pouvoir satisfaire à la demande de leurs clients, les libraires 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 secrétariat daté du 9 décembre 2008 (acte 129), ce qui suit : « si nous ne pouvons fournir un livre à notre clientèle, 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 » (p. 6 ss). C'est la raison pour laquelle, sur le marché *wholesale*, les détaillants ne commandent pas des titres individuels mais un assortiment de titres (par 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 diffuseurs-distributeurs (exclusifs) 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 libraires sur l'échelon *wholesale*. Un détaillant ne peut en effet pas menacer un diffuseur-distributeur d'aller acheter ses livres auprès d'un autre diffuseur-distributeur suisse si, par exemple, celui-là ne lui fait pas un meilleur prix sur les titres de son catalogue. 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 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 » (acte 129 p. 3). « 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 » (acte 129 p. 9). Ce nonobstant, il n'est toutefois pas contesté que les libraires doivent faire face à une contrainte spatiale, en ce sens qu'ils ne peuvent pas exposer dans leur librairie tous les livres de tous les diffuseurs-distributeurs auprès desquels ils disposent d'un compte (ch. 601 décision attaquée). Ils doivent donc faire un choix parmi les titres de leur catalogue, 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. C'est la raison pour laquelle les diffuseurs vont se livrer une concurrence afin de faire figurer en rayons le plus grand nombre de références. Partant, il y a lieu de déterminer s'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques non seulement au niveau des prix

mais également au niveau du rayonnage. 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.

12.3 L'analyse de la concurrence sur le plan intermarques 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). Selon un principe économique, les accords verticaux (de prix minimaux ou de protection territoriale) ne produiraient des effets anticoncurrentiels qu'en présence d'un pouvoir de marché important des entreprises participantes, soit supérieur à 30% (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 556 n° 542 et p. 584 n° 670 ; points 153 et 154 lignes directrices). 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. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 584 n° 671 ss). De même, la différenciation des produits constitue également un indice qu'une concurrence subsiste (cf. *Comco*, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 284 ss ; ZIRLICK/BANGERTER, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 460 ss n° 120). A ce 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, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 269 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 296 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 n° 508 ; ZIRLICK/BANGERTER, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 460 ss 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, in : CR-Concurrence, 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 sur le plan 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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 n° 509).

En droit européen, un accord de distribution peut affaiblir la concurrence sur le plan intermarques, lorsque la plupart ou la totalité des producteurs pratiquent la distribution exclusive (cf. point 151 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 (cf. point 154 lignes directrices). Les risques éventuels que fait peser sur la concurrence sur le plan intermarques la distribution exclusive multiple est plus importante 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* (cf. point 160 lignes directrices).

12.3.1 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, à [...] % en 2010, puis à [...] % 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 suisses durant cette période. Au surplus, l'autorité inférieure a produit, dans la décision attaquée, un tableau des chiffres d'affaires des différents diffuseurs-distributeurs. Il en ressort que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs sanctionnés ont couvert plus de 95 % du marché durant la période visée par l'enquête (ch. 606 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 du marché au niveau *wholesale* a été, en Suisse, soumis à des systèmes de distribution

exclusive multiples similaires, 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.

12.3.2 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. Ainsi, il a été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse à un questionnaire du secrétariat daté du 12 juillet 2007 (acte 21), bénéficier de remises de base chez Diffulivre, Servidis, Interforum, E5F, OLF et Dargaud oscillant entre [...]-%, et [...] % chez Flammarion. Ces taux de remise sont de même, selon l'autorité inférieure, restés relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête (ch. 614 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 dans leur librairie ou pour mettre en évidence ceux-ci au niveau du rayonnage. Au contraire, Payot a fait savoir, dans le questionnaire du secrétariat du 9 décembre 2008, que ses conditions pour un éditeur étaient en général les mêmes, quel que soient le type de livres (fonds ou nouveautés) et la quantité achetée pour un même titre (à l'unité ou pour plusieurs centaines d'exemplaires ; acte 129). De même, les tablettes 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 à 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 (acte 693c annexe 56) : « 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 tablettes 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 tablettes répondrait à nos préoccupations les plus urgentes ».

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 n'a subsisté aucune concurrence sur le prix au niveau intermarques sur le marché de référence durant l'ensemble de la période de l'enquête.

12.3.3 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 il choisissait les livres qu'il proposait à sa clientèle (acte 129), 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 libraires, 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. » (p. 6). La Fnac suisse a, dans ce même questionnaire (acte 254), encore ajouté faire ses choix en fonction de la concurrence immédiate. La Fnac suisse 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 libraire 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. 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, le choix/l'offre était le principal critère de qualité d'une librairie. Selon la Fnac suisse, ce critère est capital en tant qu'il détermine la réputation d'une librairie. 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 suisse à environ 50%. Ne pas disposer d'une référence en rayons peut dès lors représenter une perte financière importante pour une librairie. La Fnac suisse a encore relevé que les diffuseurs proposaient très régulièrement des opérations commerciales, c'est-à-dire remettre en avant des titres de

leur catalogue en fonction de l'actualité, de la saisonnalité ou de la parution d'une nouveauté importante. Elle 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 pour les 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.

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 leur librairie, selon leurs propres critères. Ils ne font à cet égard pas jouer la concurrence entre les diffuseurs pour déterminer leur offre. Au même titre qu'il doit avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs-distributeurs, 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.

12.3.4 Il ressort de tout ce qui précède 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 diffuseurs-distributeurs, la concurrence actuelle sur le plan intermarques entre ceux-ci a été très largement insuffisante pour qu'il subsiste une concurrence sur le marché de référence.

12.4 Il convient dès lors d'examiner si, durant la période concernée, il subsistait une concurrence sur le plan intermarques potentielle apte à renverser la présomption légale. Tel est le cas lorsque les entreprises parties à l'accord craignent de nouvelles entrées sur le marché (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 n° 508). Ainsi, les conditions d'accès et de sortie du marché sont un critère central dans l'appréciation de la concurrence sur le plan intermarques potentielle (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 515). La présence 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, in : CR-Concurrence, 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, l'entrée sur le marché ne serait réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché (ch. 624 ss décision attaquée).

En l'espèce, il est indifférent que des entreprises aient pu potentiellement entrer sur le marché pertinent du côté de l'offre durant la période de l'enquête. En effet, 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 diffuseurs suisses (cf. *supra* consid. 12.2). Quant au rayonnage, s'il existe certes une concurrence au niveau des éditeurs, lesquels doivent déterminer par quel diffuseur-distributeur ils passent, celle-ci ne se reflète pas au niveau des détaillants, lesquels doivent, à tout le moins, être en mesure de commander n'importe quel ouvrage.

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

12.5 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 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.

13. Pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange

Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, il ne subsisterait aucune 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 disciplinante sur les parties à l'accord (cf. arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 9.2.4 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, 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 ainsi 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 *wholesale*, puis au niveau *retail*.

13.1

13.1.1 Plusieurs diffuseurs ont considéré que le marché des services de diffusion avait généré une pression concurrentielle sur l'offre du marché *wholesale* de la vente de livres aux détaillants. Ils ont en effet considéré que le fait que certains éditeurs changeaient parfois de diffuseur pour la Suisse avait généré une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs.

13.1.2 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.

En outre, il y a lieu de relever que 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.

13.2

13.2.1 Certains diffuseurs ont également considéré que la pression concurrentielle provenant des détaillants, principalement de la Fnac suisse et de Payot, avait discipliné les diffuseurs-distributeurs.

13.2.2 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 suisses avec d'autres fournisseurs en raison du cloisonnement du territoire. Elle rappelle en outre les discussions intervenues entre les diffuseurs lors de l'assemblée de mai 2005 au sein de l'ASDEL ; celles-ci auraient permis à chaque diffuseur de connaître la stratégie de ses concurrents, ce qui aurait réduit les possibilités de négociations des détaillants. Par ailleurs, elle retient que les temps de réaction distincts des diffuseurs dans l'adaptation de leurs

tabelles 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 disposent de la possibilité d'imposer leurs conditions.

13.2.3 En l'occurrence, Interforum – qui représentait à elle seule [...] à [...] % de l'offre *wholesale* entre 2009 et 2011 – a déclaré, en réponse au questionnaire envoyé en 2007, s'agissant de la Fnac suisse – laquelle couvrait [...] % de la demande *wholesale* (acte 906 lignes 15-22) : « 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 ? » (acte 27 p. 1). Payot – qui représentait [...] % de la demande *wholesale* – s'est également déclarée surprise que les diffuseurs aient parlé entre eux de sa demande d'approvisionnement direct en France, le fait que ce type d'informations ait circulé ayant réduit d'autant ses possibilités de négociations (acte 913 ligne 153). Diffulivre – qui représentait [...] à [...] % de l'offre *wholesale* entre 2009 et 2011 (ch. 606 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 elles deux [...] à [...] % de l'offre *wholesale* – ont indiqué avoir fixé leurs prix en dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finaux (acte 672 p. 46).

Sur le vu de ce qui précède, il appert que, nonobstant les importantes parts de marché de certains détaillants, ni la Fnac suisse ni Payot n'ont réussi à exercer une pression disciplinante suffisante sur les diffuseurs durant la période sous enquête. En effet, les détaillants, même de grande taille, n'ont pas pu menacer le système de distribution des diffuseurs. 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 (acte 344). Partant, il

appert que, bien que temporellement aussi liées 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 constatée en 2011. Quant à Servidis et Transat, elles admettent fixer leurs prix en dessous de ceux pratiqués par Amazon. Or, il sied de relever qu'alors que Amazon s'adresse principalement aux consommateurs, lesquels commandent directement auprès d'elle les ouvrages, celles-ci 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 dès 2011 n'ont pas pour autant supprimé la nécessité pour les détaillants d'avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs 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 suisses. Il ne peut en effet pas menacer ceux-ci 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 Editions Glénat durant la période concernée.

13.3 Il s'agit encore d'examiner si, durant la période de l'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.

13.3.1 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 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 finaux le niveau des prix jugé optimal par les diffuseurs-distributeurs, représenté par le prix tabellisé.

13.3.2 Il ressort du dossier que chaque diffuseur suisse dispose, sur tous les titres importés de France, de ses propres tables 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. Si le détaillant bénéficie d'une forte part de marché, il disposera envers le diffuseur 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. C'est en cela que la concurrence sur le marché *retail* peut se répercuter sur les prix *wholesale* pratiqués par les diffuseurs suisses. En revanche, comme dit ci-dessus, un détaillant, quel que soit son poids sur le marché *retail*, n'est pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs suisses (cf. *supra* consid. 13.2.3). Compte tenu de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les détaillants doivent en effet travailler avec les principaux diffuseurs 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 (cf. *supra* consid. 8.8). 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.

13.4 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 pas des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre sur le marché de référence (cf. *supra* consid. 10.3.1.1, 10.3.1.2) – aurait, par réflexion, eu un effet disciplinant sur le comportement de Editions Glénat.

En effet, selon l'autorité inférieure, le recours au commerce électronique représentait vers la fin de la période de l'enquête environ 10% de la vente de livres aux clients suisses. De même, il ressort du dossier que les détaillants considèrent les entreprises actives sur Internet comme des concurrents (cf. *supra* consid. 10.3.1.1). Il n'est pas non plus contesté que, sur le marché *retail* du livre écrit en français, les détaillants suisses ont, durant la période visée, également subi la concurrence 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 (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 final de leurs ouvrages. 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 une remise supérieure 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 (acte 21) : « 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 risquer de mettre notre entreprise en péril économique ». Or, comme établi ci-dessus, la pression concurrentielle émanant du marché *retail* ne se répercute pas sur le marché *wholesale* (cf. *supra* consid. 13.3). Comme l'a déclaré Payot dans son questionnaire du 9 décembre 2008 (acte 129), 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 libraires 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 ». La pression susceptible d'être exercée par les détaillants auprès de chaque diffuseur individuellement pour obtenir un prix d'achat inférieur est indépendante des conditions de concurrence prévalant sur le marché *wholesale*.

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

13.5 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*.

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

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, 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. Quant à la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange, elle est quasiment 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 le système de distribution de la recourante octroyant à OLF l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse des ouvrages de Editions Glénat et des éditeurs et/ou distributeurs tiers dont celui-ci a été chargé de cette tâche pour la Suisse, et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, est illicite au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

15. Restriction notable à la concurrence (art. 5 al. 1 LCart)

A supposer néanmoins que la présomption légale eût été renversée, les accords litigieux auraient nécessairement été saisis par l'art. 5 al. 1 LCart.

En effet, dans son arrêt *Gaba* (ATF 143 II 297), 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 la notabilité était une clause bagatelle ; celui-ci 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. consid. 5.1.2). Or, un examen quantitatif de la notabilité, fondé sur une analyse économique des parts

de marché ou des chiffres d'affaires, n'est pas apte à atteindre ce but, si bien qu'il est préférable, lorsque cela est possible, de se fonder sur des critères qualitatifs, découlant du texte de la loi (cf. consid. 5.2.1 et 5.2.2). A cet égard, les débats parlementaires relatifs à la révision de la LCart de 2002 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. Dans son projet de loi de 1995, le Conseil fédéral avait par ailleurs déjà 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. consid. 5.2.3). De même, il ressortait 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 une concurrence sur le marché de référence malgré l'accord. Aussi, les accords, particulièrement dommageables, pouvant conduire à une suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart étaient nécessairement aussi ceux pouvant mener à une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart (cf. consid. 5.2.4 ; ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1).

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 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 juridique (cf. consid. 5.2.2 ; ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.1 ; ch. 12 par. 1 let. a CommVert ; ch. 10 de la note explicative).

Partant, il y a lieu de retenir que, même à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace eût été renversée, les accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart auraient néanmoins affecté notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

16. 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).

16.1 En vertu de l'art. 5 LCart, 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, son illicites (al. 1). 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 (al. 2 let. a) ; et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (al. 2 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 du TF 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 ss). 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). Par ailleurs, les parties à l'accord doivent, conformément au principe de la proportionnalité, choisir la mesure la moins incisive ; celle-ci doit de plus être apte à réaliser un motif d'efficacité économique et être nécessaire à la réalisation de celui-ci (cf. ATF 129 II 18 consid. 10.4 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 p. 513 n°322 ss ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 409 n° 355).

Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont, en règle générale, légitimés 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 ss). Sont réputés justifiés par des motifs économiques, les accords en vue de l'octroi d'une exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services (art. 6 al. 1 let. c LCart). Selon le ch. 16 par. 4 CommVert, 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 (let. a), la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels (let. b), 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 (problème du *hold-up*) (let. c) et le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex. conseils à la clientèle) qui peut survenir lorsqu'un producteur ou distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou distributeur (problème de parasitisme) (let. d). 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, in : CR-Concurrence, 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. Aussi, si ceux-ci n'ont pas pu être établis par les autorités ou les parties, une restriction à la concurrence demeure illicite (cf. arrêt du TF 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

16.2 Ceci étant, il convient d'examiner si les accords passés entre Editions Glénat et OLF sont justifiés par un motif d'efficacité économique.

Les accords litigieux visent d'une part, à octroyer la distribution exclusive sur le territoire suisse à OLF des ouvrages contractuels et, d'autre part, à exclure les ventes passives sur le territoire attribué. La recourante ne fait valoir aucun motif d'efficacité économique qui justifierait la mise en place d'un système de distribution exclusive prohibant les ventes passives. De même, le tribunal ne voit pas quel motif économique nécessiterait en l'espèce de cloisonner le marché suisse.

En effet, le risque de « parasitisme » au sens de l'art. 5 al. 2 let. d LCart n'est en l'occurrence pas pertinent dès lors qu'en raison de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les efforts promotionnels engagés par la recourante pour les ouvrages du catalogue de Editions Glénat ne peuvent bénéficier qu'à la vente de ceux-ci, à l'exclusion de tout autre. Aussi, seul le producteur dudit ouvrage bénéficie au final des efforts promotionnels entrepris en vue de la vente de celui-ci et ce, indépendamment du marché géographique sur lequel l'ouvrage en question est vendu. De même, en tant que la recourante et son distributeur sont actifs sur le marché suisse depuis de nombreuses années et que celui-ci collabore avec d'autres éditeurs, la protection d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou propres aux relations contractuelles ne saurait justifier les accords litigieux. En outre, le lancement de nouveaux livres, lesquels sont destinés à l'ensemble du marché francophone, ne requiert en aucun cas un cloisonnement spécifique du marché suisse. Il n'est pas non plus nécessaire, pour réduire les coûts de distribution de OLF, d'interdire les ventes passives sur le territoire suisse.

16.3 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que l'activité économique déployée par la recourante en Suisse n'exige pas un système de distribution exclusive prohibant les ventes passives. Partant, le système de distribution mis en place par celle-ci n'est pas justifié par un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

Il s'ensuit qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, le système de distribution de la recourante ne serait pas justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

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

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

17.1 Toujours dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption légale, il y a lieu de retenir que les accords de protection territoriale absolue passés entre Editions Glénat et OLF auraient été sanctionnés au sens de l'art. 49a LCart.

L'art. 49a LCart, libellé « sanction en cas de restrictions illicites à la concurrence », prévoit à son al. 1, 1^{ère} phrase que : « L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, 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 ».

17.1.1 Les sanctions directes prévues par l'art. 49a al. 1 LCart revêtant un caractère 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.

Dans son arrêt *Gaba*, prononcé le 28 juin 2016, le Tribunal fédéral a en particulier 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.

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 » LCart, il y avait lieu d'entendre les accords énumérés dans les deux alinéas. L'art. 49a al. 1 LCart se réfère ainsi selon la Haute Cour 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. Elle 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, sont exclus du champ d'application des sanctions directes, les comportements illicites qui n'ont pas pour objet des accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition des territoires ; il en va de même des accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition des marchés n'affectant pas notablement la concurrence efficace ou qui, sans supprimer celle-ci, sont justifiés par des motifs d'efficacité économique (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9).

17.1.2 Au regard de l'interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart opérée, le Tribunal fédéral a admis que dite disposition était suffisamment précise pour définir le comportement indésirable. Partant, il a reconnu que l'art. 49a al. 1 LCart, en lien avec l'art. 5 al. 1 LCart, lui-même en lien avec l'art. 5 al. 4 LCart, était suffisamment précis pour infliger une sanction directe en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.5).

17.1.3 En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que le système de distribution de la recourante octroyant à OLF l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse des ouvrages de Editions Glénat et des éditeurs et/ou distributeur tiers dont celui-ci a été chargé de cette tâche pour la Suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, est visé par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart. Par conséquent, il pourrait être sanctionné, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence était renversée (cf. *supra* consid. 15).

17.2 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. 1*bis* LCart, qu'elle a participé à des accords illicites au sens de 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. Les éléments objectifs de l'infraction sont de ce fait réalisés. Reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.1 ; arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 *Publigroupe* consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

17.2.1 Partant, il y a lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante. L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt du TAF 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. Celles-là 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 du TAF 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 Commission de la concurrence (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2 et réf. cit.). En outre, la jurisprudence et la doctrine sont d'avis qu'un transfert de responsabilité est admissible entre une société mère et une filiale, dès lors que 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 du TAF 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 : CR-Concurrence, op. cit., rem. art. 49a-53 p. 1496 ss n° 34 ss).

17.2.2 La révision de l'art. 5 LCart, de même que l'art. 49a LCart sont entrés 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 Editions Glénat avait été partie à des accords prévoyant notamment l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. Ceci étant, la recourante devait être consciente de ce que son comportement était problématique. En outre, les accords litigieux 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. 8.7). En tout état de cause, 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.

17.2.3 Il s'ensuit que la recourante devait être consciente que les accords auxquels elle était partie durant la période de l'enquête visaient et entraînaient une exclusion des ventes tant actives que 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 en mars 2011, la recourante n'a pas agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est imputable.

17.3 Montant de la sanction

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

17.3.1 Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir calculé le montant de la sanction infligée en se fondant sur les chiffres d'affaires des années 2008, 2009 et 2010, alors même que celle-là disposait de son chiffre d'affaires relatif à l'exercice 2011. Le chiffre d'affaires total rectifié ascende dès lors à [...] francs, lequel comprend également la part de celui réalisé sur le marché suisse et n'ayant aucun lien avec les faits incriminés. Sans le chiffre d'affaires net généré par les ventes d'ouvrages suisses, le chiffre d'affaires relevant se monte ainsi à [...] francs. Le montant maximal à retenir serait dès lors de [...] francs. La recourante fait encore valoir, au titre de circonstance atténuante, avoir joué un rôle exclusivement passif. Elle n'aurait en effet pas participé aux négociations relatives au contrat de distribution passé entre Glénat France et OLF. Elle n'a été partie à ce contrat que dans le but que OLF lui reconnaisse la compétence de [...]. Elle n'ouvre pas de comptes et ne s'occupe pas de la livraison et des commandes des livres écrits en français importés sur le territoire suisse ; elle est une petite société n'employant que [...] personnes à temps plein et [...] à temps partiel.

17.3.2 Rétorquant que la recourante n'avait à l'époque pas contesté le montant de base proposé par le secrétariat, l'autorité inférieure ajoute que le chiffre d'affaires d'une entreprise est considéré de manière globale

et indifférenciée pour le calcul du montant maximal de la sanction. Enfin, elle relève que Glénat Suisse et Glénat France ne forment qu'une seule entité économique au sens du droit de la concurrence, si bien qu'il n'y a pas lieu de les distinguer et qu'en outre, le contrat de distribution passé avec OLF est tripartite. Pour finir, elle indique que le nombre d'employés actifs au sein de l'entreprise n'est pas un critère relevant au titre de circonstance atténuante.

17.3.3 Le montant de la sanction est fixé en application des art. 49a LCart et 2 à 7 de l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5).

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 du TF 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 : notes explicatives OS LCart], publiées sur le site Internet de la Comco ; ATF 144 II 194 *BMW* consid. 6.2).

Ainsi, en vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise contrevenante sur les marchés pertinents en Suisse au cours des trois derniers exercices – puisqu'il peut représenter jusqu'à 10% de celui-ci – 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 du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 622). S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, les art. 9 al. 3 LCart ainsi que 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2, non publié dans l'ATF 139 I 72 ; DPC 2007/2 p. 235 ch. 321 et p. 299 ch. 402). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché 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 la sanction maximale de l'art. 49a al. 1 LCart, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. 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 réalisée par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts du TAF B-831/2011 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 du TAF 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 du TAF 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 du TAF 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 du TAF 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 la sanction est le marché de référence décisif sur

le plan matériel et géographique (cf. *supra* consid. 10.3.3, 10.4). Ainsi, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché pour la détermination de la sanction (cf. arrêt du TAF 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 la date de la décision de l'autorité inférieure prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. REINERT, in : Stämpflis Handkommentar, op. cit., art. 49a p. 359 n° 10 ; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in : BSK-KG, op. cit., art. 49a p. 1771 n° 48). 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 sur les cartels (cf. arrêts du TAF 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 – au regard du message LCart 2001 (cf. FF 2002 1911, p. 1925 ss 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 l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). A ce propos, il 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 du TAF 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 ensuite éventuellement majoré selon la durée de la pratique illicite, soit dans une proportion pouvant atteindre 50% si celle-là a duré de un à cinq ans, puis 10% par année supplémentaire au-delà des cinq ans (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 une réduction de celui-ci en présence de circonstances atténuantes. Ces

dispositions contiennent, à leur premier alinéa, une liste non exhaustive de circonstances générales (cf. notes explicatives OS LCart). L'art. 6 al. 1 OS LCart conçoit ainsi notamment, à ce titre, le fait que l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du secrétariat mais, au plus tard, avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart. L'art. 6 al. 2 OS LCart règle, pour sa part, les deux circonstances atténuantes spécifiques aux infractions à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart que sont le rôle exclusivement passif de l'entreprise à sanctionner et l'inexécution des mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord illicite.

Le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité. En ce sens, celle-ci est acceptable lorsqu'elle préserve la compétitivité des entreprises dès lors que leur existence en dépend. L'aspect punitif de la sanction ne saurait par conséquent conduire à la faillite de l'entreprise, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence. Aussi, la sanction doit rester dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le désavantage financier qu'elle occasionne doit être suffisant afin que la commission de l'infraction n'en vaille pas la peine (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2 et réf. cit.).

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

17.3.4.1 Elle a dans un premier temps établi, en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant maximal de la sanction à [...] francs, ce qui correspond aux 10% de la somme des chiffres d'affaires – à savoir [...] francs – réalisés par la recourante en 2008, 2009 et 2010.

17.3.4.2 Dans un deuxième temps, elle a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a retenu, sans toutefois l'expliquer, que le chiffre d'affaires réalisé par la recourante au cours des trois derniers exercices sur le marché pertinent se montait à [...] francs.

En l'espèce, il a été établi ci-dessus que le comportement illicite reproché à la recourante avait duré pendant toute la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011. Ceci étant, il y a lieu de considérer que les agissements à sanctionner ont pris fin en 2011. Les trois derniers exercices précédant immédiatement la cessation du comportement illicite sont dès lors en l'occurrence ceux des années 2009, 2010 et 2011 et non 2008 à 2010 comme retenus à tort par l'autorité inférieure. Les exercices à prendre en considération sont ainsi, conformément à la pratique, ceux se rapprochant le plus du comportement incriminé. Le chiffre d'affaires

global réalisé en Suisse par la recourante au terme des exercices 2009, 2010 et 2011 (versés au dossier) se monte ainsi à [...] francs, ce qui ramène la sanction maximale à [...] francs.

Ensuite, en tant que le montant de base de la sanction, retenu par l'autorité inférieure, 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 français et celui obtenu avec les éditeurs suisses. Dès lors que ces éditeurs font tous partie du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique, il n'y a pas lieu d'écarter les seconds et de délimiter à nouveau le marché au stade du calcul de la sanction.

Le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant de base se monte ainsi à [...] francs.

17.3.4.3 L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type d'infraction, indiquant que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles est particulièrement digne de protection et essentielle à la concurrence. Elle considère que les comportements illicites ayant pour objet de cloisonner le marché constituent dès lors des infractions graves à la loi sur les cartels, *a fortiori*, lorsque plus de 95% du marché sont concernés. Elle précise encore qu'en présence d'un cloisonnement du marché, la rente cartellaire ne peut être que difficilement estimée ou mesurée, la protection territoriale ainsi conférée n'étant pas forcément corrélée avec les profits de l'entreprise. Elle considère qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle prévue aux art. 49a al. 1 LCart et 3 OS LCart doit être retenu pour ce type d'infraction. En l'occurrence, elle estime que celui-ci doit être, selon la pratique, fixé à 4%. Elle expose que celui-ci doit encore être majoré au vu de la durée de l'infraction. Elle constate en l'espèce que le comportement illicite de la recourante a duré, sans interruption, pendant toute la période de l'enquête – à savoir de 2005 à 2011 – de sorte qu'une majoration de 50% s'impose ; toutefois, dès lors que l'enquête a été suspendue une année, elle renonce à prononcer une majoration supplémentaire.

S'agissant de la gravité de l'infraction, il a été établi en l'espèce que Editions Glénat avait, entre 2005 et 2011, été partie à des accords au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart avec OLF et F._____ en particulier (cf. *supra* consid. 8.8). Il a également été établi que le marché suisse avait été cloisonné en ce sens que les importations parallèles de livres francophones du catalogue de Editions Glénat distribués en Suisse par

OLF n'avaient pas été possibles entre les années 2005 et 2011. Aussi, les conséquences particulièrement néfastes de ces accords sur la concurrence justifient de fixer, à l'instar de l'autorité inférieure, le montant de base de la sanction à hauteur de 4% du chiffre d'affaires déterminant. Dès lors, il convient d'arrêter le montant de base à [...] francs.

Quant à la durée de l'infraction, force est de constater que la clause litigieuse était en vigueur durant la période de l'enquête. En outre, des possibilités d'arbitrage ont existé pour les librairies Fnac suisse et Payot entre 2005 et 2011 sans que celles-ci ne puissent toutefois procéder à des importations parallèles en raison des accords d'attribution de territoires. La majoration de 50% du montant de base par l'autorité inférieure est de ce fait conforme au droit. Celui-ci ascende ainsi, après majoration, à [...] francs.

17.3.4.4 Dans un dernier temps, l'autorité inférieure a examiné les circonstances aggravantes et atténuantes et constaté qu'en l'espèce, il n'y en avait aucune.

Au préalable, il y a lieu de relever que l'art. 6 OS LCart ne contient pas de liste exhaustive des circonstances atténuantes (cf. notes explicatives OS LCart ad art. 5 et 6 ; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 49a LCart p. 1518 n° 42). Ainsi, l'autorité inférieure dispose d'une large marge de manœuvre dans l'appréciation et la pondération des circonstances atténuantes.

S'agissant du rôle, exclusivement passif, qu'aurait joué la recourante, il y a lieu de rappeler d'une part, que celle-ci a été partie, avec Glénat France, à l'accord de protection territoriale absolue passé avec OLF et, d'autre part, qu'elle et sa maison-mère ne forment qu'une seule et même entreprise aux yeux de la loi sur les cartels (cf. *supra* consid. 3.1). Or, Glénat France n'a nullement joué un rôle passif dans la commission des actes illicites retenus. En effet, outre son contrat avec OLF, celle-là a au minimum passé un accord avec F._____ tendant à l'exclusion des ventes passives sur le territoire suisse. Comme déjà dit, un transfert de responsabilités est admissible entre une société-mère et une filiale (cf. *supra* consid. 17.2.1).

Ceci étant, la recourante ne saurait se prévaloir de circonstances atténuantes. Aucune circonstance aggravante n'entre davantage en considération *in casu*. Pour le reste, la recourante n'allègue nullement

que le montant de la sanction serait disproportionné au regard de sa capacité contributive.

17.3.5 Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être réformée, en ce sens que la sanction prononcée à l'encontre de la recourante doit être arrêtée à [...] francs.

18. 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 imposée « 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 la supprimer (art. 30 al. 1 LCart ; cf. KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, in : DIKE Kommentar, op. cit., art. 30 p. 1283 n° 24 ss ; DUCREY/CARRON, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 n° 19). L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant des 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 aient été modifiés ou amendés à la suite de la clôture de l'enquête, l'interdiction imposée 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 incisive à même de supprimer la restriction illicite constatée, de sorte qu'elle se justifie pleinement.

19. Emoluments relatifs à la procédure devant l'autorité inférieure

La recourante reproche enfin à l'autorité inférieure de ne pas avoir retranché du montant des frais de procédure prononcés d'une part, les frais occasionnés par les investigations menées en lien avec son éventuelle participation à un accord vertical sur les prix et à un accord horizontal d'attribution de territoire et, d'autre part, la part des frais imputés aux trois diffuseurs contre lesquels les charges ont été abandonnées à l'issue de la décision dont est recours. Enfin, compte tenu de sa position sur le marché et des faibles investigations menées à son sujet, la recourante considère que seuls [...] % des frais de procédure totaux devraient être mis à sa charge, lesquels correspondent à sa part de marché moyen, telle que retenue par le secrétariat. Seul un montant de [...] francs pourrait ainsi lui être imputé.

19.1 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 existant au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (cf. art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

En l'occurrence, l'autorité inférieure a indiqué dans la décision contestée que les frais de procédure 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 celles-ci étaient clairement identifiées temporellement. Elle a ainsi pris en considération la totalité des frais de procédure relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart et a mis ceux-ci, à raison de un treizième, solidairement à la charge de chacun des dix diffuseurs sanctionnés à l'issue de la décision attaquée. Les trois diffuseurs contre lesquels les charges ont été abandonnées ont quant à eux été exemptés et leurs parts de frais de procédure laissées à la charge de la Confédération.

Le secrétariat d'abord, puis l'autorité inférieure ensuite ont procédé à des mesures d'investigation afin de déterminer si les diffuseurs suisses de

livres écrits en français avaient entre 2005 et 2011 passé des accords au sens de l'art. 5 LCart. Ils ont à cet effet en particulier envoyé des questionnaires aux revendeurs actifs en Suisse romande, lesquels entretiennent des relations commerciales avec quasiment tous les diffuseurs-distributeurs suisses de livres francophones (cf. *supra* consid. 12.2) ; ils ont procédé à l'audition de certains de ceux-là ainsi qu'à l'examen des procès-verbaux tenus lors des réunions de l'ASDEL. Dites mesures d'investigation ont concerné indistinctement l'ensemble des diffuseurs ayant fait l'objet de l'enquête. Aussi, le temps y relatif consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure doit être pris en compte de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par ceux-là ; il ne saurait dès lors être réduit pour le motif que les charges ont finalement été abandonnées à l'encontre de trois des treize diffuseurs en cause à l'issue de la décision entreprise. Il en va de même du temps consacré aux investigations portant sur 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 de deux accords – à savoir horizontal et vertical – dès lors que les indices réunis leur étaient communs. Dès lors que le temps dédié à l'enquête par le secrétariat et l'autorité inférieure doit être considéré de manière globale, indistinctement des diffuseurs en cause, il est donc juste d'avoir imputé les frais de procédure, de manière égale, à raison de un treizième, aux diffuseurs condamnés. Le poids respectif de ceux-ci sur le marché a été pris en compte au stade du calcul du montant de la sanction (cf. *supra* consid. 17.3.4.1, 17.3.4.2).

Au demeurant, il convient encore de préciser que la réformation de la décision ne justifie ni l'abandon ni une diminution des frais imputés à la recourante. En effet, si l'autorité inférieure a calculé le montant de la sanction sur la base d'un chiffre d'affaires total incorrect, il n'en demeure pas moins que le comportement illicite de la recourante est à l'origine de l'enquête et de la décision déférée. Les frais liés au travail de l'autorité inférieure ne dépendent, en définitive, pas du montant de la sanction mais bien de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la loi sur les cartels.

20. 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 l'accord passé entre la recourante et OLF – prévoyant notamment l'exclusivité de la distribution des ouvrages diffusés par Editions Glénat en Suisse et l'engagement par celui-ci de ne pas avoir de comptes ouverts pour des clients suisses – a supprimé la concurrence sur le marché de référence ou, à tout le moins, l'a affectée notablement, sans être justifié par des motifs d'efficacité économique, la décision attaquée 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, lesquels se montent à 760'150 francs.

Enfin, il y a également lieu de confirmer la décision incidente du 10 décembre 2013 par laquelle le juge instructeur a déclaré sans objet la conclusion préalable de la recourante tendant à la production des décisions relatives au classement des charges à l'encontre de Editions l'Age d'Homme SA, Editions Zoé SA et Librairie du Lac, dès lors que celles-ci consistaient précisément en la décision attaquée.

21. Frais et dépens

21.1 Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 1^{ère} phrase 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 mis à la charge des autorités inférieures ni des autorités fédérales recourantes et 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, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir la totalité des frais judiciaires. En effet, le montant de la sanction a été réduit faisant ainsi partiellement droit aux conclusions de la recourante. Aussi, il convient de fixer les frais de procédure, dont ceux relatifs à la décision incidente du 10 décembre 2013, à 7'000 francs. La recourante ayant presté une

avance de frais de 8'000 francs le 19 juillet 2013, le solde de 1'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

21.2 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 (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les frais non nécessaires ne sont pas indemnisés (art. 8 al. 2 FITAF). De même, aucun dépens ne sont alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (cf. art. 64 PA ; ATF 132 II 47 consid. 7). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. 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).

La recourante, qui obtient partiellement gain de cause à l'issue du présent arrêt et qui est représentée par un avocat, dûment légitimé par procuration, a droit à des dépens. L'intervention de celui-ci – qui n'a produit aucune note de frais et honoraires – a impliqué le dépôt d'un recours de 17 pages, d'une réplique de 8 pages et d'observations finales de 2 pages. Compte tenu de la complexité de la cause, des similitudes entre la motivation juridique des écritures précitées et des arguments déjà développés devant l'autorité inférieure ainsi que de la légère réduction de la sanction obtenue par la recourante à l'issue de la présente procédure, il se justifie d'allouer à la recourante une indemnité équitable de dépens de 1'500 francs et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure (cf. art. 64 al. 2 PA).

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

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

2.

Le chiffre 1.5 du dispositif de la décision du 27 mai 2013 de la Commission de la concurrence est modifié comme suit : « 1.5. Editions Glenat (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses ».

3.

Les frais de procédure, d'un montant réduit de 7'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais déjà prestée. Le solde de 1'000 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Une indemnité de 1'500 francs est allouée à la recourante à titre de dépens et mise 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 :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

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