



Cour II
B-3962/2013

Arrêt du 30 octobre 2019

Composition

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

Parties

Diffulivre SA,
représentée par Maîtres Pascal G. Favre et
Jérôme Levrat, avocats,
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 Diffulivre SA (ci-après : recourante), sise dans le canton de Vaud, est une filiale détenue à [...] % par Hachette Livre SA, dont le siège est à Paris. Elle mène ses activités commerciales selon trois modèles : soit elle agit comme diffuseur et distributeur, soit uniquement comme distributeur, soit comme diffuseur et distributeur "en dépôt".

A.b Les fournisseurs de la recourante peuvent être classés en quatre catégories : les éditeurs qui font partie du groupe Hachette, lesquels sont tous diffusés et distribués en Suisse par la recourante via le canal de Hachette Livre (ci-après : éditeurs Hachette) – et dont la vente des ouvrages en Suisse a représenté en moyenne entre 2005 et 2011 environ [...] % du chiffre d'affaires net de Diffulivre ; les éditeurs qui ne font pas partie du groupe Hachette mais qui sont au bénéfice d'un contrat de diffusion-distribution avec Hachette Livre et qui sont diffusés et distribués en Suisse par la recourante via le canal de Hachette Livre (ci-après : éditeurs Tiers-Hachette) – et dont la vente des ouvrages en Suisse a représenté en moyenne entre 2005 et 2011 environ [...] % du chiffre d'affaires net de Diffulivre ; les éditeurs qui ne font pas partie du groupe Hachette, qui ne sont pas au bénéfice d'un contrat de diffusion-distribution avec Hachette Livre mais qui sont diffusés et/ou distribués directement par la recourante, sans passer par le canal de Hachette Livre (ci-après : éditeurs Tiers-Diffulivre) – et dont la vente des ouvrages en Suisse a représenté en moyenne entre 2005 et 2011 environ [...] % du chiffre d'affaires net de Diffulivre ; et enfin, l'éditeur E.A. _____ qui a conclu un contrat avec la recourante et Hachette Livre, confiant à ceux-ci la diffusion-distribution exclusives de ses ouvrages sur le territoire suisse.

A.c Les relations contractuelles de la recourante avec ses fournisseurs sont de trois types. Elle a d'une part, conclu un contrat avec Hachette Livre (ci-après : contrat Hachette-Diffulivre) – avant son acquisition par celle-ci –, en vertu duquel elle s'est vu confier l'exclusivité pour la Suisse de la diffusion-distribution des ouvrages des éditeurs Hachette et des éditeurs Tiers-Hachette, avec lesquels Hachette Livre a conclu des contrats de diffusion et de distribution. D'autre part, elle a conclu des contrats avec les éditeurs Tiers-Diffulivre, en vertu desquels elle s'est vu confier la diffusion et/ou la distribution exclusive(s) d'ouvrages d'éditeurs, essentiellement étrangers. Enfin, elle et Hachette Livre ont passé un

contrat avec l'éditeur E.A._____, par lequel celui-ci leur a confié la diffusion-distribution exclusives de ses ouvrages sur le territoire suisse.

A.c.a Les contrats liant la recourante avec les éditeurs Tiers-Diffulivre, dès 2008, contiennent en général les dispositions contractuelles standard suivantes :

"ARTICLE 1 : DEFINITION

L'Editeur déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'art. 2, des ouvrages publiés pour le label ou marque :

L'Editeur confiera au Diffuseur la réalisation de ces mêmes opérations pour tout nouveau label dont il aurait acquis le droit de diffusion et de distribution pour le territoire suisse,

En conséquence de quoi, l'Editeur confie au Diffuseur la diffusion et la distribution exclusives du fonds ci-dessus désigné.

Leurs relations sont définies par la présente convention.

ARTICLE 2 : ETENDUE DE L'EXCLUSIVITE

1. L'exclusivité s'étend à tous les clients (librairies traditionnelles, grandes surfaces, librairies dites de presse, kiosques, écoles, bibliothèques, grossistes, etc.) situés sur le territoire suisse.

2. L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur le territoire [suisse] pendant la durée du présent contrat et adressera au Diffuseur tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant des clients mentionnés sous point 1 résidant en Suisse."

Les clauses qui précèdent sont prévues avec les partenaires contractuels indépendamment de leurs provenances – France, Belgique et même la Suisse. Dans les contrats régissant les activités de distribution pure fournis par la recourante entre 1994 et 2007, les deux formulations suivantes apparaissent :

"Par les présentes, L'EDITEUR déclare confier en exclusivité, la distribution de sa production présente et à venir au DISTRIBUTEUR et s'interdit, sauf accord écrit et en particulier, une distribution directe ou parallèle.

En tant que besoin, L'EDITEUR informera la clientèle suisse de l'exclusivité de la distribution conférée au DISTRIBUTEUR."

"L'exclusivité confiée à Diffulivre s'étend à tous les circuits de vente, à l'exception de la vente par correspondance et du courtage, et à tous les clients, qu'ils soient personnes physique ou morale, privée ou publique, sur le territoire de la Suisse.

L'Editeur s'interdit en conséquence de distribuer tout ouvrage faisant partie de la présente exclusivité sur le territoire."

A.c.b Le contrat Hachette-Diffulivre, daté du 6 juin 1986, contient les articles suivants :

"ARTICLE 1 – DEFINITION

L'Editeur déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'article 2, des ouvrages publiés par ses départements éditoriaux ou ses filiales d'édition tels qu'indiqués en annexe 1.

Celle-ci constitue la liste des fonds disponibles à la date des présentes. Elle sera complétée de tous les autres fonds de l'éditeur concédés à d'autres distributeurs à une date antérieure, au fur et à mesure de l'expiration des contrats de distribution.

L'Editeur déclare être également titulaire, pour une durée déterminée, à la date des présentes, des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit article 2 des ouvrages publiés par certains éditeurs (extérieurs au Groupe Hachette) dont la liste est communiquée à l'Editeur.

En conséquence de quoi l'Editeur confie au distributeur, la distribution exclusive de ses fonds présents et futurs pour autant qu'il en aura lui-même l'exclusivité et suivant la durée pour laquelle il aura cette exclusivité.

Leurs relations sont définies par la présente convention et ses annexes, qui annulent et remplacent les dispositions antérieurement conclues entre les parties.

ARTICLE 2 – ETENDUE DE L'EXCLUSIVITE

Cette exclusivité, s'étend à tous les clients situés sur le territoire suisse, et pour toutes catégories de clientèle exception faite de la vente par correspondance et par courtage.

L'Editeur, par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant toute la durée de la présente convention et adressera à Diffulivre tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients résidents en Suisse."

A.c.c E.A._____, éditeur apparenté à un éditeur Hachette – contrôlé conjointement par Hachette Livre et un groupe canadien – a conclu, en date du 1^{er} avril 1995, un contrat de diffusion-distribution pour la Suisse avec la recourante et Hachette Livre, selon une modalité de dépôt-vente. Il contient notamment les dispositions suivantes :

« ARTICLE 1 – DEFINITION

L'Editeur confie au "Distributeur" en exclusivité la distribution de toutes ses collections [...]

ARTICLE 2 – ETENDUE DE L'EXCLUSIVITE

Cette exclusivité confiée au Distributeur s'étend à tous les circuits de vente distribuant habituellement des livres, à l'exception de la vente directe aux consommateurs, de la vente par correspondance et du courtage, et à tous les clients de ses circuits, qu'ils soient personnes physiques ou morales, privées ou publiques, en Suisse (désignée ci-après : "Le Territoire"),

L'Editeur fera ses meilleurs efforts pour éviter le contournement d'un tel droit d'exclusivité à partir de pays limitrophes ou non.

ARTICLE 3 – OBLIGATIONS DES DEUX PARTIES

L'Editeur s'engage à ne pas vendre sur le Territoire, en dehors de l'intermédiaire du Distributeur, aucun [livre], objet de la convention, autrement qu'à l'unité, sans remise et ce, après la date de mise en vente fixée par le Distributeur. [...] »

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 notamment au moyen 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 19 octobre 2012, la recourante a transmis au secrétariat ses déterminations sur la proposition de décision du 14 août 2012, en concluant au classement sans suite de la procédure ouverte 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 que les exclusivités d'importations pour la Suisse dont elle bénéficie ne s'analysaient pas davantage comme des protections territoriales restreignant les ventes passives au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. Elle a en effet indiqué que l'autorité inférieure n'avait pas apporté la preuve qu'il existerait des accords, auxquels elle serait partie, interdisant l'importation de livres en Suisse. Elle a à cet égard joint à sa prise de position les conditions générales de vente de Hachette Livre (versions 2005 à 2012) et relevé que rien dans celles-ci n'indiquait que les grossistes français étaient entravés de quelque manière par Hachette Livre dans leur faculté d'opérer des ventes – actives ou passives – sur le territoire suisse. Elle a en outre précisé que le contrat Hachette-Diffulivre ne pouvait pas être considéré comme un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels puisqu'il était couvert par le privilège de groupe. A titre subsidiaire, elle a soutenu que la présomption prévue à l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels pouvait être renversée en l'espèce, en raison notamment des possibilités d'arbitrage entre les marchés de l'approvisionnement (*wholesale*) suisses et français, des nombreux canaux d'approvisionnement alternatifs existant depuis la France et d'une concurrence sur le plan intermarques très forte entre les diffuseurs-

distributeurs actifs en Suisse romande. A supposer qu'une telle pratique doive néanmoins s'analyser comme une restriction notable à la concurrence non justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 1 et 2 de la loi sur les cartels, elle a relevé que celle-là serait inapte, en l'état actuel du droit suisse, à permettre aux autorités de la concurrence d'imposer une sanction au sens de l'art. 49a al. 1 de la loi sur les cartels, sauf à commettre une violation manifeste du principe de la légalité.

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.

C.d Par courrier du 21 mars 2013, la recourante a requis de l'autorité inférieure qu'elle soit autorisée à se déterminer sur le nouveau projet de décision qu'elle ou son secrétariat pourrait être amené à rédiger.

C.e Le 4 avril 2013, l'autorité inférieure a rappelé que la recourante s'était déterminée par courrier du 19 octobre 2012 sur la proposition du secrétariat et avait été entendue par ses soins en date du 3 décembre 2012. Pour le reste, aucune décision n'avait été prise quant à la suite de la procédure. Toutefois, si elle devait estimer que l'administration des preuves s'avérait insuffisante pour se prononcer sur le fond, elle a indiqué qu'elle pourrait renvoyer le dossier au secrétariat, lequel rédigerait une nouvelle proposition de décision qui serait ensuite soumise aux parties pour une (nouvelle) prise de position.

D.

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

« 1. *Condamne au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart fondée sur la participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart :*

1.1 *Albert le Grand S.A pour un montant de [...] francs suisses ;*

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

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

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

- 1.5 *Editions Glénat (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses ;*
 - 1.6 *Interforum Suisse SA pour un montant de [...] francs suisses ;*
 - 1.7 *Les éditions des 5 frontières SA pour un montant de [...] francs suisses ;*
 - 1.8 *Les Editions Flammarion S.A. pour un montant de [...] francs suisses ;*
 - 1.9 *OLF SA pour un montant de [...] francs suisses ;*
 - 1.10 *Servidis SA pour un montant de [...] francs suisses.*
2. *Interdit aux diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glénat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse ;*
 3. *Classe l'enquête à l'encontre des autres parties à la procédure ;*
 4. *Condamne les diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glénat (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 les clauses mentionnées ci-dessus (cf. *supra* let. A.c.a-A.c.c) faisaient partie de contrats qui étaient en principe saisis par l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels. Elle a à cet égard relevé qu'il n'était pas contesté que les relations contractuelles auxquelles la recourante était partie avec les éditeurs Tiers-Diffulivre en distribution pure constituaient des accords en matière de concurrence. Quant au contrat Hachette-Diffulivre, elle a indiqué que l'engagement de "ne pas vendre" auquel était tenue Hachette Livre vis-à-vis de sa filiale bénéficiait du privilège de groupe, dès lors qu'il pouvait être interprété comme une obligation ne visant que les ventes par d'autres entités du groupe. En revanche, elle a considéré que l'obligation de "ne pas laisser vendre" commandait que Hachette Livre prenne les mesures nécessaires non seulement au sein du groupe mais également à l'extérieur de celui-ci pour protéger l'exclusivité de la distribution prévue pour la Suisse. Cette clause contractuelle allait ainsi plus loin que les relations intragroupes tombant sous le privilège de groupe.

Se fondant sur les expériences des diffuseurs et celles des détaillants, l'autorité inférieure a par ailleurs retenu que les accords en cause étaient des accords de distribution qui prévoyaient une attribution de territoires

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 – tel qu'il ressortait des conditions générales de vente de Hachette Livre – 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 les accords d'attribution de territoires. 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 par ailleurs encore relevé la très faible pression concurrentielle des éditeurs et l'absence de capacité disciplinante des détaillants. 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 les accords en cause seraient illicites quand bien même la présomption devait être renversée. Elle a noté que le système de distribution exclusive mis en place par la recourante et les autres diffuseurs 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 2009, 2010 et 2011 ainsi qu'à l'aune de la gravité et de la durée de l'infraction, à [...] francs, à savoir 4% du chiffre d'affaires cumulé sur les trois derniers exercices, majoré de 50%.

E.

E.a Le 11 juillet 2013, la recourante a formé recours contre la décision du 27 mai 2013. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à son annulation et à sa réformation, en ce sens que, principalement, il soit constaté qu'elle n'a pas manqué aux dispositions de la loi sur les cartels et à ce que la procédure soit classée sans suite à son égard ; subsidiairement, à ce que l'amende infligée soit réduite à un montant qui ne soit pas supérieur à [...] francs et à ce qu'il soit supprimé du dispositif toute injonction ou interdiction à sa charge, autre qu'une interdiction d'être partie à des accords avec des entités (autres que Hachette Livre ou les éditeurs du groupe Hachette), qui exclut les ventes passives à des détaillants suisses ; en toute hypothèse, à ce qu'elle soit libérée de tout émolument, frais ou débours en relation avec la procédure d'enquête concernant le marché du livre écrit en français.

E.b Niant 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.

D'une part, elle relève qu'il n'y a pas d'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels s'agissant de la distribution des ouvrages des éditeurs Hachette et des éditeurs Tiers-Hachette, dès lors que le contrat Hachette-Diffulivre bénéficie du privilège de groupe. Il est selon elle sans importance que l'accord intragroupe vise à imposer des obligations à des tiers ou à commander un comportement déterminé vis-à-vis de ces tiers ; s'il est passé entre membres d'un même groupe formant une unité économique et que la restriction qu'il envisage n'est pas matérialisée dans une obligation ou une mesure valablement imposée aux tiers, l'accord échappe au droit de la concurrence.

D'autre part, elle avance que la preuve absolue n'a pas été apportée que des ventes passives se rapportant auxdits ouvrages auraient été exclues sur le territoire suisse durant la période visée par l'enquête. La recourante considère en effet que, dès lors que la participation à un accord d'exclusivité territoriale illicite entraîne une sanction au sens de l'art. 49a de la loi sur les cartels – laquelle revêt un caractère pénal – les prémisses de la présomption doivent être établies à l'aide de preuves absolues. Elle rétorque ensuite que, si elle a évoqué un lien entre le droit de retour et l'exclusivité dont elle bénéficie, elle n'a jamais affirmé que celle-ci était "indispensable" pour justifier le droit de retour qu'elle accorde à ses détaillants. Réfutant encore l'interprétation donnée au procès-verbal de l'ASDEL, elle soutient que les discussions portaient sur la possibilité de faire livrer directement à Payot SA les ouvrages en rupture de stock que ce détaillant pourrait leur commander. Enfin, rien dans les conditions générales de vente de Hachette Livre n'indique que les intermédiaires français se verraient entraver de quelque manière par Hachette Livre dans leur faculté d'opérer des ventes – actives ou passives – sur le territoire suisse.

Enfin, la recourante considère que la présomption de suppression de la concurrence efficace ne s'applique qu'aux interdictions de ventes passives imposées à des distributeurs – et non à des producteurs – s'étant vu allouer des territoires, en dehors du territoire exclusif considéré. De même, l'interdiction des ventes passives doit reposer sur un contrat entre le producteur et un distributeur agréé situé sur un autre territoire. Or, en l'espèce, les clauses litigieuses émanent d'une part, d'un contrat passé entre Hachette Livre et sa filiale bénéficiant du territoire réservé et, d'autre part, d'un contrat passé entre un éditeur Tiers-Diffulivre et la recourante.

E.c S'agissant du marché de référence, la recourante fait valoir que les détaillants présents sur Internet uniquement, en particulier les sites de vente en ligne français, sont en concurrence avec les détaillants suisses vendant des livres francophones, de sorte qu'ils doivent être inclus tant dans le marché *retail* que dans le marché *wholesale* de référence, en qualité de partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre.

E.d A supposer que la preuve d'une protection territoriale absolue ait été apportée, la recourante soutient que la présomption de suppression de la concurrence efficace serait renversée. Tout d'abord, elle affirme que la concurrence sur le plan intramarque au niveau *wholesale* est vive. Exposant qu'il existe de nombreuses et diverses sources

d'approvisionnement alternatives pour les détaillants, elle relève que des importations parallèles ont non seulement été possibles mais ont effectivement été opérées par certains détaillants durant la période considérée. Par ailleurs, le constat qu'aucune importation parallèle n'aurait eu lieu ne signifierait pas encore que l'accord en cause se trouverait nécessairement à l'origine d'une telle circonstance. Elle relève en effet que, même si des possibilités d'arbitrage par le prix ont existé entre la Suisse et la France durant la période de référence, ce qui détermine les détaillants à passer commande auprès d'un diffuseur-distributeur en Suisse réside dans le niveau de services particulièrement élevé qui y est offert. Considérant ensuite que la concurrence sur le plan intramarque aurait également dû être analysée au niveau *retail*, la recourante relève que celle-ci existe de manière intense en Suisse entre les détaillants, tant au niveau du prix qu'au niveau du service. Quant à la concurrence sur le plan intermarques, elle soutient qu'elle est très forte sur le marché *wholesale*. En effet, elle expose que le fait qu'il existe des possibilités d'importations parallèles, combiné au fait que les détaillants usent de manière crédible de la menace d'aller s'approvisionner en France contraint en toutes hypothèses le comportement concurrentiel des diffuseurs. Même en cas de différenciation des produits particulièrement marquée, les détaillants ont les moyens d'exercer une pression très forte sur les diffuseurs suisses.

E.e La recourante conteste ensuite qu'elle se soit faite l'auteur d'une restriction notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 de la loi sur les cartels. Elle répète tout d'abord ne pas être partie à un accord en matière de concurrence, si bien que l'une des conditions d'application de la norme n'est pas réalisée. Ensuite, elle fait valoir que, dès lors qu'elle ne bénéficie pas d'une protection territoriale absolue – faute d'exclusion des ventes passives – il ne peut y avoir de restriction qualitativement grave à la concurrence. Du point de vue quantitatif, elle indique que la concurrence n'est pas non plus notablement affectée sur le marché *wholesale* par le système de distribution auquel elle est partie. A supposer toutefois que l'on puisse retenir l'existence d'une restriction notable à la concurrence, celle-ci serait justifiée par des motifs d'efficacité économique.

E.f En tout état de cause, la recourante fait valoir qu'une sanction directe ne peut pas être prononcée à son encontre dès lors que, les prémisses de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels n'étant pas remplies en l'espèce, les conditions d'application de l'art. 49a al. 1 de la loi sur les cartels ne sont pas réunies. Même à supposer qu'il soit

possible d'apporter la preuve d'une protection territoriale absolue, il conviendrait de retenir que la présomption serait renversée. A titre subsidiaire, la recourante soutient que le montant de la sanction infligée est erroné, en tant qu'il n'a pas été arrêté sur la base des trois derniers exercices. Elle relève également que celui-ci est disproportionné, attendu qu'il la placerait en situation de surendettement. Enfin, elle considère que l'injonction qui lui est faite manque de clarté.

F.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu à son rejet dans ses observations responsives du 20 novembre 2013. S'agissant de l'engagement de Hachette Livre de "ne pas laisser vendre" ses ouvrages sur le territoire attribué, l'autorité inférieure rétorque que lorsque des accords intragroupes prévoient un système de distribution avec une portée qui d'une part, dépasse les seules relations intragroupes et, d'autre part, est complétée par des conditions générales instaurant les outils pour concrètement mettre en œuvre ledit système, les conditions de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels sont réalisées. Une telle clause contractuelle va ainsi non seulement au-delà des relations intragroupes tombant sous le privilège de groupe mais démontre également que le système de distribution du groupe dont fait partie la recourante a visé et eu pour effet d'empêcher les ventes passives par des entreprises tierces durant la période visée par l'enquête, si bien qu'il relève de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. Les conditions d'application de cette disposition sont en particulier prouvées par les effets constatés sur le marché, les obligations générées par les contrats de distribution conclus par la recourante et rendus exécutoires par les conditions générales convenues avec les partenaires commerciaux externes au groupe dont fait partie la recourante et par les discussions portées au protocole de l'assemblée des diffuseurs. L'autorité inférieure ajoute qu'il ne ressort pas d'une interprétation de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels conforme au droit que dite disposition serait inapplicable sitôt que des entreprises assumeraient également une activité de production ; de même que la preuve d'un contrat passé avec un distributeur agréé susceptible de donner suite à des ventes passives devrait être apportée de manière indépendante pour l'application de la présomption. Elle renvoie pour le reste à la décision déférée.

S'agissant de la concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence, l'autorité inférieure indique que les tentatives – vaines – d'approvisionnement alternatif par des importations parallèles de certains détaillants suisses prouvent que celle-là a été supprimée par l'exclusion

des ventes passives. Quant à l'absence d'analyse de la concurrence sur le plan intramarque au niveau *retail*, l'autorité inférieure rétorque que, lorsque la restriction à la concurrence n'entrave pas directement les consommateurs finaux mais les détaillants, c'est bien la concurrence entre les différentes sources d'approvisionnement à disposition de ceux-ci qui est déterminante. Ainsi, les entreprises actives sur Internet ne peuvent pas être considérées comme une source de concurrence sur le plan intramarque, dès lors qu'elles ne constituent pas des canaux d'approvisionnement pour les détaillants. S'agissant ensuite de la concurrence sur le plan intermarques, l'autorité inférieure précise que la forte différenciation des produits dans le secteur du livre réduit partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence sur le plan intermarques *ab ovo*. Renvoyant pour le surplus à la décision dont est recours, l'autorité inférieure maintient que le système de distribution de la recourante fondé sur un régime d'exclusivité a eu pour effet d'exclure les ventes passives et de supprimer la concurrence durant la période visée par l'enquête.

Concernant enfin l'amende infligée, l'autorité inférieure indique que le montant de base doit être calculé à partir du chiffre d'affaires réalisé en Suisse sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices disponibles au moment du prononcé de la décision, précisant qu'elle ne pouvait en effet se fonder sur des chiffres dont elle ne disposait pas au moment de décider. Elle rappelle enfin que la recourante appartient au groupe Hachette, lequel a réalisé en 2012 un chiffre d'affaires de [...] euros.

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

G.

Invitée à répliquer, la recourante s'est déterminée, après prolongation de délai, le 12 février 2014. Elle indique tout d'abord que, pour qu'un accord entre une société et sa filiale échappe à l'interdiction des ententes, il suffit que les parties forment une unité économique au sein de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché ; que l'engagement de Hachette Livre de "ne pas laisser vendre" ait pu avoir une portée externe au groupe n'a aucune importance. Par ailleurs, en l'absence d'une matérialisation de l'engagement de Hachette Livre de "ne pas laisser vendre", il n'y a aucun effet extérieur au groupe Hachette.

La recourante précise ensuite qu'au stade des prémisses de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels, il faut pouvoir établir que le système de distribution en cause a eu pour objet une exclusion des ventes passives. Or, l'autorité inférieure n'a en l'espèce pas apporté une telle preuve, en dépit de sa tentative de déceler dans les conditions générales de vente de Hachette Livre un objet d'exclusion. La simple preuve de prétendus effets constatés sur le marché déterminant n'est à elle seule pas suffisante pour permettre l'application de la présomption. Elle ajoute encore qu'une obligation de ne pas livrer, lorsqu'elle est prise par l'entité qui accorde l'exclusivité, ne tombe pas sous le coup de la présomption, peu importe que celle-là soit active comme producteur ou qu'elle soit impliquée à un niveau plus en aval de la chaîne de distribution. La recourante reproche enfin à l'autorité inférieure de n'avoir examiné la portée des conditions générales de vente de Hachette Livre que dans la décision attaquée. A aucun moment, elle ne lui a donné la possibilité de s'exprimer sur cet argument, alors qu'elle lui avait expressément demandé de l'autoriser à se déterminer sur un nouveau projet de décision s'il devait reposer sur une argumentation en tout ou partie différente. Ce faisant, la recourante estime que son droit d'être entendue n'a pas été respecté.

La recourante précise encore, s'agissant de la concurrence sur le plan intermarques, que le fait que le marché déterminant se caractérise par une différenciation des produits ne remet nullement en question l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques forte au niveau *wholesale* entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Ceux-ci se livrent en effet une concurrence pour augmenter leur volume de vente respectif, par l'assortiment et l'offre de produits proposés, ainsi que par les services de commercialisation qu'ils fournissent et non seulement par le prix au niveau *wholesale*.

Quant à l'affectation à la concurrence, la recourante maintient qu'il n'y a en l'espèce aucune restriction notable d'un point de vue qualitatif, dès lors que son système de distribution n'a pas eu pour objet une exclusion des ventes passives et que, même si tel avait été le cas, il serait justifié par des motifs d'efficacité économique. En outre, le groupe Hachette détient une part de marché inférieure à [...] % sur le marché *wholesale*, laquelle est insuffisante pour conclure à l'existence d'une restriction quantitativement notable. Il en va de même – et à plus forte raison – s'agissant de chaque éditeur Tiers-Diffulivre. Enfin, elle fait valoir que les développements consacrés par l'autorité inférieure en lien avec l'art. 5 al. 1 de la loi sur les cartels ne rempliraient, le cas échéant, pas

l'exigence de motivation découlant des art. 35 al. 1 de la loi sur la procédure administrative fédérale et 29 al. 2 de la Constitution.

Pour finir, la recourante fait valoir que seuls le fournisseur, interdisant les ventes passives, et son distributeur agréé en dehors de Suisse peuvent faire l'objet d'une sanction, à l'exclusion du distributeur actif sur le territoire exclusif, lequel n'est pas partie à l'accord tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. A cet égard, elle indique, à titre subsidiaire, que le tribunal doit tenir compte des trois derniers exercices précédant la date de son arrêt et relève avoir par ailleurs dûment transmis à l'autorité inférieure son chiffre d'affaires pour l'exercice 2012 par courrier du 18 janvier 2013. Elle soutient encore que le fait que le groupe Hachette puisse réaliser un chiffre d'affaires important est sans pertinence au regard du principe de proportionnalité, dès lors que c'est elle, en tant que société anonyme, qui serait frappée par la faillite redoutée. Pour finir, elle ajoute qu'il serait contraire au droit fédéral de la condamner à l'intégralité des frais concernant la période de l'enquête portant sur l'art. 5 de la loi sur les cartels solidairement avec les autres diffuseurs-distributeurs condamnés.

H.

L'autorité inférieure a transmis sa duplique dans un délai prolongé au 23 avril 2014. S'agissant tout d'abord de la prétendue violation du droit d'être entendu en relation avec l'examen des conditions générales de vente de Hachette Livre, l'autorité inférieure indique que la recourante a été invitée à se déterminer sur la proposition du secrétariat. Elle s'est ainsi prononcée de façon complète sur les principes à la base de la décision attaquée, plus précisément sur la violation de l'art. 5 al. 1 et 4 de la loi sur les cartels qui lui est reprochée. Partant, elle estime qu'elle n'était pas tenue de rédiger une nouvelle proposition de décision.

L'autorité inférieure expose ensuite que l'engagement pris par la société-mère vis-à-vis de sa filiale de "ne pas laisser vendre" sur le territoire exclusif implique une coordination avec des partenaires de distribution au sens large, incluant notamment les grossistes et détaillants français, ne faisant pas partie du groupe Hachette. Quant à la matérialisation dudit engagement, il a été établi, notamment sur la base de mécanismes de traçabilité identifiés à partir de l'analyse des conditions générales de vente de Hachette Livre, que le système de la recourante était à même d'entraîner des effets restrictifs à la concurrence par l'exclusion des ventes passives. La portée manifestement externe du système ne permet plus de considérer que l'on ait affaire à une unité économique dans

l'organisation de la distribution dès lors que celle-ci dépend de l'intervention de parties tierces économiquement indépendantes.

L'autorité inférieure avance encore que le critère déterminant pour l'application de la présomption est l'exclusion des ventes passives par d'autres "partenaires de distribution", notion qui englobe également les producteurs lorsqu'ils sont actifs dans la distribution de leurs produits. Ceci étant, elle considère que Hachette Livre n'était pas légitimée à s'engager contractuellement à ne pas opérer de ventes passives vers la Suisse. Elle maintient pour le reste que les conditions générales de vente de Hachette Livre permettaient de contrôler les flux ; le cadre déterminé par celles-ci permettait la mise en œuvre du cloisonnement du marché.

S'agissant enfin de l'imputabilité de la sanction, l'autorité inférieure relève que tous les diffuseurs-distributeurs, la recourante comprise, ont mis consciemment en œuvre les systèmes de distribution en s'opposant aux tentatives d'importations parallèles. Elle ajoute encore que le chiffre d'affaires réalisé par la recourante en 2012, communiqué par courrier du 18 janvier 2013, ne reposait sur aucun document probant.

L'autorité inférieure renvoie pour le reste à la décision querellée et à sa réponse au recours.

I.

Le 26 mai 2014, la recourante a fait part de ses remarques sur la duplique de l'autorité inférieure. Elle a maintenu que celle-ci avait violé son droit d'être entendue au sens des art. 29 de la Constitution et 30 al. 1 de la loi sur la procédure administrative fédérale, dès lors que sa tentative de dégager des conditions générales de vente de Hachette Livre un objet illicite ou d'y déceler un contrôle des flux renforçant un prétendu système d'exclusion était intervenue, pour la première fois, au stade de la décision attaquée.

Quant au nouvel argument apporté par l'autorité inférieure – selon lequel un refus de livrer qui aurait été opposé par Hachette Livre pourrait tomber sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, dès lors que celle-ci ne serait pas un pur producteur mais une entité impliquée dans la distribution – la recourante rétorque que le fait de contraindre une entité concédante faisant de la double distribution à opérer des ventes passives pour se conformer à l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels serait injustifiable économiquement. Par ailleurs, l'autorité inférieure a reconnu dans la

décision entreprise que le privilège de groupe immunisait totalement l'engagement de "ne pas vendre" pris par Hachette Livre envers sa filiale.

Enfin, la recourante confirme ses arguments s'agissant du calcul du montant de base de l'amende infligée.

J.

Par requête du même jour, la recourante a sollicité la suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans les affaires *Gaba International AG*, respectivement *Gebro Pharma GmbH*, contre *COMCO* (ci-après : *Gaba/Gebro*), pendantes devant le Tribunal fédéral, dès lors que l'issue de celles-ci était en mesure d'influencer directement le résultat de la présente procédure de recours.

K.

L'autorité inférieure a rétorqué, par courrier du 25 juin 2014, que la suspension de la procédure ne se justifiait pas dans la mesure où la notabilité de l'affectation 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.

L.

Le 27 juin 2014, la recourante a transmis au tribunal copie du rapport de l'organe de révision relatif aux comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2013.

M.

Par courrier du 21 juillet 2014, la recourante s'est prononcée sur les arguments avancés par l'autorité inférieure contre la suspension de la procédure.

N.

Par décision incidente du 23 juillet 2014, le juge instructeur a rejeté la requête de suspension de la procédure, exposant que les questions juridiques litigieuses dans les affaires *Gaba/Gebro* n'avaient qu'à titre subsidiaire une incidence sur le résultat de la présente procédure de recours.

O.

Invitée à formuler d'éventuelles remarques sur le courrier de la recourante du 27 juin 2014, l'autorité inférieure a indiqué, le 18 août 2014, maintenir sa position s'agissant du calcul du montant de base de l'amende.

P.

La recourante a rappelé, dans un courrier daté du 10 septembre 2014, avoir dûment communiqué à l'autorité inférieure, par lettre du 18 janvier 2013, son chiffre d'affaires 2012.

Q.

Le 18 février 2015, la recourante a fait parvenir au tribunal copie d'un document récemment publié par la société Payot SA. La recourante relève que les déclarations contenues dans ce document confirment que, de l'aveu même du président-directeur général de Payot SA, il est toujours demeuré possible pour ce libraire de s'approvisionner en livres francophones directement depuis l'étranger, en particulier depuis la France, et que le régime de distribution exclusive mis en place au sein des groupes de diffuseurs-distributeurs (dont le sien) n'est pas la cause du niveau prétendument peu élevé des importations parallèles sur le marché suisse.

R.

Par lettre du 15 avril 2015, la recourante a encore fait parvenir au tribunal copie de son bilan et du compte de profits et pertes au 31 décembre 2014, ainsi que du rapport de l'organe de révision.

S.

Le 25 juin 2015, la recourante a encore fait parvenir au tribunal une note de frais et honoraires.

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.

1.3 La recourante conclut encore à ce qu'il soit constaté qu'elle n'a pas manqué aux dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [Loi sur les cartels, LCart, RS 251]).

1.3.1 En vertu de l'art. 25 al. 2 PA, une demande en constatation est recevable si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection. Selon la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision de constatation que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (cf. ATF 126 II 300 consid. 2c ; ATAF 2010/12 consid. 2.3). Il s'ensuit que l'intérêt digne de protection requis fait défaut, en règle générale, lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore ; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (cf. ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 867).

1.3.2 En l'occurrence, la conclusion tendant à ce qu'il soit constaté que la recourante n'a pas manqué aux dispositions de la loi sur les cartels n'est pas une conclusion constatatoire mais plutôt une conclusion « préparatoire » ou « préjudicielle », autrement dit un grief qui pourrait constituer un motif d'annulation de la sanction et des mesures prises à l'encontre de la recourante et qu'il y aura lieu d'examiner au fond. En tant que telle, dite conclusion est dès lors irrecevable.

1.4 La recourante conclut enfin à ce que la procédure soit classée sans suite à son encontre.

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

même en cas d'admission du recours, le Tribunal administratif fédéral ne peut imposer de classer l'enquête.

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

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

1.5 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 sur les cartels – partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) – a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

2.2 Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources (art. 5 al. 2 let. a LCart) ; et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (art. 5 al. 2 let. b LCart). Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace notamment les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des

territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (art. 5 al. 4 LCart). L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 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 ses partenaires commerciaux en amont des accords attribuant des territoires alors que son système de distribution interdisait les ventes passives par d'autres distributeurs. En substance, elle a considéré que l'engagement pris par les partenaires commerciaux en amont de "ne pas laisser vendre" et le fait que les détaillants ne pouvaient s'approvisionner directement en France suffisaient à démontrer que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives.

La recourante 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 ; 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). 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).

Dès lors que la recourante s'est vu confier la distribution et/ou la diffusion exclusive(s) pour la Suisse des ouvrages des éditeurs Hachette, Tiers-Hachette, Tiers-Diffulivre et E.A._____, il y a lieu d'admettre qu'elle constitue une entreprise au sens de la loi sur les cartels et que les prétendus accords de protection territoriale absolue ont produit leurs effets en Suisse. Les conditions d'application personnelles et locales de la loi sur les cartels sont ainsi remplies.

3.2 S'agissant des conditions d'application matérielles, il y a tout d'abord lieu de préciser que la recourante se situe, sur la chaîne de distribution, entre les éditeurs (producteurs) et les détaillants ; elle entretient ainsi une relation commerciale verticale avec les éditeurs.

Pour le reste, il convient de déterminer s'il existait entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont 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 a 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. Violation du droit d'être entendu

La recourante invoque une violation de son droit d'être entendue au sens des art. 29 Cst. et 30 al. 1 PA. Elle reproche à l'autorité inférieure de n'avoir examiné la portée des conditions générales de vente de Hachette Livre, pour la première fois, qu'au stade de la décision attaquée. Produites spontanément par la recourante dans sa prise de position du 19 octobre 2012, le contenu et la portée de celles-ci n'ont pas été abordés par l'autorité inférieure lors des auditions de décembre 2012. A aucun moment, celle-ci ne lui a donné la possibilité de s'exprimer sur l'argument tiré des conditions générales relatif à l'exclusion des ventes passives – lequel occupe pourtant une place centrale dans les reproches formulés à l'encontre de la recourante – alors qu'elle lui avait expressément demandé en date du 21 mars 2013 de l'autoriser à se déterminer sur un nouveau projet de décision s'il devait reposer sur une argumentation en tout ou partie différente. Ceci étant, elle n'avait en outre aucune raison de penser que l'autorité inférieure se livrerait à une interprétation – qui plus est inexacte – des conditions générales de vente de Hachette Livre, qui l'a prise au dépourvu et dont elle n'a pu se prémunir. L'autorité inférieure rétorque en substance qu'elle n'était pas tenue de rédiger une nouvelle proposition de décision puisque la recourante s'était déjà prononcée de manière complète dans sa prise de position du 19 octobre 2012 sur les principes à la base de la décision attaquée, plus précisément sur la violation de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart qui lui est reprochée.

4.1 En tant que la recourante fait valoir la violation d'une garantie de nature formelle, laquelle entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recours sur le fond, ce moyen doit être examiné en premier lieu (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.2).

4.2 La procédure administrative fédérale exige de l'autorité qu'elle entende les parties avant de prendre une décision (cf. art. 30 al. 1 PA par renvoi de l'art. 39 LCart). Cette obligation implique qu'elle doit les informer du contenu présumé de la décision qu'elle est appelée à rendre ou, à tout le moins, des éléments essentiels de celle-ci afin de leur permettre de prendre position avant qu'elle ne se prononce (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3, 132 II 485 consid. 3.2, 126 I 7 consid. 2b et 124 II 132

consid. 2b ; ATAF 2010/53 consid. 13.1 ; arrêt du TAF B-3763/2015 du 26 août 2015 consid. 4.1 ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd. 2016, p. 222 n° 1011).

En droit des cartels suisse, le droit d'être entendu est élargi, en ce sens que les parties concernées par l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat (cf. art. 30 al. 2 1^{ère} phrase LCart) avant que l'autorité inférieure ne rende sa décision (cf. arrêt du TF 2A.492/2002 du 17 juin 2003 consid. 3.4 et réf. cit.). Ce droit à une prise de position porte sur la totalité de la proposition du secrétariat, à savoir sur l'état de fait établi, les considérants juridiques et le dispositif proposé. Il va ainsi plus loin que ce que le droit d'être entendu, découlant des art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA, prévoit (cf. ATF 129 II 497 consid. 2.2 ; PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 30 LCart p. 1240 n° 13 ; ZIRLICK/TAGMANN, in : BSK-KG, op. cit., art. 30 p. 1362 n° 18-19). S'agissant toutefois de la suite de la procédure, à savoir une fois le dossier en mains de l'autorité inférieure, seul s'applique – en vertu du renvoi de l'art. 39 LCart aux dispositions de la PA – le droit d'être entendu, tel que garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA, en particulier par l'art. 30 al. 1 PA. Or, le droit constitutionnel d'être entendu ne confère pas à la partie le droit de se déterminer sur chaque résultat possible auquel l'autorité peut envisager d'aboutir. En ce sens, l'autorité n'a pas à soumettre sa motivation aux parties préalablement pour prise de position (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2). L'exercice du droit d'être entendu se limite en général aux faits pertinents. Il ne donne en principe pas le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation juridique que l'autorité envisage de retenir. Des exceptions sont toutefois réservées lorsque celle-ci entend se fonder sur des normes juridiques à l'application desquelles les parties concernées ne peuvent s'attendre, lorsque la situation juridique a changé ou lorsque l'autorité dispose d'une marge d'appréciation particulièrement grande (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2 ; arrêts du TF 2A.430/2006 du 6 février 2007 *Sammelrevers* consid. 7 et 2A.492/2002 précité *Elektra Baselland* consid. 3.2 ; arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 5.2.3). En d'autres termes, si l'autorité inférieure modifie la proposition du secrétariat, compte tenu notamment des déterminations des parties, ceci ne donne pas un nouveau droit à une prise de position au sens de l'art. 30 al. 2 LCart, seul applicable à la proposition du secrétariat ; une modification de l'argumentation juridique ne constitue en outre pas une violation du droit d'être entendu, dans les limites imposées par les art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2 ; arrêt

du TF 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 7 ; arrêts du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 4.1.3 et B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 5.2.3 ; DUCREY/CARRON, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 n° 14). De plus, si elle le juge utile, l'autorité inférieure peut ordonner des mesures d'instruction supplémentaires. Elle peut ainsi procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (cf. art. 30 al. 2 *i.f.* LCart). Elle peut notamment renvoyer le dossier au secrétariat pour complément d'instruction, ordonner l'audition des participants ou de leurs avocats (cf. arrêt du TF 2C_732/2008 du 24 mars 2009 consid. 2.3.3 ; DUCREY/CARRON, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 n° 15 et 16 ; ZIRLICK/TAGMANN, in : BSK-KG, op. cit., art. 30 LCart p. 1369 ss n° 47 ss).

4.3 En l'occurrence, il convient tout d'abord de relever que la recourante s'est largement déterminée en date du 19 octobre 2012 sur la proposition de décision du secrétariat dans une écriture de 183 pages, accompagnée de 81 annexes. De même, elle a été entendue oralement par l'autorité inférieure en date du 3 décembre 2012. Elle s'est ainsi prononcée de manière complète sur l'état de fait, les dispositions légales applicables et les considérations juridiques. Elle s'est en particulier exprimée sur sa participation à un système de distribution cloisonnant la vente sur le territoire suisse et sur son impact sur la concurrence. Aussi, sur ce point, il ne saurait être reproché à l'autorité inférieure de ne pas avoir respecté le droit d'être entendu, tel que garanti par l'art. 30 al. 2 LCart.

4.4 Reste à examiner si l'autorité inférieure était tenue, en application des art. 29 Cst. et 30 al. 1 PA, d'inviter la recourante à se déterminer sur le contenu des conditions générales de vente de Hachette Livre.

La recourante fait valoir que la recherche du contenu des conditions générales de Hachette Livre doit être assimilée à l'élucidation d'un point de fait par l'autorité inférieure. Selon elle, il importe en effet peu à cet égard de se demander si, en se livrant à sa propre interprétation des conditions générales, celle-là a recherché le sens objectif des termes utilisés selon le principe de la confiance et si donc elle a tranché une question de droit.

La recourante fonde son argumentation sur un arrêt du Tribunal fédéral traitant de l'établissement du contenu du droit étranger. Or, aucune analogie ne saurait être faite avec l'interprétation des conditions générales, laquelle est soumise à des règles propres : les conditions

générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante ; elles doivent être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles. En présence d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, il y a tout d'abord lieu de s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, ce qui relève d'une question de fait. Si cette volonté ne peut être établie, c'est une question de droit de dire comment une déclaration devait être comprise par son destinataire (principe de la confiance). Pour trancher cette question, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, dont la constatation relève du fait (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 131 III 606 consid. 4.1, 126 III 375 consid. 2e.aa).

En l'occurrence, l'autorité inférieure s'est livrée à une interprétation des conditions générales de vente de Hachette Livre. Elle a retenu que, bien que celles-ci ne prévoient aucune restriction à l'exportation, elles introduisaient un contrôle pointu des partenaires de distribution par Hachette Livre qui, mis en relation avec les autres éléments du dossier, permettait de conclure à un système de distribution conduisant au cloisonnement du marché suisse au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Ce faisant, l'autorité inférieure n'a pas constaté un fait mais a tranché une question de droit, en application du principe de la confiance.

Ensuite, c'est la recourante elle-même qui a produit les conditions générales de vente de Hachette Livre à l'appui de ses observations du 19 octobre 2012, "de manière à montrer précisément comment les relations entre Hachette Livre et ses partenaires de distribution sont organisées et signaler que les conditions générales laissent pleine liberté aux partenaires quant à leurs activités de revente". Elle ne saurait alors se prévaloir du fait qu'elle ne pouvait anticiper la pertinence de celles-ci. Elle a en outre indiqué dans ses déterminations que Hachette Livre n'imposait aucune restriction des ventes passives à ses partenaires de distribution et, se référant auxdites conditions générales, produites à titre de preuve, elle a relevé que rien dans celles-ci n'indiquait que les grossistes français se voyaient entraver de quelque manière par Hachette Livre dans leur faculté d'opérer des ventes – actives ou passives – sur le territoire suisse. Par conséquent, elle s'est déjà exprimée sur le contenu et la portée des conditions générales en cause. Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure exprime un avis différent, soutenant que, nonobstant l'absence de restrictions à l'exportation, le cadre déterminé par celles-ci permettrait la mise en œuvre du cloisonnement du marché. Enfin, la proposition du secrétariat retenait déjà la participation de la recourante à un système de distribution excluant les ventes passives.

L'argument que tire l'autorité inférieure des conditions générales de vente de Hachette Livre ne fait qu'appuyer l'application de la présomption de suppression de la concurrence efficace, compte tenu des nouveaux éléments apportés par la recourante dans sa prise de position ; la proposition du secrétariat n'est pas modifiée sur ce point.

Le moyen, invoqué par la recourante, fondé sur une violation du droit d'être entendu doit ainsi être rejeté.

5. 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 la recourante avait, entre les années 2005 et 2011, passé avec ses partenaires commerciaux en amont 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 a été partie à des accords verticaux en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

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

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

5.3 Afin d'éviter un isolement du marché suisse et garantir la sécurité du droit, la réglementation et la pratique suisses en matière de concurrence se veulent euro-compatibles (cf. Deiss BO 2003 E 328 ss) ; elles s'inspirent ainsi du droit et de la pratique 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 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 ; arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1 *in fine* ; cf. également sur la prise en compte du droit européen : arrêt du TAF B-7633/2009 du 14 septembre 2015 *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]).

6. Relations avec les partenaires de distribution

Ceci étant, il s'agit en premier lieu de déterminer si, durant la période sous investigation, la recourante 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 reconnu que les accords entre les sociétés d'un groupe ne pouvaient pas être considérés comme des accords en matière de concurrence. Aussi, l'engagement de "ne pas vendre" sur le territoire suisse, auquel était tenue la maison-mère Hachette Livre à l'égard de sa filiale Diffulivre bénéficiait du privilège de groupe, dès lors qu'il pouvait être interprété comme une obligation ne visant que les ventes par d'autres entités du groupe. En revanche, l'engagement de "ne pas laisser vendre" n'était pas couvert par celui-là, puisqu'il commandait que Hachette Livre prenne les mesures nécessaires non seulement au sein du groupe mais également à l'extérieur de celui-ci pour protéger l'exclusivité de la distribution prévue pour la Suisse. Cette clause contractuelle allait ainsi plus loin que les relations intragroupes tombant sous le privilège de groupe. Partant, l'autorité inférieure a retenu que la recourante avait été partie à un système de distribution ayant visé et eu pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de référence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues, pendant la période soumise à l'enquête, tant avec les éditeurs Hachette que les éditeurs Tiers-Hachette.

Invoquant une violation des art. 2 et 4 al. 1 LCart, la recourante fait valoir que le contrat Hachette-Diffulivre est couvert par le privilège de groupe, si bien que le système de distribution auquel elle est partie échappe au droit de la concurrence en tant qu'il se rapporte aux ouvrages des éditeurs Hachette et des éditeurs Tiers-Hachette. Elle expose en effet que seul l'accord entre une société du groupe et une entreprise tierce peut être considéré comme un accord en matière de concurrence. Or, elle indique en l'espèce être une filiale détenue à [...] % par Hachette Livre et se trouver par rapport à celle-ci dans une situation de dépendance qui ne lui permet pas de déterminer de manière autonome sa ligne d'action sur le marché, si bien qu'elle considère former avec Hachette Livre une unité économique, les faisant apparaître, aux yeux de la loi sur les cartels, comme une seule et même entité. Aussi, s'agissant en particulier de l'obligation de "ne pas laisser vendre", elle relève qu'il importe peu que l'accord intragroupe vise à imposer des obligations à des tiers ou à commander un comportement déterminé vis-à-vis de ceux-ci ; s'il est passé entre membres d'un même groupe formant une entité économique, l'accord ne tombe pas sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart.

6.1 La conclusion d'un accord en matière de concurrence nécessite la participation de deux entreprises (au moins) au sens de l'art. 2 LCart, jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1 ; arrêts du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 27 ss et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 4.1 ; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in : CR-Romand, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 n° 30-35 ; JENS LEHNE, in : BSK-KG, op. cit., art. 2 p. 79 ss n° 14 ss). 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 ; MARTENET/KILLIAS, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 n° 30-35 ; 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, 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. 2018, p. 95 ss). De même, lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe, les ententes verticales sur les prix et sur une protection territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, tant que ces ententes au sein d'un groupe ne prévoient pas pour les distributeurs en dehors du groupe des comportements verrouillant les marchés (cf. ch. 9 pt 2 3^e phrase de la note explicative). Est, par exemple, couvert par le privilège de groupe la redirection par une société étrangère vers une société suisse appartenant au même groupe des commandes non sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finaux situés en Suisse (cf. ch. 9 pt 2 4^e phrase de la note explicative). Ainsi, les conventions passées entre des sociétés appartenant au même groupe, et sur lesquelles la mère exerce un contrôle effectif, ne sont pas soumises à la loi sur les cartels (privilège de groupe ; *Konzernprivileg*) dès lors que dites entités, en l'absence d'indépendance, constituent avec leur mère une seule entreprise (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 *Publigroupe* consid. 3.3 non publié dans l'ATF 139 I 72 ; arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 29 ; MARTENET/KILLIAS, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 2 LCart, p. 153-155 n° 30-35 ; NYDEGGER/NADIG, in : BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 175 ss n° 132).

En l'occurrence, il n'est pas contesté que, durant la période sous investigation, la recourante était détenue à [...] % par la société française Hachette Livre, si bien qu'elles ne formaient qu'une seule et même entreprise aux yeux de la loi sur les cartels.

Dans la décision 70/332/CEE de la Commission du 30 juin 1970 relative à la procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, IV/24055, Kodak, (JOCE L-147/24 du 7 juillet 1970 ; ci-après : décision Kodak), la Commission européenne a constaté que, indépendamment de savoir si elles émanaient de la société-mère ou de ses filiales, les conditions de vente du groupe Kodak interdisant les importations parallèles constituaient un accord au sens de l'art. 85 CEE dès lors qu'elles faisaient nécessairement l'objet d'un contrat entre les sociétés Kodak actives sur le Marché commun et leurs acheteurs. Il ressort de cette décision que l'utilisation de conditions de vente destinées aux tiers et visant les ventes passives sont des accords bien que leur utilisation découle d'une obligation interne au groupe. Le privilège de groupe n'immunise ainsi pas les accords en matière de concurrence liant une entité d'un groupe et un tiers, quand bien même l'illicéité du contrat est la conséquence du respect d'un engagement pris au sein du groupe. De même, dans l'arrêt de la CJCE du 24 octobre 1996 C-73/95 *Viho contre*

Commission, Rec. 1996 I 5457, la Cour de Justice a considéré que la répartition de différents marchés nationaux entre les filiales d'un groupe n'était pas contraire à l'art. 85 CEE, bien qu'elle puisse produire des effets à l'extérieur du groupe (cf. arrêt C-73/95 précité *Viho* points 16 ss). Il résulte de ces décisions que le privilège de groupe s'étend à toutes les relations internes au groupe, indépendamment de leurs effets externes mais ne couvre pas les accords en matière de concurrence conclus, en vertu d'une obligation interne, entre un tiers et une entité du groupe (cf. arrêt C-73/95 précité *Viho* point 16 ss ; décision 70/332 CEE précitée *Kodak* ; WHISH/BAILEY, op. cit., p. 97 ss). Il en va de même en droit suisse (cf. MARTENET/KILLIAS, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 2 LCart p. 154 n° 31, JÜRIG BORER, in : Wettbewerbsrecht Kommentar, vol. I, 3^e éd. 2011, art. 2 p. 35 n°11), dès lors que l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart n'est possible qu'entre deux entités indépendantes (cf. *supra* consid. 6.1).

6.2 Il découle de la décision *Kodak* que la Commission européenne a considéré que les conditions de vente litigieuses ne résultaient d'un accord ou d'une pratique concertée ni entre la société-mère et ses filiales ni entre les filiales elles-mêmes mais faisaient nécessairement l'objet d'un contrat entre les filiales et chacun de leurs acheteurs (cf. décision *Kodak* pt 13) ; la décision ne porte ainsi pas sur l'engagement interne en tant que tel mais sur l'utilisation des conditions de vente dans des contrats avec des tiers. Dite décision ne fait ainsi que délimiter l'étendue du privilège de groupe tel qu'il ressort de l'arrêt *Viho*. En concluant que le système de distribution de la recourante est soumis à la loi sur les cartels, l'autorité inférieure suggère que les relations internes ne sont pas couvertes par le privilège de groupe. Elle ne nie cependant pas, dans sa réponse au recours, que le contrat liant la recourante à Hachette Livre n'est pas soumis au droit de la concurrence en tant qu'accord. Elle affirme toutefois que celui-là fournit un élément de preuve pertinent concernant le système de distribution de la recourante. De plus, elle souligne que le contenu du contrat entre celle-ci et sa société-mère permet d'admettre l'application de la loi sur les cartels au système de distribution de la recourante, lequel repose indéniablement sur des accords en matière de concurrence avec des entreprises externes au groupe ne bénéficiant pas du privilège de groupe. Aussi, l'autorité inférieure ne remet pas en cause l'application du privilège de groupe aux relations internes mais fait valoir que celles-ci démontrent l'existence d'un système de distribution reposant sur des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Il convient ainsi de distinguer, dans le système de distribution de la recourante, les rapports contractuels couverts par le privilège de groupe de ceux qui ne le sont

pas et qui, dès lors, pourraient être qualifiés d'accords au sens de la loi sur les cartels.

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

6.3 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 dans l'ATF 138 I 367). 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 ss). 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 du 16 septembre 2016 *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, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 232 ss n° 36).

Il s'ensuit que l'existence d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart conclus entre la recourante, respectivement le groupe Hachette (sur les parties à un accord en matière de concurrence, cf. *supra* consid. 6.1), et des tiers doit être établie avec certitude, l'appréciation pouvant toutefois se faire sur la base d'indices.

6.4 Les relations contractuelles entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont peuvent être regroupées selon trois catégories :

- la première lie la recourante aux éditeurs Tiers-Diffulivre, lesquels lui ont confié la diffusion et/ou la distribution exclusive(s) de leurs catalogues pour la Suisse ;
- la deuxième lie la recourante et Hachette Livre à l'éditeur E.A._____, lequel leur a confié la diffusion-distribution exclusives de ses ouvrages pour la Suisse, selon une modalité de dépôt-vente ;
- la troisième lie la recourante à Hachette Livre, laquelle lui a confié la diffusion-distribution exclusives pour la Suisse des ouvrages des éditeurs Hachette et Tiers-Hachette, avec lesquels Hachette Livre a conclu des contrats de diffusion et de distribution.

6.4.1 En l'occurrence, il ressort en particulier des contrats incriminés passés avec les éditeurs Tiers-Diffulivre que ceux-ci ont d'une part, confié la diffusion et/ou la distribution exclusive(s) de leurs catalogues, sur le territoire suisse, à la recourante et, d'autre part, se sont engagés à ne pas procéder à "une distribution directe ou parallèle" ou à "ne pas vendre ou laisser vendre" lesdits ouvrages sur le territoire attribué (cf. *supra* let. A.c.a).

Quant à l'éditeur E.A._____, il ressort notamment du contrat passé avec la recourante et Hachette Livre que celui-là leur a confié la distribution exclusive de sa production sur le territoire suisse et s'est engagé d'une part, à faire "ses meilleurs efforts pour éviter le contournement d'un tel droit d'exclusivité à partir de pays limitrophes ou non" et, d'autre part, "à ne vendre sur le[dit] territoire [...] aucun [livre], objet de la convention, autrement qu'à l'unité, sans remise et ce, après la date de mise en vente fixée par le Distributeur. [...]" (cf. *supra* let. A.c.c).

En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante, respectivement le groupe Hachette, a été partie, durant la période considérée, à des conventions au sens de l'art. 1 ss CO, passées avec les partenaires commerciaux en amont précités, et ayant pour objet une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

6.4.2 S'agissant des éditeurs Tiers-Hachette – dont les contrats avec Hachette Livre ne figurent pas au dossier – il ressort du contrat Hachette-Diffulivre que la maison-mère a délégué à sa filiale suisse la diffusion-distribution exclusives sur le territoire national des ouvrages des éditeurs Tiers-Hachette dont la diffusion-distribution a été confiée à Hachette Livre (cf. *supra* let. A.c et A.c.b). En outre, la recourante bénéficiant de l'exclusivité de la diffusion-distribution desdits ouvrages pour la Suisse, les contrats passés avec les éditeurs Tiers-Hachette affectent nécessairement les canaux de distribution en Suisse.

Aussi, bien que les contrats litigieux ne soient pas contenus dans le dossier, il y a lieu d'admettre que le groupe Hachette a été partie, durant la période visée, à des conventions au sens de l'art. 1 ss CO, passées avec ses partenaires commerciaux en amont et ayant pour objet une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

6.4.3 Reste enfin à examiner les éditeurs Hachette ; il ressort du contrat Hachette-Diffulivre que la maison-mère a également confié à sa filiale suisse la diffusion-distribution exclusives sur le territoire suisse des ouvrages des éditeurs Hachette et s'est engagée auprès d'elle à "ne pas vendre" et à "ne pas laisser vendre" ceux-là sur le territoire attribué (cf. *supra* let. A.c et A.c.b).

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'engagement pris par Hachette Livre de "ne pas vendre" sur le territoire attribué de manière exclusive à sa filiale suisse constitue une obligation interne au groupe, visant uniquement les ventes opérées par d'autres entités du groupe. Entièrement couverte par le privilège de groupe, elle est dès lors soustraite à l'application de la loi sur les cartels.

Quant à l'engagement consistant à "ne pas laisser vendre", il ressort du dossier que dite obligation, contractée au sein du groupe Hachette, a eu des effets à l'extérieur de celui-ci. En effet, en réponse à un questionnaire de l'autorité inférieure du 31 octobre 2008 portant notamment sur le point de savoir si les libraires disposaient « d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire

des diffuseurs », la recourante a indiqué que le groupe Hachette approvisionnait régulièrement plusieurs grossistes situés hors de Suisse en livres francophones d'éditeurs lui ayant confié une exclusivité de diffusion-distribution, tels que, en France, N._____, C._____ et O._____ (acte 85 du dossier de la Comco [ci-après : acte]). De même, elle a produit les conditions générales de vente de Hachette Livre régissant les relations commerciales que celle-ci entretient avec notamment ses grossistes en France.

Ceci étant, il y a lieu d'admettre que Hachette Livre a passé des contrats avec des grossistes (externes au groupe) en France. L'engagement pris par celle-ci auprès de sa filiale suisse, consistant à "ne pas laisser vendre" sur le territoire attribué, ayant ainsi eu des effets hors groupe, dite clause, bien qu'interne au groupe, ne saurait être immunisée par le privilège de groupe.

Enfin, il convient d'admettre, à l'instar des contrats conclus avec les éditeurs Tiers-Hachette, qu'en tant que le contrat Hachette-Diffulivre accorde une exclusivité de diffusion-distribution pour la Suisse à la recourante, les contrats passés avec les grossistes affectent nécessairement les canaux de distribution en Suisse.

Il s'ensuit que le groupe Hachette a été partie, durant la période visée par l'enquête, à des conventions au sens de l'art. 1 ss CO passées avec des partenaires commerciaux indépendants et ayant pour objet une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

6.4.4 Sur le vu de tout ce qui précède, il y a lieu de retenir que la recourante, respectivement le groupe Hachette, a passé des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart avec les éditeurs Tiers-Diffulivre, E.A._____, Tiers-Hachette ainsi qu'avec des grossistes actifs en France. Un tel constat ne dit toutefois encore rien sur le caractère illicite ou non des accords, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart.

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

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

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

7.1 L'art. 5 al. 4 LCart, entré en vigueur le 1^{er} avril 2004 (cf. RO 2004 1385, 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. Schiesser BO 2003 E 329).

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

7.2 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 *Altimum* consid. 4.2.1).

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

Premièrement, 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 ; arrêt du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.2) – 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 ; 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. 1 let. b et 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).

7.4 En l'espèce, il ressort des contrats en cause que les éditeurs Tiers-Diffulivre et E.A. _____ ont confié la diffusion et/ou la distribution exclusive(s) de leurs catalogues sur le territoire suisse à la recourante (cf. *supra* let. A.c.a et let. A.c.c). 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. Il en va de même pour les éditeurs Tiers-Hachette qui ont confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages à Hachette Livre, lesquels sont diffusés-distribués en Suisse exclusivement par la recourante, en vertu du contrat Hachette-Diffulivre (cf. *supra* let. A.c et A.c.b).

Enfin, à supposer que Hachette Livre – compte tenu de son engagement vis-à-vis de sa filiale (cf. *supra* consid. 6.4.3) – ait interdit à ses partenaires de distribution indépendants actifs hors de Suisse de vendre les produits contractuels sur ce territoire, cela reviendrait, dans les faits, à admettre que la maison-mère se serait attribuée, de manière exclusive, le territoire de distribution suisse, territoire qu'elle aurait réservé à sa filiale, réalisant par là même les deux premières conditions d'application de la présomption.

Ceci étant, il reste à examiner si le régime d'exclusivité conféré entraîne l'interdiction en Suisse des ventes passives des ouvrages des éditeurs Tiers-Diffulivre, Hachette, Tiers-Hachette et E.A. _____. 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. 8) ou à des partenaires de distribution (cf. *infra* consid. 9).

8. Exclusion des ventes par les éditeurs

Les contrats passés entre les éditeurs Tiers-Diffulivre et la recourante – régis par le droit suisse – contiennent en particulier une obligation de "ne pas vendre" ou (jusqu'en 2007) de ne pas procéder à une "distribution directe ou parallèle" en Suisse, à charge de ceux-ci (cf. *supra* let. A.c.a).

Selon la recourante, l'art. 5 al. 4 LCart exige que l'interdiction des ventes passives soit imposée à un « autre fournisseur agréé », à savoir un partenaire de distribution de l'entité concédant l'exclusivité territoriale s'étant vu allouer un ou des territoires situés en dehors du territoire réservé et non à celle-là, peu importe à cet égard qu'elle soit un pur producteur ou également active, sur d'autres territoires, dans la distribution des produits contractuels. Selon l'autorité inférieure en revanche, l'engagement de ne pas procéder à des ventes passives dans les territoires attribués, lorsqu'il est pris par un producteur exerçant également une activité de distribution des produits contractuels sur d'autres territoires, tombe sous le coup de la loi. Seule serait dès lors licite, sous l'angle de l'art. 5 al. 4 LCart, une renonciation intégrale du producteur à l'activité de distribution, à savoir non seulement dans le territoire alloué mais également sur tous les autres territoires.

8.1 Aussi, il y a lieu d'examiner si de tels engagements tombent sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, étant précisé que, dans la configuration propre

aux contrats de distribution en cause, l'éditeur fait office de « producteur » des livres écoulés par le canal de la recourante.

8.1.1 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la 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).

8.1.2 Ainsi, il ressort des versions allemande et italienne de l'art. 5 al. 4 LCart que, par « fournisseurs agréés », il convient d'entendre « distributeurs » (*Vertriebspartner, distributori*). L'exclusion des ventes passives doit ainsi être imposée à d'« autres » distributeurs (*gebietsfremde Vertriebspartner, distributori esterni*), sous-entendu autres que le distributeur, partie au contrat de distribution en cause, s'étant vu allouer le territoire considéré. 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 ss 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 9/2011 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).

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

8.1.4 En définitive, le contrat de distribution 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, op. cit., 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.

8.1.5 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). Contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure, le fait que le producteur – soit, en l'occurrence, Hachette Livre – soit également actif dans la distribution des produits contractuels sur d'autres territoires est inopérant. Celui-ci peut en effet légitimement renoncer à toute vente directe sur le territoire réservé et ce, même s'il exerce une activité de distribution sur d'autres territoires (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité *Jovani* consid. 3.3.3.2 ; GIGER, op. cit., p. 574 ; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21). En effet, l'art. 5 al. 4 LCart vise les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché. A l'inverse, l'art. 5 al. 3 LCart vise ceux passés entre des entreprises effectivement ou potentiellement en concurrence. En cas de double distribution – lorsque le producteur est également actif dans la distribution de ses produits sur d'autres territoires – l'accord possède à la fois une composante verticale et horizontale (cf. KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 435 n° 541). Toutefois, seul l'art. 5 al. 4 LCart trouve application dans ce cas (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 557 ss n° 554 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 435 n° 541), le producteur agissant en tant qu'entreprise située en amont du distributeur (cf. ég. en droit européen, art. 2 ch. 4 let. a et b du règlement d'exemption par catégorie). La distinction est importante, dans la mesure où la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart vise tout accord de répartition des marchés. Or, tel n'est pas le cas de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

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

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

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

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

8.3

8.3.1 En l'occurrence, les éditeurs Tiers-Diffulivre se sont engagés auprès de la recourante à "ne pas vendre" ou à ne pas procéder à une "distribution directe ou parallèle" en Suisse, de sorte qu'ils ont renoncé à opérer des ventes directes – tant actives que passives – aux clients visés à l'art. 2 al. 1 du contrat en cause sur le territoire réservé (cf. *supra* let. A.c.a). Or, comme exposé ci-dessus, l'interdiction faite au producteur de livrer les consommateurs finaux dans les territoires attribués ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. Il en va de même de l'engagement pris par l'éditeur E.A. _____ (cf. art. 3 *supra* let. A.c.c).

8.3.2 Dans l'hypothèse où Hachette Livre, en exécution de la promesse faite à sa filiale de "ne pas laisser vendre" (cf. *supra* consid. 6.4.2, 6.4.3), aurait interdit aux éditeurs Tiers-Hachette d'opérer des ventes passives en Suisse, une telle restriction n'entrerait pas non plus dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, dès lors qu'elle serait également imposée à des producteurs.

9. Exclusion des ventes passives par les partenaires de distribution

Une exclusion des ventes passives par des distributeurs pourrait en revanche constituer une infraction à la loi sur les cartels.

9.1 La recourante fait valoir que l'existence d'une obligation contractuelle ou l'adoption de mesures envers les autres distributeurs susceptibles de

procéder à des ventes passives est une condition indépendante de l'art. 5 al. 4 LCart, qui doit être prouvée pour elle-même. La réalisation de la présomption impliquerait ainsi nécessairement la preuve de deux contrats au moins : un contrat entre le producteur et un distributeur, par lequel celui-là lui confie l'exclusivité pour la Suisse et un contrat entre ce même producteur et son distributeur hors de Suisse. Une fois la preuve de l'existence de ces deux accords apportée, seul ce dernier contrat, interdisant – de manière directe ou indirecte – au distributeur hors du territoire réservé d'opérer des ventes passives en Suisse, serait toutefois contraire au droit de la concurrence. Ainsi, l'art. 5 al. 4 LCart ne s'appliquerait pas déjà lorsqu'un producteur promettrait à son concessionnaire exclusif de "faire en sorte" que les ventes passives soient exclues sur son territoire ; il faudrait encore établir que cette promesse s'est traduite dans un comportement particulier du producteur. Or, il n'y aurait, en l'espèce, aucune preuve documentaire ni même aucune allégation de tiers, selon lesquelles l'engagement de "ne pas laisser vendre" aurait connu une matérialisation dans une obligation contractuelle ou une mesure imposée par un éditeur Tiers-Diffulivre à des intermédiaires actifs en dehors de Suisse en vue d'exclure les ventes passives ni même une quelconque invitation, expresse ou implicite, en ce sens. L'autorité inférieure n'a en l'espèce pas examiné le contenu des relations entre les éditeurs Tiers-Diffulivre et leurs fournisseurs agréés hors de Suisse. L'analyse d'une prémisse nécessaire à l'application de l'art. 5 al. 4 LCart fait donc entièrement défaut dans la décision entreprise.

Selon l'autorité inférieure, la condition d'application de l'art. 5 al. 4 LCart relevante à ce titre serait celle de l'exclusion des ventes passives par des distributeurs, dont la preuve serait en l'espèce apportée – en application du principe de la libre appréciation des preuves – par l'engagement de "ne pas laisser vendre" en Suisse, l'échange d'informations entre les diffuseurs-distributeurs suisses, le droit de retour accordé par la recourante aux revendeurs et les effets constatés sur le marché durant la période d'investigation. Ces éléments seraient ainsi aptes à prouver à suffisance de droit que le système de distribution de la recourante a exclu les ventes passives durant la période de référence. L'élément de preuve supplémentaire que constitueraient des clauses contractuelles formelles, prévoyant expressément une interdiction d'exportation, conclues par "les partenaires de distribution des diffuseurs-distributeurs avec d'autres entités susceptibles de donner suite à des demandes d'approvisionnement direct de la part de détaillants situés en Suisse" n'est pas requis. De telles clauses ne seraient en effet pas nécessaires

pour garantir le cloisonnement du territoire suisse, dans la mesure où les dispositions contractuelles prévues, parfois contenues dans des conditions générales standardisées, réglant notamment l'échange d'informations, permettraient de prendre les mesures nécessaires pour exclure les ventes passives.

9.2 L'autorité inférieure considère tout d'abord que la clause "ne pas laisser vendre", contenue dans les contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s) entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont – Hachette Livre et les éditeurs Tiers-Diffulivre –, tend à démontrer que le régime d'exclusivité de la recourante prévoyait l'exclusion des ventes passives. La recourante rétorque sur ce point qu'il est douteux qu'un tel engagement puisse être interprété comme une obligation qui serait prise par Hachette Livre de passer des contrats ou de prendre des mesures « à l'extérieur du groupe ». Selon elle, il s'agit d'une formule toute générale ; le contrat ne précise pas par qui cette obligation doit être au final respectée, si bien que dite formule pourrait viser exclusivement les filiales du groupe Hachette.

9.2.1 A titre liminaire, il convient, comme pour toute disposition contractuelle, de déterminer la volonté des parties. Le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention (cf. art. 18 al. 1 CO ; ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1, 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, 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, 128 III 419 consid. 2.2).

9.2.2 Ceci étant, il s'agirait à ce stade de rechercher en premier lieu ce que la recourante et ses partenaires contractuels en amont ont réellement voulu en stipulant que l'éditeur s'engageait à "ne pas laisser vendre" ses ouvrages sur le territoire national. Or, rien au dossier ne permet en l'espèce de déterminer, respectivement retracer, la réelle et commune intention de chacun des éditeurs et de la recourante. Bien plus, une telle "clause-type", reprise dans les contrats passés par la recourante, justifie de procéder à une interprétation objective de celle-là. Il s'agit ainsi de déterminer le sens que l'ensemble des éditeurs concernés et la recourante pouvaient et devaient, raisonnablement et de bonne foi, attribuer à la clause litigieuse.

9.2.3 La promesse de "ne pas vendre" vise les ventes directes opérées par l'entité concédante (cf. *supra* consid. 8.1.4). Il a été exposé ci-dessus que Hachette Livre et ses filiales formaient une seule entreprise au sens de la loi sur les cartels (cf. *supra* consid. 6.1). Aussi, l'obligation de "ne pas vendre" vise non seulement les ventes effectuées par Hachette Livre mais également celles opérées par ses filiales. Il s'ensuit que l'engagement distinct pris au surplus par l'éditeur de "ne pas laisser vendre" vise indéniablement à empêcher également les ventes par des tiers extérieurs au groupe Hachette, ce que les parties à l'accord ne pouvaient et ne devaient, raisonnablement et de bonne foi, ignorer. Il ne peut *a fortiori* en être autrement pour les contrats passés avec les éditeurs Tiers-Diffulivre dès lors que ceux-ci n'appartiennent pas à un groupe. Il en va par ailleurs également de même de l'engagement contracté par l'éditeur E.A. _____ tendant à faire "ses meilleurs efforts pour éviter le contournement [du] droit d'exclusivité à partir de pays limitrophes ou non".

9.2.4 De plus, en tant que les éditeurs Tiers-Diffulivre, E.A. _____ et Hachette Livre ont pris un tel engagement auprès de la recourante, il convient d'admettre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, que les producteurs ont effectivement mis en œuvre celui-là. Une telle promesse fait en effet naître une présomption de fait que dites entités concédantes ont passé des contrats ou pris des mesures afin d'empêcher leurs partenaires de distribution actifs sur d'autres territoires de livrer les produits contractuels en Suisse. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve

par indices". Elle peut être affaiblie par des éléments apportés par la partie recourante (cf. ATF 130 III 699 consid. 4.1 *in fine* et réf. cit. ; arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.2.2 et B-3618/2013 du 24 novembre 2016 *Starticket* consid. 333 ss), lesquels seront en l'espèce examinés ci-après (cf. *infra* consid. 9.8.2.).

9.2.5 S'agissant de Hachette Livre en particulier, il a été établi ci-dessus que celle-ci avait rédigé des conditions générales de vente à l'intention de ses partenaires de distribution français externes au groupe (cf. *supra* consid. 6.4.3).

9.2.5.1 L'autorité inférieure a, à cet égard, relevé que le système de distribution de la recourante avait reposé sur des conditions générales de vente, intégrées dans les relations du groupe Hachette avec des tiers. Bien que celles-là ne prévoyaient aucune restriction à l'exportation, une interdiction des ventes passives ne serait, de l'avis de l'autorité inférieure, pas pour autant exclue. En effet, elle indique que les conditions générales de vente de Hachette Livre ne régissent que dans les grandes lignes la coopération entre celle-ci et ses partenaires de distribution en France, lesquels peuvent être actifs du côté de l'offre, soit sur le marché *retail*, soit sur le marché *wholesale*. Les conditions générales prévoient à cet égard un contrôle pointu sur le niveau de marché concerné, notamment la nécessité d'une certification par un expert indépendant de la juste répartition des activités pour les entités exerçant tant sur le niveau *retail* que sur le niveau *wholesale*. Or, selon l'autorité inférieure, cette recherche d'informations permettrait de contrôler les flux et de déterminer la destination des livres. Les moyens d'information institués par les conditions générales de vente de Hachette Livre fourniraient ainsi la base contractuelle suffisante pour surveiller la distribution des partenaires commerciaux – les grossistes mais aussi les libraires en France qui souhaiteraient fonctionner comme grossistes par rapport à la Suisse – et, partant, permettre à Hachette Livre de prendre les mesures nécessaires pour mettre en échec les ventes passives. Par ailleurs, elle relève qu'une clause contractuelle convenue entre Interforum et son partenaire de distribution suisse, OLF, a mis en lumière que la recherche d'informations suffisait à elle seule à exclure les ventes passives. Dite clause a la teneur suivante (acte 516 p. 4) :

« 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" »

Enfin, l'autorité inférieure ajoute que le contrôle des flux doit être mis en relation non seulement avec les divers engagements contractuels pris par Hachette Livre à l'égard de la recourante de "ne pas laisser vendre" des livres en Suisse mais aussi avec les indications fournies par Payot, la Fnac suisse et B.A._____, en vertu desquelles un approvisionnement parallèle en France depuis la Suisse ne saurait passer inaperçu aux yeux d'un éditeur ou d'un diffuseur en France. Les conditions générales de vente de Hachette Livre prévoiraient ainsi des règles et des mesures permettant d'exclure les ventes passives.

9.2.5.2 La recourante relève que le contrôle dont il s'agit vise uniquement à déterminer le [...] accordées par Hachette Livre, dès lors que celui-ci diffère selon qu'il s'agisse d'un grossiste ou d'un détaillant. Il est dès lors impératif pour le groupe Hachette de pouvoir connaître la « casquette » sous laquelle tel ou tel opérateur actif à la fois comme grossiste et détaillant écoule tel ou tel volume d'ouvrages, ce que permet l'ouverture de comptes distincts prévue par les conditions générales de vente de Hachette Livre. Une telle mesure se limite toutefois à renseigner sur le statut de l'opérateur considéré et les volumes écoulés par lui, sans s'intéresser aux canaux par lesquels celui-ci revend les ouvrages et en particulier sans s'intéresser au territoire (français, suisse, belge, etc.) sur lequel ces ouvrages sont revendus. En l'absence d'informations sur la destination réelle de ses produits, il est exclu que les conditions générales permettent à Hachette Livre d'exercer une quelconque influence sur le comportement de ses partenaires de distribution au stade de la revente. Pour cette raison, il est impossible de considérer que ces conditions générales prévoiraient des "règles et des mesures permettant d'exclure les ventes passives". Du point de vue du partenaire de distribution, le comportement attendu (l'ouverture de comptes distincts et la fourniture d'informations sur les volumes écoulés en qualité de grossiste ou de détaillant qui y est liée) ne le contraint d'aucune façon dans ses activités de revente. Rien dans les conditions générales de

Hachette Livre n'indique que les intermédiaires français se verraient entraver de quelque manière par Hachette Livre dans leur faculté d'opérer des ventes – actives ou passives – sur le territoire suisse.

9.2.5.3 L'art. 2.2 des conditions générales de vente de Hachette Livre prévoit que : « Le Client qui exploite un point de vente et un site Internet ou qui opère à deux niveaux différents de la chaîne de distribution (par exemple à la fois grossiste et détaillant) doit ouvrir deux comptes distincts, afin de [...] applicable à l'une et l'autre des catégories. Ces clients ont pour obligation de faire certifier chaque année par un expert indépendant de leur choix la juste répartition de leur activité en fonction de chacun de ces statuts » (pièce recourante 13).

Il y a tout d'abord lieu de constater que la mesure prévue à l'art. 2.2 des conditions générales de vente de Hachette Livre ne figure pas au nombre des mesures aptes à exclure, de manière indirecte, les ventes passives (cf. *supra* consid. 7.3). 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 que ceux-là ont effectivement conduit à une exclusion des ventes passives, sont nécessaires (cf. Comco, DPC 2010/1, p. 65 *Gaba*, ch. 130 ss). Or, même si l'autorité inférieure prétend avoir recueilli de tels indices, il y a lieu de constater qu'en l'occurrence, la recherche d'informations ne porte pas sur l'existence ou non de ventes passives sur le territoire suisse. Il ne ressort en effet pas de la clause contractuelle en cause que dite mesure donnerait les moyens à Hachette Livre de déterminer le lieu de destination effectif de la marchandise. Les mesures d'information mises en place dans le contrat liant Interforum à OLF ne sont d'aucune aide pour le cas d'espèce, dès lors qu'elles portent sur la recherche d'un autre type de renseignements.

Les conditions générales de vente de Hachette Livre ne plaident dès lors ni en faveur ni en défaveur d'une exclusion des ventes passives par le système de distribution de la recourante.

9.2.6 Sur la base du contenu des contrats d'exclusivité passés avec la recourante, il y a lieu d'admettre qu'il existe un indice selon lequel les éditeurs Tiers-Diffulivre, E.A. _____ et Hachette Livre ont interdit les ventes passives par leurs partenaires de distribution indépendants actifs hors de Suisse.

9.3 Aussi, il y a lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer ou, à l'inverse, d'infirmer que les entités concédantes précitées ont, durant la période considérée, exclu – de manière directe ou indirecte – les ventes passives sur le territoire suisse par leurs partenaires de distribution indépendants actifs hors de Suisse.

9.3.1 A cet égard, l'autorité inférieure a relevé que de nombreux diffuseurs-distributeurs avaient 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). Elle y voit une contradiction avec l'affirmation des diffuseurs-distributeurs, selon laquelle les détaillants suisses ont toujours été en mesure de s'approvisionner où bon leur semblait. En effet, soit le régime d'exclusivité n'exclut pas les ventes passives et le droit de retour doit être agencé en conséquence pour éviter des comportements opportunistes, soit il exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque de tels comportements, puisque le diffuseur-distributeur 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 la recourante en particulier, l'autorité inférieure reconnaît que, si celle-ci disposait certes durant la période de référence de moyens logistiques lui permettant de gérer les flux en lien avec le droit de retour, elle était cependant également en mesure de déterminer avec précision les flux pour chacun de ses revendeurs et, le cas échéant, d'intervenir. Même si l'autorité inférieure ne retient toutefois pas, faute de preuves, que les outils de gestion mis en place par la recourante ont servi assurément à exclure les ventes passives, elle relève néanmoins que seul B.A. _____ a pu, en mettant en œuvre un système impliquant plusieurs librairies écran en France, procéder à des importations parallèles. Cet exemple démontrerait ainsi que, si un libraire suisse cherchait à s'approvisionner auprès d'un libraire situé en France, il aurait été aussitôt remarqué, y compris par la recourante.

Relevant que la gestion des retours vise à apprécier l'équilibre en flux aller et flux retour auprès d'un seul et même diffuseur en Suisse, la recourante indique que celle-là n'a aucun lien avec les importations parallèles opérées par des détaillants suisses, lesquelles concernent les relations entre ces détaillants et les opérateurs actifs à l'étranger. Les outils de gestion ne peuvent pas servir à mettre en œuvre une exclusion des ventes passives puisqu'ils se rapportent à un niveau de la chaîne de distribution situé en aval de l'entité qui bénéficie de l'exclusivité.

Dans ses écritures, la recourante a exposé disposer en particulier d'un logiciel lui permettant d'exercer un certain contrôle des retours par rapport aux flux "aller", plus précisément de détecter que les retours pour un titre déterminé n'excèdent pas les quantités facturées au revendeur ; ce logiciel permet également de déceler les titres retournés qui n'appartiendraient pas à son catalogue, qui seraient épuisés ou qui exceptionnellement ne bénéficieraient pas du droit de retour. En revanche, si l'un de ses clients suisses achète un ouvrage à l'étranger et le retourne auprès d'elle – sans tomber dans l'un des cas de figure précités – les moyens mis en place par la recourante sont incapables de détecter l'opération de vente (flux aller). Ceci étant, il y a lieu d'admettre que les outils de gestion des retours ainsi mis en place par la recourante peuvent – dans une certaine mesure – contrôler les flux des partenaires de distribution de son catalogue et, partant, donner à celle-ci une indication quant à l'existence d'éventuelles importations parallèles. Il s'agit dès lors d'une « mesure d'accompagnement » qui ne permet toutefois pas, à elle seule, d'établir une exclusion des ventes passives (cf. *supra* consid. 7.3) mais n'en reste pas moins un indice en faveur de l'existence de celle-ci.

9.3.2 L'autorité inférieure fournit encore un autre élément quant à la portée du régime d'exclusivité de la recourante, à savoir un passage d'un procès-verbal daté du 25 mai 2005 d'une réunion de l'assemblée professionnelle du domaine diffuseurs au sein de l'ASDEL du 11 mai 2005, à laquelle a assisté notamment la recourante. Son contenu est le suivant (acte 547f p. 4) :

"M. P. _____ [Servidis] a récemment rencontré M. K. _____ [Payot]. Ce dernier souhaite obtenir l'autorisation du distributeur concerné d'aller s'approvisionner en France lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai.

À la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document."

9.3.2.1 Se fondant sur les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs et de Payot à la fin de l'année 2012, l'autorité inférieure soutient qu'il ne fait aucun doute que l'objet de la discussion était en relation directe avec la possibilité d'effectuer des importations parallèles de manière généralisée. L'autorité inférieure considère en effet que, même si l'objet de la demande de K. _____ à P. _____ ne vise que les situations de rupture de stock, les diffuseurs-distributeurs perçoivent une telle démarche comme un danger pour leur système de distribution

respectif, raison pour laquelle dite demande, adressée bilatéralement à P._____, a été abordée au cours de l'assemblée des diffuseurs et a donné lieu à un tour de table. En d'autres termes, pour les diffuseurs-distributeurs, ouvrir la distribution en cas de rupture de stock revient à tolérer une exception qui pourrait avoir des conséquences non limitées à ces situations ; c'est dans ce sens que "personne n'est d'accord". Selon l'autorité inférieure, les diffuseurs-distributeurs se sont dès lors entretenus sur le danger des importations parallèles pour leur survie, ce qui a renforcé la capacité des systèmes de distribution respectifs à exclure toute vente passive. Elle relève encore que ceux-là ont communiqué mutuellement, à diverses reprises, sur les dangers de voir certains détaillants, en particulier les détaillants les plus importants, augmenter la pression sur les régimes d'exclusivité. Elle se réfère à cet égard à un autre procès-verbal d'une réunion de l'ASDEL du 12 mars 2007.

La recourante rétorque tout d'abord qu'il est impossible de se convaincre, à s'en tenir au texte de cet extrait, que la discussion entre les représentants des diffuseurs ait pu porter sur la possibilité que des détaillants suisses procèdent de façon généralisée à des importations parallèles en France. Si, par hypothèse, K._____ avait effectivement voulu s'approvisionner en France, elle relève ne pas voir pourquoi il aurait sollicité l'autorisation des diffuseurs-distributeurs suisses, ceux-ci n'ayant ni la compétence ni le pouvoir de l'aider à opérer des importations parallèles ou de l'en empêcher. Qui plus est, elle ne voit pas non plus pourquoi Payot aurait eu besoin de se livrer à des importations parallèles seulement "lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai". S'approvisionner en France aurait peut-être pu présenter certains avantages au niveau du prix pour Payot mais certainement pas au niveau des services et en tout cas pas des délais, lesquels auraient été encore plus longs qu'en cas d'importation par le canal du diffuseur-distributeur suisse. Une interprétation raisonnable conduit à penser que la requête de K._____ ne portait pas sur une hypothétique autorisation "d'aller s'approvisionner en France" mais sur la possibilité pour Payot de bénéficier, lorsque l'ouvrage n'est pas disponible dans les stocks du diffuseur-distributeur suisse, d'une livraison directe à la librairie, tout en profitant du canal d'approvisionnement et d'importation du distributeur. Il arrive en effet qu'une commande adressée au distributeur local ne puisse pas être honorée dans le délai usuel parce que le distributeur ne dispose pas de l'ouvrage désiré dans ses stocks. Pour satisfaire le libraire, le diffuseur-distributeur doit alors commander spécialement l'ouvrage auprès de l'éditeur. L'ouvrage ainsi commandé suit ensuite le canal d'approvisionnement classique : le passage de la marchandise au dépôt

du distributeur suisse est une étape jugée fondamentale par les acteurs de la distribution dans la mesure où elle permet de contrôler l'arrivée, avant réexpédition au libraire. Il est possible, et même hautement vraisemblable, que la requête de K._____ ait porté sur la possibilité que le distributeur suisse accepte que le transporteur en provenance de l'entrepôt de l'éditeur français livre la marchandise commandée non pas au dépôt du distributeur mais directement chez le libraire, ce qui selon K._____ aurait sans doute permis de raccourcir le délai de livraison en cas de commandes spécifiques d'ouvrages non disponibles en stock du diffuseur-distributeur. Il n'est cependant pas possible de procéder à de telles livraisons directes pour des raisons organisationnelles et logistiques, ce qui expliquerait pourquoi, à la faveur d'un tour de table, aucun des participants à l'assemblée du 11 mai 2005 n'a accepté de "signer un tel document". Contrairement à une importation parallèle, une livraison d'ouvrages (par le canal du distributeur local) directement à la librairie ne pouvait se faire qu'avec le concours des distributeurs locaux. Enfin, si tant est que sa demande ait effectivement porté sur des importations parallèles depuis la France, sans passer par les diffuseurs suisses, il ne s'agirait pas d'une demande générale d'opérer des importations parallèles, dès lors qu'elle se limiterait à celles sollicitées par Payot aux situations dans lesquelles "une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai" et aux ouvrages compris dans le catalogue des diffuseurs présents lors de la séance du 11 mai 2005.

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

Néanmoins, Q._____ (Diffulivre), qui n'a pas assisté à ladite assemblée, a déclaré avoir pris contact avec R._____ (Diffulivre), présent lors de celle-ci, afin d'obtenir des éclaircissements sur la teneur du passage litigieux du procès-verbal. Q._____ a ainsi indiqué que "cela était relativement flou dans sa tête". "Il ne se souvenait pas exactement de ce qu'il s'était passé [...]. Il m'a dit : oui effectivement nous avons eu un tour de table sur les importations parallèles mais nous ne sommes pas tombés d'accord" (acte 902 lignes 362 ss). Q._____ a

relevé à cet égard que "il n'y avait pas à tomber d'accord parce qu'ils ne pouvaient pas prendre la décision sur, autoriser ou refuser, les importations parallèles" (acte 902 lignes 366-367).

Entendu par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012 (acte 914), P._____ a admis qu'à la lecture de la proposition du secrétariat, il ne se souvenait plus du tout de cette affaire ; il a toutefois supposé que, si on le citait, c'est qu'il devait avoir tenu ces propos (lignes 435 ss). Ce nonobstant, il a indiqué avoir déclaré lors de dite assemblée que K._____ souhaitait pouvoir se servir en France pour les ouvrages en rupture de stock. Or, il considère que, si K._____ se servait en France pour une partie de la production, il pouvait très bien se servir en France pour l'intégralité de la production (lignes 451 ss), si bien que, dans ce cas, sa société n'existerait plus (lignes 454 ss). Il a ajouté que les diffuseurs n'avaient pas le pouvoir d'empêcher les "gens" de se servir en France (lignes 414 ss).

Interrogé le même jour sur ce point par l'autorité inférieure, K._____ (acte 913) a exposé que dite requête – également adressée à Diffulivre, Gallimard et Interforum – consistait à trouver avec les diffuseurs un "système parallèle" pour les titres en rupture de stock, "de manière à ramener le délai à quelque chose d'acceptable et raisonnable" (lignes 148 ss). Le délai de livraison, en général supérieur à deux semaines, était lié aux ruptures de charge entre le moment où le libraire commandait le livre et le moment où il le recevait. Les ruptures de charge étaient dues au fait qu'en général, le diffuseur suisse ne passait pas tous les jours une commande chez le distributeur français et qu'il n'allait pas non plus relever la marchandise tous les jours chez celui-ci (lignes 166 ss). La demande de K._____ tendait ainsi à obtenir un accord de principe quant à la mise en place d'un circuit visant à éviter ces ruptures de charge. Il déplore qu'aucun diffuseur n'ait pris en compte ses besoins (ligne 152).

Dans un courrier du 21 juin 2013 (pièce recourante 92) adressé à Hachette Livre dans le contexte de la renégociation de ses conditions commerciales, Payot est revenue sur la problématique des délais de livraison pour les livres en rupture de stock, en indiquant que "[...]".

9.3.2.3 Il y a tout d'abord lieu de relever que la valeur probante des déclarations reportées ci-dessus doit être relativisée en raison des sept années écoulées depuis les faits, les diffuseurs ayant eux-mêmes indiqué avoir de vagues souvenirs de cette affaire. La version donnée par

K._____, auteur de la requête en cause, a quant à elle été confirmée dans le courrier précité du 21 juin 2013. On peine toutefois à voir comment un approvisionnement par la France pourrait représenter une solution alternative lorsqu'une commande en Suisse "ne peut pas être honorée dans un certain délai". A cet égard, P._____ a indiqué lors de son audition qu'en cas de rupture de stock sur les titres importants, les ouvrages sont déjà commandés, si bien que le délai de livraison oscille entre un et trois jours. Pour les autres titres, le délai peut s'étendre de 10 à 15 jours (acte 914 lignes 446 ss).

De plus, il y a lieu de noter qu'au cours de son audition, P._____ a fait part de son inquiétude face à une ouverture de la distribution pour les titres en rupture de stock, craignant ainsi une généralisation de l'approvisionnement de Payot en France et a ajouté ne pas pouvoir l'empêcher de se servir en France (acte 914 ligne 451 ss). De même, Q._____ a rapporté que le tour de table avait porté sur les importations parallèles (acte 902 lignes 362 ss). Or, attendu que la tenue de tels propos ne sert les intérêts ni de Servidis ni de Diffulivre dans la procédure, il convient de reconnaître une certaine force probante à ces déclarations. En outre, comme l'a relevé l'autorité inférieure, un passage du procès-verbal de la réunion l'ASDEL du 12 mars 2007 indique que les diffuseurs-distributeurs ont abordé la question des importations parallèles : "Les diffuseurs ont appris que la Fnac Suisse avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir s'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les ponts et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la Fnac a toujours la possibilité de passer par la plate-forme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches et prendront au besoin des dispositions appropriées" (acte 547f p. 12). En définitive, il y a lieu d'admettre que la problématique des importations parallèles a, d'une manière ou d'une autre, été évoquée entre les diffuseurs-distributeurs lors de l'assemblée du 25 mai 2005, ce qui constitue également un indice en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives imposée par les partenaires contractuels en amont de la recourante.

9.3.3 Il ressort de ce qui précède que l'exercice du droit de retour ainsi que les discussions intervenues en 2005, auxquelles a participé la recourante, entre les diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL constituent des indices supplémentaires en faveur de l'existence d'une interdiction des ventes passives.

Toutefois, afin d'emporter la conviction du tribunal, il y a lieu de poursuivre l'analyse et de déterminer si les accords en cause ont, dans les faits, conduit à l'interdiction des ventes passives des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.4 Prise en compte des effets des accords

9.4.1 L'autorité inférieure soutient que les systèmes de distribution, 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 de l'enquête, tant au niveau du paramètre prix que d'autres paramètres, tels que le service et la qualité.

9.4.2 La recourante fait valoir en premier lieu que l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique qu'aux contrats de distribution ayant pour objet d'exclure les ventes passives sur le territoire attribué par d'autres fournisseurs agréés. La preuve qu'ils auraient entraîné des effets restrictifs à la concurrence n'est pas une condition suffisante à l'application de l'art. 5 al. 4 LCart ; ceux-ci ne s'examinent qu'au stade du renversement de la présomption. Ce qu'il importe d'établir, c'est que l'accord ait au moins "visé" une restriction à la concurrence. Aussi, il importe peu que des ventes passives aient effectivement eu lieu. La recourante soutient ensuite que

l'exclusivité dont elle bénéficie n'est pas la cause du niveau prétendument peu élevé des importations parallèles des ouvrages de son catalogue – tous éditeurs confondus – sur le marché suisse, si bien que son régime de distribution exclusive n'a pas entraîné la soi-disante restriction de concurrence que l'autorité inférieure voudrait bien lui imputer. Elle indique d'une part, que de nombreux détaillants présents sur le marché suisse privilégient un approvisionnement auprès des diffuseurs-distributeurs en Suisse non pas car des possibilités d'importations parallèles seraient inexistantes ou limitées par l'objet ou l'effet d'un système de distribution auquel les diffuseurs seraient parties mais pour d'autres raisons, telles que la qualité du service, les difficultés liées à l'importation, en particulier en termes de logistique, ou encore pour des motifs d'ordre éthique ou moral. D'autre part, il existe de nombreuses et diverses sources d'approvisionnement alternatives pour les détaillants, telles que les diffuseurs actifs sur le marché français, les grossistes français, les coursiers, les éditeurs et les entreprises présentes sur Internet, dont les différents détaillants ont fait usage pendant toute la période de référence. De nombreux libraires ont ainsi confirmé durant l'enquête qu'il était tout à fait possible – pour eux ou pour leurs concurrents – d'aller s'approvisionner à l'étranger. D'un point de vue économique, il peut en effet être intéressant pour un détaillant suisse de se fournir à l'étranger ; tout dépend de la qualité et de la diversité des prestations dont le détaillant suisse souhaite profiter. Pour les revendeurs actifs en Suisse qui n'ont pas tenté d'importations parallèles auprès de grossistes ou détaillants à l'étranger – dont Payot et la Fnac suisse –, la recourante considère que leurs expériences ne peuvent nullement renseigner l'autorité inférieure sur une prétendue exclusion des ventes passives qui aurait été imposée par Hachette Livre ou un éditeur Tiers-Diffulivre. Quant aux détaillants suisses, cités par l'autorité inférieure, qui auraient tenté en vain des importations parallèles, la recourante relève qu'aucun ne reconnaît avoir passé la moindre commande auprès d'un partenaire de distribution de Hachette Livre en dehors de Suisse ou auprès d'un grossiste ou détaillant à l'étranger qui se trouve en relation contractuelle avec un éditeur Tiers-Diffulivre et, partant, encore moins n'indique s'être heurté à un refus de la part d'un tel intermédiaire.

9.4.3 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace. S'agissant des contrats de distribution attribuant des territoires, la concurrence efficace est présumée supprimée lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. Il ressort du texte même de l'art. 5 al. 4 LCart que la réalisation de la présomption suppose l'existence d'un accord qui interdise les ventes passives

(cf. arrêt du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2 ; PETER REINERT, in : Stämplis 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 (cf. consid. 6.3), la procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves. Partant, les effets constatés, durant la période sous investigation, sur le marché pertinent, en particulier le défaut d'importations parallèles significatives des ouvrages diffusés-distribués par la recourante, peuvent néanmoins constituer un indice en faveur d'une exclusion des ventes passives et, à ce titre, être pris en considération déjà au stade de l'établissement de la présomption. Ceux-là ne suffisent toutefois pas à eux seuls à entraîner l'application de 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. 7.2) – 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 (ex-art. 81 TCE), 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 du 23 septembre 2014 *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.

9.5 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 – dont la recourante – 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 du 17 décembre 2015 *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-distributeur 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 ayant répondu à ces questions, seuls ceux ayant déclaré (dans le cadre du questionnaire du 9 décembre 2008) s'approvisionner en livres francophones notamment auprès de Diffulivre sont pris en compte dans l'examen ci-après. Ainsi, sur les 55 libraires considérés, 35 ont répondu : "Non, jamais". 64% des revendeurs visés n'ont ainsi pas tenté d'importations 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 du 9 décembre 2008 – de savoir s'il existait d'autres solutions d'approvisionnement en livres écrits en français, sans passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeur 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 la recourante, 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 d'autres 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.

9.5.1 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 tables de conversion établies, par chaque diffuseur suisse, à partir du prix d'origine en euros. Si elles ne sont pas identiques, ces tables 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'a également relevé Payot au cours de son audition (cf. *infra* consid. 9.6.2). La recourante reconnaît également qu'un différentiel de prix *wholesale* entre la Suisse et la France a existé durant la période en cause, en raison notamment des effets de taille des deux marchés. Elle a par ailleurs produit une expertise économique privée à l'appui de son recours, de laquelle il ressort que, sur la période 2005-2011, l'écart entre les prix *wholesale* en France et en Suisse pour les ouvrages de son catalogue était en moyenne de [plus de 10]% (hors TVA). 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. 9.6.3). Ces tentatives d'importations parallèles démontrent par la même occasion que, durant la période de l'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'achat 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 librairies 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.

Or, en l'occurrence, selon l'expertise privée produite par la recourante, il existait un différentiel de prix moyen de [plus de 10] % entre les marchés *wholesale* suisse et français durant la période de l'enquête, ce qui atteste qu'il y avait des possibilités d'arbitrage suffisantes pour Payot et la Fnac

suisse s'agissant des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.5.2 Reste à examiner ce qu'il en est 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-là 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. 9.6.3) – 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 marchandise dans des conditions [...] normales".

Enfin, il convient encore de relever que les librairies de taille moyenne peuvent néanmoins 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.

9.5.3 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 ainsi 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 distribués par la recourante en Suisse.

9.6 Existence d'importations parallèles

Cela étant, il convient d'examiner si des importations parallèles ont été entreprises durant la période considérée (cf. *infra* consid. 9.6.1-9.6.5), respectivement si elles auraient pu l'être (cf. *infra* consid. 9.7.1-9.7.7).

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 Diffulivre. 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 diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse. Peu importe que les détaillants se soient approvisionnés ou aient tenté de le faire auprès d'un éditeur (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.

9.6.1 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 diffuseurs-distributeurs 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 indiqué s'approvisionner notamment à l'étranger auprès d'un "autre partenaire commercial", à savoir les librairies C._____ (cf. *infra* consid. 9.6.2), 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.

9.6.2 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. 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. La recourante relève, s'agissant des autres intermédiaires à l'étranger, qu'il est impossible de suivre Payot lorsqu'elle cherche à convaincre l'autorité de sa thèse du "faux-nez". Payot admet elle-même qu'elle ne procède à aucun achat caché par le biais d'un intermédiaire en France. Elle ne cite en particulier aucun nom d'intermédiaire qui lui aurait indiqué craindre de révéler son identité à ses éditeurs et au groupe Hachette singulièrement.

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. 9.5.1), Payot n'a, sauf rares exceptions en cas de ruptures de stock (cf. *supra* consid. 9.6.1), 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.

9.6.3 L'autorité inférieure a également entendu U._____ le 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 partageaient 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). U._____ a encore indiqué avoir déposé une demande le 10 novembre 2012 pour ouvrir un compte notamment auprès de Hachette Livre en France.

Le 17 janvier 2013, B.A._____ a fait parvenir à l'autorité inférieure une note complémentaire à son procès-verbal du 26 novembre 2012 dans laquelle notamment il confirme entretenir des relations normalisées avec la recourante dès lors qu'il bénéficie avec elle de conditions acceptables lui accordant une marge de fonctionnement de [...] % (acte 838 p. 5).

Selon l'autorité inférieure, l'expérience de B.A._____, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs, dont la recourante, 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).

La recourante fait valoir que les prétendues discriminations subies par B.B._____ reposent sur les seules affirmations de U._____ et ne sont pas documentées. Par ailleurs, il n'est pas prouvé qu'elles étaient liées aux activités de B.B._____ en Suisse ; elles pourraient tout aussi bien reposer sur des motifs objectifs d'ordre commercial ou tenant à l'exécution des obligations contractuelles entre les parties. Elles remonteraient en outre aux années 90, si bien qu'elles sont inaptes à établir une exclusion des ventes passives durant la période visée par l'enquête. Enfin, pour un groupe intégré comme le groupe Hachette, une discrimination qui (par hypothèse) aurait été opérée par Hachette Livre à l'initiative de sa filiale suisse constituerait tout au plus une modalité de l'engagement "ne pas vendre", lequel relève indubitablement du privilège de groupe. En tout état de cause, la recourante conteste avoir formulé de telles demandes. Se fondant ensuite sur le courrier du 17 janvier 2013 de U._____ à l'autorité inférieure, la recourante relève que celui-ci a indiqué que les [...] librairies qu'il a acquises sont "[...] devenues ses fournisseurs au même titre que les [...] grossistes français" (acte 838 p. 4). Comme autre source d'approvisionnement en France, U._____ explique qu'il a "monté un réseau de coursiers sur Paris" et avoir "rentabilisé ce réseau de courses, pour nous-mêmes mais parce qu'il y a des librairies [en France] [...] pour qui on fait ce service" (acte 886 ou 911 p. 14). Selon la recourante, U._____ confirmerait ainsi que, pendant la période de référence et aujourd'hui encore, les approvisionnements ont non seulement été possibles en France mais effectivement opérés par sa société B.A._____ et ce, aussi bien auprès de détaillants (les [...] librairies qui forment son réseau) que de coursiers à Paris et, surtout, de grossistes implantés sur le territoire français. Elle indique au surplus être, avec sa maison-mère, les seuls acteurs de la diffusion-distribution à échapper aux griefs et reproches tenus par U._____.

La recourante relève enfin que les craintes de B.A._____, quant à de prétendues discriminations remontant aux années 90 qui auraient pu se

reproduire entre 2005 et 2011 et des mesures de rétorsion de prix qui auraient pu vraisemblablement avoir lieu durant cette période, ne sont ni légitimes ni fondées. En effet, durant la période de référence, U. _____ avait connaissance des approvisionnements opérés par D.AO. _____ en France. B.A. _____ a contacté le groupe Hachette sans indiquer avoir craint de s'exposer à des mesures de rétorsion particulières. U. _____ connaissait parfaitement le cadre normatif dans lequel se mouvait la fixation des taux de remise pour les librairies pendant toute la période de référence. Il est impensable qu'il ait pu raisonnablement imaginer un seul instant avoir à subir, arbitrairement, des réductions de ses taux de remise pour le cas où il dévoilerait le nom des membres du réseau B.B. _____. Même si le groupe Hachette avait réduit pendant dite période le niveau des remises concédées aux membres du réseau B.B. _____ en raison de leurs livraisons à destination de B.A. _____, il ne s'agirait pas encore d'une mesure pouvant être assimilée à une exclusion, même indirecte, des ventes passives au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Enfin, la recourante ajoute que, si B.A. _____ n'a pas déposé de demande d'ouverture de compte en France auprès du groupe Hachette plus tôt, c'est qu'elle bénéficiait de conditions "correctes" de sa part, suffisamment du moins pour ne pas s'embarrasser d'une ouverture de compte en France, avec les défis, en termes logistiques, que cela peut représenter.

Le fait que B.A. _____ n'ait déposé une demande d'ouverture de compte auprès de Hachette Livre qu'en novembre 2012 laisse à penser que ce n'était pas possible durant la période visée par l'enquête. La réponse apportée sur ce point par la recourante ne convainc pas. Comme le relève l'autorité inférieure, ce ne sont en effet pas les conditions commerciales optimales ayant cours sur le marché qui ont poussé B.A. _____ à monter une opération d'importation impliquant des intermédiaires en France à l'identité tenue secrète.

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. 9.6.2). Il ressort ainsi du dossier que seul un système complexe et secret a permis de contourner les canaux traditionnels de la distribution en Suisse, les mesures de rétorsion prisent 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.

9.6.4 Enfin, la recourante a indiqué que, lors de l'audition du diffuseur-distributeur Albert le Grand, celui-ci avait produit plusieurs documents prouvant que des importations parallèles via un distributeur français étaient possibles. Or, d'une part, lesdits documents se réfèrent à une commande postérieure à la période visée par l'enquête et, d'autre part, les éditeurs concernés par cette commande, à savoir E.B. _____ et E.C. _____, ne sont pas diffusés-distribués en Suisse par la recourante mais exclusivement par Albert le Grand.

9.6.5 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. A noter enfin qu'il ne ressort pas du dossier que les exemples d'importations parallèles réussies cités par la recourante, à savoir D.AA. _____, D.AB. _____, la franchise [...], D.AC. _____ et D.AD. _____, concernent des détaillants s'approvisionnant en Suisse auprès de Diffulivre.

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

9.7 Possibilités d'importations parallèles

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

9.7.1 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. _____ a ainsi indiqué : "Une librairie indépendante peut très bien commander ses livres directement

en France, personne ne peut l'en empêcher" (acte 257) ; la librairie D.AE._____ a relevé : "Bien sûr, il existe d'autres biais pour se procurer les livres de langue française mais nous ne passons pas par ces moyens" (acte 274).

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 la recourante en Suisse.

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.

9.7.2 La recourante a produit un document daté du 30 janvier 2015 publié par Payot, relevant que les déclarations contenues dans celui-ci confirmaient que, de l'aveu même du président-directeur général de Payot SA, il était toujours demeuré possible pour ce libraire de s'approvisionner en livres francophones directement depuis l'étranger, en particulier depuis la France. Le niveau prétendument peu élevé des importations parallèles s'expliquait ainsi par d'autres considérations, liées

notamment à la qualité des services fournis par les diffuseurs-distributeurs suisses, Payot rappelant au demeurant que son choix délibéré de ne pas aller s'approvisionner en France obéissait, entre autres raisons, à des considérations d'ordres éthique et moral.

Il y a lieu de relever que ce document, intitulé "Le prix des livres en 5 questions/réponses", indique, en réponse à la question "Pourquoi ne nous approvisionnons-nous pas directement en France ?" ce qui suit – reprenant ainsi presque mot pour mot les termes d'une communication similaire de Payot publiée le 12 août 2011, soit durant la période de l'enquête – : "Les diffuseurs sont majoritairement des filiales des groupes français d'édition. Nous ne pouvons ouvrir de comptes en France sans leur accord et sans la garantie de pouvoir bénéficier du niveau de services dont nous avons besoin pour vous satisfaire. Par ailleurs, même si un groupe comme Payot pourrait envisager d'organiser ses flux de marchandises depuis la France, ce ne serait pas le cas pour les libraires indépendants. Mais si Payot s'approvisionnait en direct, cela déstabiliserait fortement le marché et aurait des conséquences néfastes sur le réseau des libraires indépendants". Or, même s'il ressort de dite déclaration que Payot ne se fournirait pas nécessairement à l'étranger si elle en avait la possibilité, celle-ci indique expressément qu'elle ne peut ouvrir de comptes en France sans l'accord des diffuseurs suisses. Le fait que la recourante ait envoyé un courrier à Payot contestant les "contrevérités" contenues dans dite publication n'y change rien. Il y a encore lieu de rappeler que Payot a indiqué lors de son audition qu'il aurait été difficile de faire usage du compte ouvert auprès de Hachette Livre (cf. *supra* consid. 9.6.2).

9.7.3 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. 9.6.1).

9.7.4 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, et contrairement à ce que considère la recourante, 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, dont Diffulivre, 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 tables. 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 des librairies D.B._____ (acte 108), D.V._____ (acte 123), D.W._____ (acte 131) et D.J._____ (acte 144).

Selon la recourante, ces détaillants n'indiquent pas s'être heurtés à un refus de la part d'un grossiste ou d'un détaillant actif en dehors de Suisse et, singulièrement, d'un partenaire de distribution de Hachette Livre ou d'un éditeur Tiers-Diffulivre ; aucun nom ni aucune expérience concrète ne sont mentionnés. Or, la recourante perd de vue que ces détaillants sont des acheteurs se fournissant tous notamment auprès d'elle.

23 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. Rejetant une telle conclusion, qu'elle qualifie d'insoutenable, la recourante prétend que c'est en raison des difficultés et des inconvénients à s'approvisionner à l'étranger que les détaillants se fournissent auprès des diffuseurs-distributeurs suisses lorsque le titre est disponible en Suisse et non car des importations parallèles ne seraient pas possibles.

Même si l'on ne peut exclure que certains revendeurs aient voulu relever par là qu'ils préféreraient 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 librairie 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).

9.7.5 De même, dans le cadre du questionnaire du 31 octobre 2008 envoyé aux 13 diffuseurs 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).

Selon la recourante, les déclarations de OLF – qui occupe un échelon du marché identique au sien – sont inaptes à renseigner sur l'existence et le contenu de l'accord vertical puisqu'elle est un tiers à cet accord. Celle-là n'ayant pas fait l'expérience d'un refus en qualité de détaillant, ses déclarations seraient, au mieux, des accusations portées par ouï-dire ; au pire, elles découleraient d'une simple perception. Partant, elles sont dénuées de valeur probante dans le contexte d'une démonstration visant à appliquer la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart à son système de distribution. En outre, elle soutient que les propos tenus en 2008 ne sont pas fiables, dès lors que OLF a indiqué, lors de son audition du 10

décembre 2012 devant l'autorité inférieure, qu'une grande partie des livres écoulés par les diffuseurs (singulièrement Interforum) ne transitaient pas par son infrastructure mais cheminaient directement de l'éditeur français au détaillant. De surcroît, même à supposer qu'on puisse accorder une valeur probante à la réponse donnée au questionnaire de 2008, celle-ci serait inopérante pour corroborer l'existence d'une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, dès lors que W._____ indique qu'il n'est pas possible, selon lui, de s'approvisionner auprès des "éditeurs français" ; un refus de livrer de la part du producteur échappe en effet à la présomption. Quoi qu'il en soit, les propos de W._____ ne concerneraient pas la recourante, dès lors que Hachette Livre n'aurait pas refusé d'ouvrir un compte en France à un détaillant suisse qui lui en aurait fait la demande, à savoir Payot.

L'autorité inférieure relève que c'est sans surprise que W._____, qui, en 2008, a répondu à un questionnaire sans l'aide d'un avocat, est revenu en 2012 sur les propos qui incrimaient ses partenaires commerciaux. Elle a ajouté que la réponse au questionnaire de 2008 jouissait d'une force probante indéniable dès lors qu'elle avait été donnée par écrit et au bénéfice d'un délai ; elle corroborait au surplus les déclarations des détaillants. Ceci étant, se fondant sur les propos tenus initialement par W._____, l'autorité inférieure considère que les notions de "marché gris" et de "confidentialité" indiquent qu'il n'était pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français disposant d'une antenne commerciale en Suisse. Dès lors que la recourante s'avère précisément être une telle antenne – à l'instar de OLF – l'autorité inférieure considère qu'un détaillant suisse n'avait pas d'autre choix que de s'adresser à la recourante pour obtenir les livres du catalogue diffusé et/ou distribué en Suisse par celle-ci.

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 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 (acte 52) adressé à D.AO._____ (également cliente de Diffulivre), celle-ci a indiqué s'approvisionner en livres francophones auprès des éditeurs ou diffuseurs en France "marginale, notamment pour des ouvrages non distribués en Suisse", ce qui ne correspond pas aux allégations avancées par OLF lors de son audition. 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 déferée. 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, comme semble le penser la recourante.

9.7.6 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. 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).

Pour la recourante, si la Fnac suisse a "estimé" qu'un approvisionnement depuis la France n'était pour elle pas possible en relation avec les ouvrages compris dans son catalogue, elle a commis une erreur d'appréciation. Au demeurant, le fait que, dès l'été 2012, la Fnac suisse a librement décidé de basculer – de manière unilatérale – ses approvisionnements sur sa plate-forme logistique en France confirme *a posteriori* qu'une organisation de ses livraisons depuis la France a toujours été techniquement, commercialement et juridiquement possible pour elle. La possibilité, dont la Fnac suisse a toujours disposé, de s'approvisionner en France est également confirmée par une lettre du 11 mai 2007 (acte 784), adressée à Diffulivre, dans laquelle elle indique "le maintien de [son] approvisionnement en livres d'édition française à travers les canaux mis à disposition par les diffuseurs suisses". Cette confirmation venait ponctuer des négociations entre la Fnac suisse et Diffulivre ayant permis au détaillant d'obtenir de meilleures conditions commerciales.

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. 9.5.1), pas tenté de se servir en France durant la période considérée – hormis une fois avec succès (cf. *supra* consid. 9.6.1) – 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. 9.7.4) 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. 9.3.1). Quant au courrier cité, rien ne permet d'en déduire que la Fnac suisse avait effectivement la possibilité de s'approvisionner en France. 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.

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.

9.7.7 Il ressort de ce qui précède que, même si la plupart des revendeurs interrogés n'ont pas tenté de s'approvisionner à l'étranger – 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. 11.3.1.1, 11.3.1.2). De même, 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. 9.7.5) et rejoint également les expériences vécues par les trois revendeurs ayant tenté en vain d'opérer des importations parallèles (cf. *supra* consid. 9.6.1).

9.7.8 Nonobstant les expériences des détaillants relatées ci-dessus, la recourante conteste qu'il n'était pas possible d'entreprendre des importations parallèles durant la période concernée par l'enquête. Selon elle, la preuve de l'existence d'un canal d'approvisionnement alternatif est apportée par les remises toujours plus importantes accordées par les diffuseurs-distributeurs suisses aux détaillants avec possibilités d'arbitrage ; la possibilité de se fournir en France aurait ainsi exercé une pression disciplinante sur les prix *wholesale* suisses.

S'appuyant sur l'expertise privée précitée produite à l'appui de son recours (cf. *supra* consid. 9.5.1), la recourante relève qu'une analyse des données de ses ventes sur la période 2005-2011 montre qu'il existait une large hétérogénéité des remises consenties aux revendeurs et que c'est pour les grandes librairies – pour lesquelles la menace d'approvisionnement en France était crédible – que l'écart de prix *wholesale* entre la Suisse et la France était le plus faible. Les taux de remise octroyés par la recourante ont ainsi constamment augmenté depuis 2005 et ont été particulièrement élevés pour la Fnac suisse (environ [...] % pour les remises de base, c'est-à-dire sans surremises, à fin août 2012), Payot (environ [...] %), Migros (environ [...] %) et Manor (environ [...] %), lesquels détaillants détenant plus de [...] % de parts sur le marché déterminant. Aussi, si Payot, qui disposait depuis 2000 d'un compte auprès de Hachette Livre, a renoncé en 2013, contrairement à ce qu'elle avait annoncé dans la presse en 2011, à se fournir en France pour le catalogue de Diffulivre, ce n'est que parce qu'elle a obtenu une nouvelle augmentation de son taux de remise. Le niveau particulièrement élevé de ces remises a ainsi corrigé les effets de l'appréciation du franc suisse par rapport à l'euro et neutralisé la majoration liée à l'utilisation de

la tabelle, sans pour autant supprimer le potentiel d'arbitrage par le prix. Sur la période s'étendant de 2005 à 2011, l'écart entre les prix de gros suisses et français a ainsi varié entre [...] et [...]%, avec une moyenne pour son catalogue de [plus de 10]% sur l'ensemble de la période. La recourante ajoute que ce différentiel de prix, ayant subsisté durant la période de l'enquête entre les marchés *wholesale* suisse et français, s'explique par les différences de coûts de diffusion et de distribution entre les deux pays, liées aux effets de taille des deux marchés.

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 moyen de [plus de 10]% sur le catalogue de la recourante entre les marchés *wholesale* suisse et français (cf. *supra* consid. 9.5.1). 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. 9.6.2, 9.7.6), 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 tables. Ce faisant, la concurrence entre Payot, la Fnac suisse 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. 9.6.3), 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, de [plus de 10]% en moyenne, relevé par la recourante entre les marchés *wholesale* suisse et français durant la période de l'enquête aurait, selon toute vraisemblance, été réduit si Payot et la Fnac suisse avaient pu s'approvisionner en France. Des remises plus importantes et égales à l'ensemble des détaillants ou une baisse de ses tabelles auraient été entreprises par la recourante dans le but de réduire au maximum, voire de supprimer, les possibilités d'arbitrage par le prix de ceux-ci et pas uniquement pour compenser l'évolution du taux de change. 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 la recourante aurait pu et dû fortement réduire, voire supprimer, 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 parallèles de livres écrits en français diffusés-distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles entre les années 2005 et 2011.

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

9.8.1 Il résulte des réponses aux questionnaires de 2007, 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 entreprises via un système de librairies écran à l'identité gardée secrète – partant, à l'insu des entités actives au niveau *wholesale* à l'étranger – ou par l'intermédiaire d'un « faux-nez » laisse fortement à penser que les importations parallèles étaient interdites durant la période de l'enquête.

Même si 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 d'un partenaire de distribution indépendant des éditeurs Tiers-Diffulivre, Tiers-Hachette, E.A. _____ ou Hachette Livre, actifs hors de Suisse, il y a toutefois lieu de relever – dès lors que le tribunal retient, sur la base des déclarations faites par des revendeurs se fournissant tous auprès de Diffulivre, que des importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de référence – que les ventes par les partenaires de distribution indépendants actifs hors de Suisse des éditeurs Tiers-Diffulivre, Tiers-Hachette, E.A. _____ et Hachette Livre étaient, partant, également refusées.

Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations de livres écrits en français – dont ceux formant le catalogue de la recourante – 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.

9.8.2 Reprochant à l'autorité inférieure et à son secrétariat de ne pas avoir cité le moindre exemple de grossiste ou de détaillant qui aurait refusé de livrer un revendeur suisse ni même d'avoir pris la peine de demander à des grossistes ou à des détaillants actifs à l'étranger (et singulièrement à des distributeurs bénéficiant d'une exclusivité territoriale) si, pendant la période visée par l'enquête, ils s'étaient vu interdire, sur la base d'un contrat ou d'une autre manière, d'opérer des ventes passives sur le territoire suisse, la recourante a produit, à l'appui de son recours, trois attestations (pièce recourante 91), datées du 1^{er} juillet 2013, de grossistes français bénéficiant d'un compte ouvert auprès de Hachette Livre, à savoir la Y. _____ (depuis 2007), Z. _____ (depuis 2010) et AA. _____ (depuis 1997), lesquelles seraient, selon elle, la preuve

directe que des ventes passives ont été possibles pendant toute la période de référence. Dites attestations ont toutes la teneur suivante :

« Nous confirmons par ailleurs que, depuis la Date d'ouverture du compte [auprès de Hachette Livre], nous ne sommes parties, directement ou indirectement, à aucun accord avec Hachette Livre ou une quelconque autre entité du groupe Hachette, qui exclurait ou limiterait de quelque façon notre faculté de livrer des ouvrages, commandés auprès de Hachette Livre ou d'une entité externe au groupe Hachette, à des personnes (revendeurs ou grossistes) ayant leur siège ou leur activité en Suisse, ou de répondre à une commande spontanée qui serait passée par de telles personnes.

Nous confirmons en outre que, depuis la Date d'ouverture du compte, nous n'avons fait l'objet, directement ou indirectement, d'aucune mesure, incitations ou pression de quelque nature de la part de Hachette Livre ou d'une autre entité du groupe Hachette ayant pour objet ou effet de nous empêcher ou nous dissuader de livrer en Suisse ou de répondre à une commande spontanée provenant de la Suisse, comme indiqué plus haut ».

L'autorité inférieure relève que les mesures prévues par la recourante et les effets constatés sur le marché sont aptes à prouver à suffisance de droit que son système de distribution a exclu les ventes passives. Les documents fournis par des partenaires contractuels produits à sa demande n'y changent rien. Les attestations en cause, qui prouveraient selon la recourante que les ventes passives n'ont jamais été exclues sur le territoire suisse, ont en effet été produites non seulement après la décision querellée – alors que la proposition du secrétariat a examiné la question de l'exclusion des ventes passives – mais encore par des partenaires commerciaux qui sont en relation contractuelle avec la recourante. Il est naturel que les entreprises qui ont répondu à la sollicitation de la recourante ne veuillent pas nuire à leur partenaire contractuel, dont ils dépendent pour mener leur activité primaire, soit la distribution en tant que grossiste pour la France.

Rétorquant que la tentative de l'autorité inférieure de minimiser la portée et la valeur probante des attestations qu'elle a produites est inadmissible, la recourante fait remarquer que les grossistes ayant produit lesdites attestations ne sont pas en relation contractuelle avec elle mais avec Hachette Livre qui, bien que formant une unité économique avec elle, n'en constitue pas moins une entité juridique distincte. Ensuite, la recourante rappelle que l'argument tiré des conditions générales de vente de Hachette Livre a été invoqué par l'autorité inférieure et son secrétariat,

pour la première fois, dans la décision attaquée, si bien qu'elle n'a pas cherché à attendre le stade du recours pour produire les attestations des grossistes français confirmant que ces conditions générales ne les restreignaient pas dans leur capacité à répondre à des commandes de détaillants provenant de Suisse.

De même, la recourante a produit dans son recours trois attestations, datées de juillet 2013, émanant d'une part, des éditeurs E.D. _____ (pièce recourante 93) et E.E. _____ (pièce recourante 93^{bis}), deux éditeurs Tiers-Diffulivre dont elle diffuse et distribue le catalogue en Suisse depuis 2004 pour le premier et 2006 pour le second et, d'autre part, de l'éditeur E.A. _____ (pièce recourante 93^{ter}), depuis 1995. Leur teneur est la suivante :

« Nous sommes en mesure de vous indiquer que nous ne sommes parties, directement ou indirectement, à aucun accord avec une entité quelconque en dehors de Suisse qui aurait pour objet de limiter ou d'exclure les livraisons par cette entité de titres de notre catalogue à des personnes ou entités ayant leur siège ou leur activité en Suisse ou d'interdire de répondre à une commande spontanée qui serait passée par de telles personnes ou entités.

Nous confirmons en outre que nous n'exerçons, directement ou indirectement, aucune incitation ou pression de quelque nature ayant pour objet ou effet d'empêcher ou de dissuader une entité hors de Suisse de livrer des titres de notre catalogue en Suisse ou de répondre à une commande spontanée provenant de Suisse, comme indiqué plus haut. »

Il convient tout d'abord d'observer que les attestations précitées émanant des éditeurs Tiers-Diffulivre et de l'éditeur E.A. _____ ne se rapportent pas expressément à la période de l'enquête. Ensuite, ces attestations – qui n'ont au demeurant pas été rédigées par les éditeurs eux-mêmes dès lors que leur teneur est identique – constituent de simples allégations, en outre signées par des sociétés n'étant pas soumises aux juridictions suisses. Dites déclarations n'ont pas une valeur probante équivalente notamment aux éventuels contrats passés entre les éditeurs et leurs partenaires de distribution indépendants actifs hors de Suisse.

Il s'ensuit que les attestations produites par la recourante ne permettent pas, à elles seules, de démontrer que celle-ci, respectivement le groupe Hachette, n'aurait pas imposé à ses partenaires commerciaux indépendants actifs hors de Suisse des mesures visant à empêcher les ventes passives vers la Suisse.

9.9 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. 7.3).

En l'occurrence, l'autorité inférieure n'a pas produit de contrats qui auraient été passés entre Hachette Livre, les éditeurs Tiers-Diffulivre, Tiers-Hachette ou E.A._____ et leurs partenaires de distribution indépendants actifs hors de Suisse portant interdiction de vendre et de laisser vendre en Suisse. Elle n'a pas davantage fourni 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 suisse.

Néanmoins, comme exposé plus haut, l'engagement, pris auprès de la recourante par Hachette Livre et les éditeurs Tiers-Diffulivre de "ne pas laisser vendre" les produits contractuels en Suisse, est présumé avoir été mis en œuvre en pratique par la conclusion de contrats excluant les ventes passives sur le territoire suisse ou par la mise en place par les entités concédantes de mesures en ce sens. Il en va de même de l'engagement contracté par l'éditeur E.A._____ (cf. *supra* consid. 9.2.4). Les éléments fournis par la recourante n'affaiblissent en l'occurrence pas suffisamment dite présomption. Il ressort des réponses apportées aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 par des détaillants se fournissant en Suisse tous auprès de la recourante et des déclarations faites par A._____, B.A._____, Payot et la Fnac suisse que les importations parallèles, singulièrement d'ouvrages formant le catalogue de la recourante, 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 le relève 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, les outils de gestion des retours mis en place par la recourante permettent, dans une certaine mesure, de contrôler les flux des

partenaires de distribution de son catalogue actifs à l'étranger. Comme déjà dit, ils ne constituent pas une mesure susceptible d'entraîner une exclusion des ventes passives mais soutiennent une telle mesure (cf. *supra* consid. 9.3.1), ce qui parle également en faveur de l'existence d'une interdiction (indirecte) des ventes passives. Celle-ci est encore appuyée par le fait que les diffuseurs-distributeurs ont abordé la problématique des importations parallèles au cours de la réunion du 25 mai 2005 de l'ASDEL, à laquelle la recourante a pris part.

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. 6.3), 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 prémisse à la base de la présomption est ainsi réalisée, si bien qu'il y a lieu de retenir que la recourante, respectivement le groupe Hachette, a passé des accords verticaux en matière de concurrence au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart cloisonnant la distribution des ouvrages des éditeurs Hachette, Tiers-Hachette, Tiers-Diffulivre et E.A._____ sur le territoire suisse entre les années 2005 et 2011.

9.10 Sur le vu de tout ce qui précède – à savoir l'engagement pris par les éditeurs auprès de la recourante de "ne pas laisser vendre" les produits contractuels sur le territoire suisse, l'exercice du droit de retour par la recourante, les propos tenus lors de réunions de l'ASDEL ainsi que 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 la recourante, respectivement le groupe Hachette, et les éditeurs Tiers-Diffulivre, E.A._____, Tiers-Hachette et les grossistes français ont exclu les ventes passives en Suisse par d'autres fournisseurs agréés au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

10. Renversement de la présomption

10.1 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace pour des accords – qualifiés de "durs" – passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui sont, de l'avis du législateur, parmi les plus dommageables pour la concurrence (cf. arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 8 en

relation avec 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 visés, interdisant aux partenaires contractuels en amont du groupe Hachette de « laisser vendre » en Suisse ainsi qu'aux autres entités actives au niveau *wholesale* à l'étranger de répondre à des commandes non sollicitées émanant du territoire suisse, sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

10.2 La présomption contenue à l'art. 5 al. 4 LCart est réfragable. La loi sur les cartels ne précise cependant pas à quelles conditions celle-là peut être renversée. Selon la jurisprudence, le renversement de la présomption exige la preuve qu'une concurrence subsiste sur le marché de référence nonobstant l'accord en matière de concurrence (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 561 ; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 8.3.2 ; arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9 ; Comco, DPC 2009/2 143, *Sécateurs et cisailles*, ch. 39 ; BORER, op. cit., art. 5 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 *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*).

10.3 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. 6.3), 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 *Implenia* 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, à laquelle sont soumis les accords litigieux, peut en l'espèce être renversée.

10.4 Selon la recourante, l'existence d'une concurrence sur le plan intramarque suffisante ne serait pas un élément pertinent ; l'accent devrait être mis sur la protection de la concurrence sur le plan intermarques. Les accords verticaux de protection territoriale ne pourraient en effet, selon le courant économique majoritaire, être anticoncurrentiels que si au moins une des entreprises participantes dispose d'un pouvoir de marché important ou si la concurrence sur le plan intermarques est faible.

Après l'adoption de l'art. 5 al. 4 LCart, une controverse a éclaté pour déterminer si seule la preuve d'une concurrence sur le plan intramarque permettait de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace ou si la preuve d'une concurrence sur le plan intermarques le permettait également. Selon une partie de la doctrine, seule la concurrence sur le plan intramarque joue un rôle lors du renversement de la présomption (cf. ZÄCH, Kartellrecht, p. 229 ss, n° 476 ss ; KRAUSKOPF/SCHALLER, in : BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 440 ss n° 582 ss ; ROLF H. WEBER/PRISKA ZEIER, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, in : ZWeR 2005 p. 190 ; REINERT, Handkommentar, op. cit., art. 5 LCart, n° 39), pour le motif que les accords verticaux de protection territoriale notamment portent sur des produits déterminés, en règle générale substituables par d'autres produits. Aussi, même en cas de suppression de la concurrence au sein d'une marque déterminée, un renversement de la présomption légale par la concurrence sur le plan intermarques serait toujours possible. D'autres auteurs défendent la position contraire et admettent que la preuve de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques peut renverser la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. notamment VENTURI/VONLANTHEN,

op. cit., p. 141 ss n° 55 ss ; ADRIEN ALBERINI, Droit des accords verticaux : de l'enfance à l'adolescence, in : SJ 2010 II 123, p. 130 ss ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, n° 526 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 78 ss n° 30 ss ; GION GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, p. 868 ss). Ceux-ci soutiennent en particulier que la limitation de l'analyse à la concurrence sur le plan intramarque est en contradiction avec le principe économique, selon lequel les accords verticaux peuvent (mais ne doivent pas forcément) produire des effets anticoncurrentiels uniquement si les entreprises participantes disposent d'un pouvoir de marché important ou si la concurrence sur le plan intermarques n'est pas suffisante (cf. arrêt du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.4 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 578 ss n° 646 ss).

Dite controverse peut demeurer indécise en l'espèce (cf. *infra* consid. 15).

11. Délimitation du marché de référence

11.1 Afin de déterminer l'intensité de la concurrence, il est avant tout nécessaire de délimiter le marché de référence du point de vue matériel, géographique et temporel (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1 ; Comco, DPC 2014/4 670, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, ch. 59 ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in : DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018 [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. 6.3, voir également ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4).

11.2 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 du 18 décembre 2018 *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 *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 KELLEZI, 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).

11.3 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).

La recourante conteste qu'il ne soit pas possible d'inclure le commerce électronique du livre imprimé du côté de l'offre au niveau *retail*, comme au niveau *wholesale*. Du point de vue du commerce de détail, elle fait valoir, exemples à l'appui, que les sites de vente en ligne, tels que Amazon, étaient, durant la période visée, en concurrence avec les revendeurs suisses de livres francophones. Quant au marché de gros, elle soutient que de nombreux détaillants interrogés durant l'enquête ont confirmé qu'ils avaient recours à Internet comme source d'approvisionnement alternative, si bien que les entreprises actives sur Internet devraient également être considérées comme partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre *wholesale*.

11.3.1 Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que 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) ; la recourante ne le conteste pas. Pour le surplus, il n'y a pas lieu de tenir compte des différentes catégories de détaillants en tant qu'il ne ressort pas du dossier qu'une différence de traitement soit opérée par les diffuseurs-distributeurs. Au contraire, les accords examinés par l'autorité inférieure sont indépendants du type de détaillants (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.

11.3.1.1 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._____ qui 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

certaines détaillants l'ont été dans des circonstances particulières et de manière ponctuelle. La recourante ne saurait dès lors en conclure que les entreprises actives sur Internet constitueraient une alternative d'approvisionnement valable. Partant, les entreprises actives sur Internet ne sont pas des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre *wholesale*. L'éventuelle concurrence au niveau *retail* occasionnée par le commerce électronique du livre imprimé et ses conséquences sur le marché *wholesale* seront néanmoins analysées plus avant (cf. *infra* consid. 14.4).

11.3.1.2 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. 9.6.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché *retail*, par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant (cf. *infra* consid. 14.4).

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 vente développée en Suisse (cf. *supra* consid. 9.6.3).

11.3.1.3 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* ; la recourante n'a d'ailleurs pas remis en cause sur le fond cette distinction.

Il s'ensuit que les consommateurs ne peuvent être considérés comme des partenaires potentiels de l'échange. Les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché *retail* et la demande des consommateurs finaux seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse (cf. *infra* consid. 14.3).

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

11.3.2 Il y a maintenant lieu de délimiter les produits ou services substituables entre les différents partenaires potentiels de l'échange, en tenant compte d'abord de la substituabilité du point de vue de la demande. A cet égard, il s'agit de prendre en compte les produits ou services alternatifs existants (cf. CLERC/KELLEZI, 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. 13.4 ; cf. CLERC/KËLLEZI, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 n° 67 ; ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, op. cit., p. 163).

11.3.2.1 La notion de livre écrit en français représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision entreprise. Il s'agit tout d'abord des livres écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français ; la recourante ne le conteste pas. Reste à examiner si, comme le prétendent certains diffuseurs-distributeurs, il y a lieu de considérer les livres numériques comme faisant partie des produits substituables au niveau de la demande et de l'offre et s'il y a lieu d'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 perçu 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 investissement conséquent ; la recourante ne développe d'ailleurs aucun argument spécifique sur ce point. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché *wholesale* durant la période de l'enquête. Quant à l'influence des livres numériques sur le marché *retail*, l'autorité inférieure se fonde sur plusieurs études, notamment sur l'expertise Gugler. Selon une étude du cabinet Kearney, datant de 2012, les ventes de livres numériques ne représenteraient que 0.5% des ventes totales de livres en France – seuls 0.2% des français étant équipés en matériel pour lire des livres numériques – pour un catalogue de 60'000 titres (ch. 473 décision attaquée). 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 taux 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*.

11.3.2.2 Certains diffuseurs-distributeurs ont affirmé qu'il est nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux principales catégories de livres, chaque catégorie de livres répondant à un besoin spécifique des consommateurs. Cette catégorisation serait également importante pour déterminer les possibilités de substitution des ouvrages.

Il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'enquête portent sur l'ensemble des catalogues diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, sans opérer de distinction entre les différentes catégories de livres. Ainsi, du côté de la demande, les détaillants doivent concevoir une offre variée et être en mesure de proposer un assortiment de livres aussi complet que possible, dans tous les domaines que ce soit directement dans leurs rayons ou 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 ; la recourante ne le prétend d'ailleurs pas. Ainsi, il appert qu'il n'est pas nécessaire – au stade de la définition du marché de référence – d'entreprendre une distinction entre les différentes catégories de livres proposées par la recourante 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. 13 ss).

11.3.3 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le marché de produits est celui de la vente de livres neufs écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français au niveau *wholesale* – soit le marché de la distribution – en tant qu'il s'agit du marché affecté par 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. 14.2, 14.3).

11.4 Le marché géographique comprend le territoire dans lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou les services qui composent le marché de produits (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.1 ; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 9.6.1 ; arrêts 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/KELLEZI, 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. 14.4). La recourante, quant à elle, ne formule aucun grief sur la délimitation du marché géographique entreprise par l'autorité inférieure.

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

11.5 Le marché temporel comprend la période au cours de laquelle les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits et dans la zone géographique qui 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.

11.6 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la décision attaquée expose de manière circonstanciée le fonctionnement du marché du livre,

en particulier sa dimension matérielle. L'autorité inférieure, se fondant sur des études, a motivé avec soin les raisons justifiant d'exclure du marché de référence notamment les livres numériques et le commerce électronique de livres imprimés. De même, elle a examiné le fonctionnement du marché *wholesale* et *retail*. Pour le surplus, la recourante ne remet en question ni la dimension géographique retenue par l'autorité inférieure ni l'absence de pertinence de la dimension temporelle.

Toutefois, il y a lieu d'exclure les librairies françaises des partenaires potentiels de l'échange, celles-ci ne constituant pas une alternative d'approvisionnement crédible. Pour le surplus, rien ne s'oppose à la délimitation du marché de référence entreprise 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.

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

12. Concurrence sur le plan intramarque

Ceci étant, il convient d'examiner si, nonobstant les accords de protection territoriale absolue en cause, il subsistait, durant la période considérée, une concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence.

12.1 L'autorité inférieure a relevé que la forte différenciation des titres édités rendait non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, au niveau *wholesale* ou *retail*, ne choisirait pas un livre en fonction d'une marque correspondant au nom de l'éditeur ; il acquerrait 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 demeuraient en l'espèce identiques.

La recourante soutient que la concurrence sur le plan intramarque par le prix était vive sur le marché *wholesale* durant la période de référence. Le potentiel d'arbitrage par le prix ainsi que les nombreux canaux d'approvisionnement alternatifs ont permis aux revendeurs de grande taille, représentant plus de [...] % du marché pertinent, d'user de manière crédible de la menace d'aller s'approvisionner à l'étranger, exerçant de ce fait une pression sur la politique en matière de prix de gros des diffuseurs-distributeurs suisses. La concurrence sur le plan intramarque

induite par le comportement desdits revendeurs a été si intense qu'elle a débouché sur des niveaux de remise extraordinairement élevés, bien supérieurs à ceux que l'on retrouve sur le marché français (cf. sur ce point *supra* consid. 9.7.8). De même, la recourante considère que, pour apprécier l'existence d'une concurrence sur le plan intramarque dans le contexte de l'examen – sous l'angle de l'art. 5 al. 4 LCart – d'une exclusivité conférée sur une base nationale, il convient aussi de se placer sur le terrain de la concurrence que se livrent les détaillants en relation avec les ouvrages compris dans son catalogue.

12.2 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, et contrairement à l'opinion de la recourante, 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). La possibilité d'entreprendre des importations parallèles n'est en effet plus examinée dans le cadre du renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, dès lors qu'il a été établi, lors de l'examen des conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, que les ventes par des fournisseurs agréés étrangers étaient exclues sur le territoire national (cf. *supra* consid. 9.10). Une concurrence sur le plan intramarque intensive peut néanmoins exister sur le marché suisse, indépendamment d'éventuelles importations parallèles (cf. arrêt du TAF 506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2 ; décisions de la Comco, DPC 2010/1 p. 65, *Gaba*, ch. 207 ss et DPC 2012/3, p. 540, *BMW*, ch. 215 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss n° 660 ss). 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).

12.3 Le point de départ de l’analyse de la concurrence sur le plan intramarque consiste en la définition de la marque. Il ressort de la décision attaquée que l’ensemble des accords analysés reposent sur un régime d’exclusivité (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 à 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.

12.4 Il a été retenu plus haut que le marché de référence était circonscrit au marché *wholesale* (cf. *supra* consid. 11.3.1.4), si bien que l’examen de la concurrence sur les plans intramarque et intermarques doit nécessairement intervenir sur celui-là, à l’exclusion du marché *retail*. De même, 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. 9.5.3). Ce nonobstant, seules quelques importations parallèles ont été entreprises auprès des fournisseurs agréés au sens de l’art. 5 al. 4 LCart (cf. *supra* consid. 8.1.3) 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. 9.6.1, 9.6.3). Dites importations sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix du catalogue de Diffulivre, 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. 9.7.8). En outre, Diffulivre étant le diffuseur et/ou distributeur exclusif(s) sur le territoire suisse du catalogue des éditeurs Hachette, Tiers-Hachette, Tiers-Diffulivre et E.A. _____, 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 la recourante, respectivement le groupe Hachette, a été partie n'ont pas permis que, sur le marché pertinent et durant la période visée, subsiste une concurrence sur le plan intramarque.

13. 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).

13.1 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).

De l'avis de la recourante, le fait qu'un détaillant ne peut pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs ne signifie pas que ceux-ci ne se livrent pas une vive concurrence entre eux. Loin d'empêcher l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques, le fait que les livres constituent des produits différenciés, combiné au fait que le marché se caractérise par un nombre extraordinairement élevé de références, poussent les diffuseurs à rivaliser de qualité dans leurs services de diffusion dans le but d'augmenter leur volume de vente respectif écoulés auprès des détaillants. En présence de produits différenciés, la demande repose en effet sur plusieurs facteurs qui, contrairement aux biens homogènes, ne se limitent pas au prix du produit mais s'étendent à la qualité du service en général, à l'information sur les spécificités du produit, à l'éventail du stock de produits à disposition ou encore aux conditions d'obtention du produit s'il n'est pas en rayons. Les diffuseurs-distributeurs se livrent ainsi une concurrence sur le plan intermarques vive au niveau *wholesale* par l'assortiment et l'offre de produits proposés, les services de commercialisation qu'ils fournissent, la taille, le nombre et la compétence de leurs équipes de diffusion, ainsi que par les promotions particulières accordées en faveur des détaillants. Ils rivalisent également entre eux au niveau du droit de retour et des modalités de livraison.

13.2 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 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 (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 d'aller acheter ses livres auprès d'un autre diffuseur 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 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 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, par la qualité de leurs informations et conseils, 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.

13.3 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. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 292 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 584 ss n° 673). 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 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).

13.3.1 La recourante a relevé que, selon les constatations de l'autorité inférieure, elle détenait sur le marché de référence, durant la période concernée, une part de marché de [...]%, si bien que l'exclusivité dont elle bénéficie n'était pas en mesure de supprimer toute concurrence sur le marché pertinent. Ensuite, les remises, conséquentes et hétérogènes, accordées aux revendeurs durant la période de l'enquête s'expliqueraient, outre par le poids important de ceux-ci, par la possibilité

qui existait en pratique pour les détaillants de substituer à l'offre de Diffulivre l'offre de diffuseurs concurrents, ce qui attesterait dès lors de l'existence d'une très forte concurrence sur le plan intermarques entre les diffuseurs. La concurrence par le prix à laquelle se livrent les diffuseurs se manifesterait également par les modalités de paiement accordées aux détaillants et les avantages financiers proposés à ceux-ci (surremises liées au chiffre d'affaires ou aux promotions réalisées en faveur des diffuseurs). De même, le système des offices, à savoir l'envoi automatique de tout nouveau titre d'une collection ou d'un genre donné, représente un autre facteur de concurrence très important lorsqu'il s'agit de faire connaître les titres aux détaillants. Les éditeurs/diffuseurs cherchent également à rivaliser entre eux en sortant des nouveautés à un rythme considérablement plus élevé que leurs concurrents et en occupant une grande partie du temps des libraires, notamment par les visites de leurs représentants.

13.3.2 S'agissant tout d'abord de la part de marché de la recourante, il ressort du dossier que celle-là s'élevait à [...] % en 2009, à [...] % en 2010, puis à [...] % en 2011, si bien qu'elle n'a varié que de 2 % en trois ans, ce qui ne plaide pas en faveur de l'existence d'une concurrence vive entre les diffuseurs-distributeurs 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.

13.3.3 Quant à la concurrence sur les prix au niveau intermarques, il sied de relever que, sur le marché *wholesale*, le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la tablette pour chaque titre. Ainsi, il a été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse à un questionnaire du secrétariat daté du 12 juillet 2007 (acte 21), bénéficiant 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 tabelles de prix ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse ; les diffuseurs-distributeurs n'ont cependant pas réagi 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 tabelles à la baisse considérable de l'euro depuis plus d'un an" ; "De toute évidence, votre stratégie financière et commerciale, sous couvert « d'appliquer des conditions commerciales concurrentielles sur le marché suisse », ne tient aucun compte des appels répétés de vos principaux clients [...]. Nous vous répétons ici que seule une baisse progressive et générale de vos tabelles répondrait à nos préoccupations les plus urgentes".

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.

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

Payot a indiqué, en réponse à la question de savoir selon quels critères elle choisissait les livres qu'elle proposait à sa clientèle (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, un détaillant doit proposer dans sa librairie l'offre la plus large et la plus diversifiée possible. L'intérêt commercial du libraire est prépondérant dans le choix des titres.

13.3.5 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.

13.4 Il convient dès lors d'examiner si, durant la période concernée, il subsistait une concurrence potentielle au niveau intermarques sur le marché de référence. Tel est le cas lorsque le producteur et ses concurrents craignent de nouvelles entrées sur le marché (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).

La recourante a en substance exposé dans son recours qu'une concurrence sur le plan intermarques potentielle importante existait sur le marché *wholesale* durant la période visée dès lors que les barrières à

l'entrée y étaient peu élevées. Ainsi, il était possible pour un nouvel acteur de faire une entrée sur celui-ci, que ce soit un nouveau diffuseur-distributeur décidant de se mettre à diffuser et/ou distribuer des catalogues d'éditeurs encore non-représentés en Suisse romande ; un éditeur déjà présent sur le marché romand mais décidant, à l'expiration des accords d'exclusivité en place, de s'auto-diffuser ; ou une entreprise nouvellement créée se voyant accorder une exclusivité de diffusion et/ou de distribution pour la Suisse, à l'expiration ou lors du renouvellement des accords d'exclusivité entre l'éditeur concerné et le diffuseur-distributeur actuel ; ou encore de nouveaux grossistes ou grossistes-distributeurs ou encore diffuseurs en France.

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-distributeurs suisses (cf. *supra* consid. 13.2). 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.

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

14. Pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange

Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, il ne subsisterait 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 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*.

14.1

14.1.1 Selon la recourante, les éditeurs seraient en mesure d'exercer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs suisses dès lors qu'ils n'hésiteraient pas à changer de partenaire contractuel lorsque les résultats escomptés ne sont pas atteints. Les éditeurs ont en effet un intérêt direct à ce que leurs diffuseurs soient performants sur le marché *wholesale*. Ceci générerait par conséquent une concurrence intense entre les diffuseurs pour obtenir les mandats de diffuser-distribuer les ouvrages. La recourante relève à cet égard que, durant la période de référence, ce ne sont pas moins de [...] éditeurs qui ont, soit décidé de confier à la recourante le soin de diffuser leurs catalogues, soit qui ont pris la décision de confier cette tâche à un diffuseur-distributeur concurrent ou de s'auto-diffuser.

14.1.2 L'autorité inférieure rétorque ne pas voir comment une concurrence présente sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution pourrait générer une pression disciplinante sur l'offre du marché *wholesale* de la vente de livres. En effet, sur les marchés des services de diffusion et des services de distribution, les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs ; leur intérêt est d'obtenir une diffusion ou une distribution qui leur convient mais pas de péjorer les profits qui pourraient être générés par les revenus des ventes aux détaillants puis aux consommateurs finaux. De plus, il est inapproprié de voir, dans le fait que des éditeurs – au demeurant essentiellement des éditeurs au volume restreint, les éditeurs principaux ayant intégré la distribution à leurs activités – auraient changé de diffuseur-distributeur pour la Suisse, une pression concurrentielle sur les possibilités d'approvisionnement des détaillants. Peut-être ont-ils considéré que le coût d'une telle promotion commerciale était superflu ou ont-ils décidé de se faire diffuser à moindre coût par un autre diffuseur-distributeur en Suisse.

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

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

14.2

14.2.1 Selon la recourante, la pression concurrentielle émanant des détaillants de grande taille, principalement de la Fnac suisse et de Payot, aurait également discipliné le comportement des diffuseurs-distributeurs suisses. La recourante illustre en effet que ceux-là auraient menacé ceux-ci d'aller s'approvisionner à l'étranger pour le cas où ils ne donneraient pas suite à leurs demandes d'augmentation des taux de remise. Le niveau et l'évolution des remises consenties, notamment à la Fnac suisse et Payot, en réaction à l'appréciation du franc suisse par rapport à l'euro, durant la période considérée, seraient la preuve que les détaillants auraient disposé d'une capacité disciplinante sur le comportement des diffuseurs-distributeurs (cf. sur ce point *supra* consid. 9.7.8). De même, les libraires indépendants disposeraient d'un levier important, à savoir le comité du domaine Libraires de l'ASDEL. La recourante cite à cet égard un courrier daté du 1^{er} février 2011, dans lequel l'ASDEL exigeait d'elle une baisse progressive et générale de ses tabelles, en l'avisant qu'elle mettrait en place des mesures de rétorsion commerciales progressives mais vigoureuses. Aussi, le fait qu'elle ait, dès le 21 mars 2011, amorcé une baisse générale et continue de ses tabelles ne serait pas le fruit du hasard.

14.2.2 L'autorité inférieure conteste tout d'abord que les détaillants aient été en mesure de mettre en concurrence les diffuseurs-distributeurs suisses avec d'autres fournisseurs durant la période de référence, ceci en raison du cloisonnement du territoire national. Ensuite, 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 les diffuseurs-distributeurs n'ont pas été contraints par les détaillants. S'agissant de la recourante en particulier, l'autorité inférieure considère que les remises qu'elle a accordées n'ont en aucun cas remplacé une politique à long terme d'ajustement de ses tabelles à la baisse considérable de l'euro. L'autorité inférieure relève ensuite que, même en se concertant et en prenant une mesure collective, les libraires indépendants, représentant environ 30% de la demande *wholesale*, ont constaté que la recourante était "resté[e] sourd[e] à [leur] message". L'autorité inférieure rappelle également les discussions intervenues entre les diffuseurs-distributeurs lors de l'assemblée de mai 2005 au sein de l'ASDEL (cf. *supra* consid. 9.3.2). Celles-ci auraient permis à chaque diffuseur de connaître la stratégie de ses concurrents, ce qui aurait réduit les possibilités de négociations des détaillants. L'autorité inférieure répète enfin que les détaillants suisses ne peuvent pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, ce qui fragilise d'autant plus leur situation et les empêche de discipliner les diffuseurs-distributeurs.

14.2.3 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-distributeurs aient parlé entre eux de sa demande de s'approvisionner directement en France, le fait que ce genre d'information ait circulé ayant réduit d'autant ses possibilités de 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 parts de marché importantes de certains détaillants, ni la FNAC suisse ni Payot n'ont réussi à exercer une pression disciplinante suffisante sur les diffuseurs-distributeurs durant la période sous enquête. En effet, les détaillants, même de grande taille, n'ont pas pu menacer le système de distribution des diffuseurs-distributeurs. Ainsi, les propos tenus par Diffulivre, Servidis et Transat doivent être relativisés. En effet, 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 liée à la requête des librairies réunies au sein de l'ASDEL, l'extension de l'enquête du secrétariat – et, partant, la perspective d'une sanction – n'est pas étrangère à la baisse générale des tabelles des diffuseurs-distributeurs 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 la recourante durant la période concernée.

14.3 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.

14.3.1 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 (tablettes, étiquetage, taux de suivi, etc.) auraient eu un effet limitatif sur la concurrence au niveau *retail*. En effet, indiquant que les détaillants peuvent demander que les livres leur soient remis avec une étiquette mentionnant le prix de vente final, l'autorité inférieure relève que, selon les indications des diffuseurs-distributeurs en audition, il s'agirait généralement du prix tabellisé si le détaillant ne donne pas de précision sur les prix. En pratique, ce système, fortement incitatif, se serait traduit par un taux de suivi élevé des prix tabellisés sur le marché final de la part des détaillants, comme l'établirait une étude du Secrétariat d'état à l'économie (SECO) portant sur la période de référence. 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.

14.3.2 La recourante rétorque que la prestation d'étiquetage ne limite pas la concurrence au niveau des prix de détail appliqués par les revendeurs. Elle relève que le prix-catalogue sert à la fois de base pour la négociation du prix d'achat *wholesale* et de prix de référence pour la fixation du prix final par les détaillants ; c'est sur la base de ce prix ainsi étiqueté que chaque détaillant fixe – librement, selon différentes formes et modalités – son prix de cession effectif aux consommateurs et qu'il fait en particulier connaître ses rabais et actions promotionnelles. Les détaillants peuvent ainsi se concurrencer par le niveau des réductions consenties à leurs clients sur le prix-catalogue. Enfin, s'agissant du taux de suivi, et se référant aux résultats du sondage M.I.S Trend commandé par elle en septembre 2012 et annexé à son recours, la recourante a relevé que [...] % des ventes se réalisaient à un prix différent du prix-catalogue, si bien que le marché du livre francophone se caractérisait par une concurrence sur le plan intramarque par le prix très forte.

14.3.3 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, telle que Payot ou la Fnac suisse, 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-distributeurs 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-distributeurs suisses (cf. *supra* consid. 14.2.2). Compte tenu de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les détaillants doivent en effet travailler avec les principaux diffuseurs-distributeurs quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, lesquels détiennent l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leur catalogue sur le territoire suisse, cloisonné par leur système de distribution (cf. *supra* consid. 9.9). Aussi, peu importe que la concurrence soit vive ou non sur le marché *retail* du livre écrit en français, elle ne se répercute pas sur la concurrence du côté de l'offre sur le marché pertinent.

14.4 Enfin, il y a lieu d'examiner si la concurrence sur le marché *retail* émanant des acteurs du commerce électronique du livre imprimé en français, ainsi que des librairies françaises limitrophes – lesquels ne constituent pas des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre sur le marché de référence (cf. *supra* consid. 11.3.1.1, 11.3.1.2) – aurait, par réflexion, eu un effet disciplinant sur le comportement de la recourante.

En effet, selon l'autorité inférieure, le recours au commerce électronique représentait vers la fin de la période d'enquête environ 10% de la vente de livres aux clients suisses. De même, il ressort du dossier que les détaillants considèrent les entreprises actives sur Internet comme des concurrents (cf. *supra* consid. 11.3.1.1). 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. 14.3). 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-distributeurs 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-distributeur individuellement pour obtenir un prix d'achat inférieur est ainsi 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*.

14.5 La recourante a encore mentionné que, lorsqu'elle intervient via des organismes publics (économats cantonaux), la vente de livres scolaires fait généralement suite à un appel d'offres, ce qui témoignerait de la concurrence émergeant de ses clients. L'appel d'offres met en effet en concurrence les éditeurs et les diffuseurs-distributeurs de livres d'enseignement et de matériel didactique.

Comme le relève à raison l'autorité inférieure, ces appels d'offres ne sont pas lancés par des revendeurs actifs sur le marché *retail* mais par des clients finaux d'un type particulier, compte tenu de critères très précis. À ce titre, la concurrence que se livrent les diffuseurs, ou plutôt les éditeurs, n'a pas lieu sur le marché *wholesale* mais sur un marché distinct, dès lors que la demande n'est pas composée par des détaillants.

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

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

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, 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 (cf. *supra* consid. 12-14).

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

Il s'ensuit que les accords passés par la recourante, respectivement le groupe Hachette, dans le cadre de l'ensemble de son système de distribution, en particulier ceux la liant aux éditeurs Tiers-Diffulivre, E.A._____, Tiers-Hachette et aux grossistes français, lui octroyant l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse, et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, sont illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

Le défaut de motivation de la décision attaquée en lien avec l'art. 5 al. 1 LCart, invoqué par la recourante (cf. *supra* let. G), est sans objet.

16. 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.

16.1 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 ; il doit permettre d'alléger le travail des autorités de la concurrence, en ce sens que les atteintes légères à la concurrence ne tombent pas dans le champ d'application de la loi (cf. 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 ; ég. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1). 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 ; cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.1 ; ch. 12 par. 1 let. a CommVert ; ch. 10 de la note explicative).

16.2 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.

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

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

17.1 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, sont 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).

17.2 Ceci étant, il convient d'examiner si les accords passés entre la recourante, respectivement le groupe Hachette, et ses partenaires commerciaux sont justifiés par un motif d'efficacité économique.

La recourante fait valoir – s'agissant des éditeurs autres que les éditeurs Hachette et Tiers-Hachette, ceux-ci étant diffusés-distribués à l'aide du contrat Hachette-Diffulivre, lequel serait immunisé par le privilège de groupe – que le système contractuel auquel elle est partie permet à ceux-là, lesquels sont de petite taille, d'externaliser leur activité de diffusion et/ou de distribution, laquelle ne serait pas rentable si elle était accomplie de manière interne. Au stade de la commercialisation, les efforts y relatifs impliquent des investissements en personnel et en développement visant à assurer aux ouvrages la meilleure exposition pour les détaillants. Or, si les catalogues des éditeurs étaient répartis sur plusieurs diffuseurs, l'investissement en services de diffusion ne pourrait pas être financé par une quantité suffisante d'ouvrages vendus aux libraires. L'exclusivité permet également à l'éditeur d'avoir une meilleure pénétration du marché pour les ouvrages de son catalogue. En effet, sans exclusivité, la rémunération du diffuseur s'en ressentirait aussitôt et il fait peu de doutes que celui-ci concentrerait ses activités de promotion sur les grands centres urbains, au détriment des régions périphériques. De même, l'exclusivité permet au diffuseur de consentir les investissements nécessaires à la fourniture d'une structure de diffusion de qualité. La particularité du marché du livre est qu'il connaît un nombre particulièrement important de références et les nouveautés se succèdent à rythme élevé. Il faut par conséquent maintenir en permanence une structure de diffusion qui permette d'introduire et de présenter les nouveaux produits. Au-delà de la qualité du service, la présence de diffuseurs capables de consentir les investissements nécessaires permet

aux détaillants de détenir moins d'ouvrages en stock, ce qui réduit leurs coûts d'infrastructure et, au final, profite aux consommateurs. De même, la recourante relève qu'en matière de logistique, il est indispensable de pouvoir traiter d'importantes quantités et donc de centraliser les ouvrages avant de les faire importer en Suisse par le canal du diffuseur-distributeur exclusif. Enfin, l'allocation d'un territoire exclusif permettrait à la recourante de remédier au problème du "parasitisme" et ainsi d'éviter un niveau suboptimal de mesures de promotion des ventes.

L'autorité inférieure rétorque notamment que le régime d'exclusivité prohibant les ventes passives n'est pas un instrument déterminant pour permettre à de petits éditeurs de mieux pénétrer le marché suisse. Ce qui leur permet de mieux le faire, c'est de diffuser leurs livres en Suisse mais pas de les distribuer avec une interdiction des ventes passives. De même, d'autres moyens, moins nuisibles pour la concurrence, auraient pu être mis en place pour éviter le "parasitisme", notamment au niveau du droit de retour.

17.3 Il a été établi ci-dessus qu'en cas de renversement de la présomption, tous les accords entrant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart seraient appréhendés par l'art. 5 al. 1 LCart (cf. *supra* consid. 16.1). Aussi, l'examen des motifs justificatifs doit porter sur l'ensemble de ceux-ci.

17.3.1 Tout d'abord, le risque de "parasitisme" au sens de l'art. 5 al. 2 let. d LCart n'est en l'occurrence pas pertinent. En effet, d'une part, même si la recourante est diffuseur des ouvrages de l'éditeur E.A._____, des éditeurs Hachette et Tiers-Hachette et, depuis 2008 (cf. *supra* let. A.c.a), également de ceux des éditeurs Tiers-Diffulivre, celle-ci n'engage aucun frais de promotion [...]. D'autre part, en raison de la forte différenciation du livre, la promotion engagée pour un ouvrage ne peut bénéficier qu'à la vente de celui-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.

17.3.2 Ensuite, selon le ch. 16 par. 4 CommVert, la protection limitée d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou l'introduction d'un nouveau produit sur le marché peut être invoquée au titre de motif d'efficacité économique. En l'espèce, la recourante étant active sur le marché suisse depuis de nombreuses années, les éditeurs dont elle assure la diffusion sont connus des

détaillants. Aussi, il ne s'agit pas pour ceux-là de pénétrer un nouveau marché. Pour le reste, si le lancement de nouveaux livres peut justifier le recours à des accords d'exclusivité, une protection territoriale absolue n'est toutefois pas nécessaire pour réaliser ledit motif d'efficacité économique. En effet, en tant que les livres en cause sont destinés à l'ensemble du marché francophone, le lancement de nouvelles références n'exige en aucun cas un cloisonnement spécifique du marché suisse.

17.3.3 Enfin, un accord peut permettre aux entreprises participantes d'établir, grâce à la coopération, une structure de coûts efficace qu'elles seraient incapables d'atteindre individuellement, en rationalisant l'approvisionnement, la production et la distribution. Le fait de limiter le nombre de distributeurs, notamment par un accord de distribution exclusive, peut permettre de réduire les coûts importants liés à l'établissement d'un réseau de distributeurs notamment. Il en va de même d'un accord favorisant une diminution des coûts de diffusion (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in : CR-Concurrence, op. cit., art. 5 p. 500 ss n°276 ss et réf. cit.).

Il n'est pas contesté qu'il soit plus rentable pour un éditeur d'externaliser la diffusion, respectivement la distribution, de son catalogue à un partenaire exclusif, ce qui peut dès lors, du point de vue de l'efficacité économique, justifier le recours à des accords d'exclusivité. En revanche, il n'est ni utile ni nécessaire pour réduire les coûts des éditeurs afférents aux activités de promotion ou de distribution d'interdire en outre les ventes passives par leurs partenaires de distribution actifs à l'étranger. La recourante n'expose par ailleurs pas en quoi un cloisonnement du marché suisse serait nécessaire pour réaliser les économies qu'elle met en exergue.

De même, il est constant que l'optimisation des stocks permet aux revendeurs d'augmenter leur offre et, par conséquent, d'accroître la diffusion et la vente des ouvrages. Néanmoins, il n'est, pour ce faire, nullement nécessaire de cloisonner le marché suisse. Les accords d'exclusivité suffisent à réaliser ledit motif d'efficacité économique.

17.4 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que l'activité économique déployée par la recourante en Suisse, en relation avec les ouvrages des éditeurs Hachette, Tiers-Hachette, Tiers-Diffulivre et E.A._____, n'exige pas un système de distribution exclusive prohibant les ventes passives.

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

18. 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.

18.1 Toujours dans l'hypothèse d'un renversement, la recourante a fait valoir qu'il n'était, en l'état du droit suisse, pas possible d'infliger une sanction directe au sens de l'art. 49a al. 1 LCart lorsque la présomption de suppression de la concurrence prévue par l'art. 5 al. 4 LCart était renversée, sauf à violer le principe de la légalité. En effet, la punissabilité selon l'art. 5 al. 1 et 2 LCart d'un accord illicite non justifié par des motifs d'efficacité économique n'est pas "expressément" prévue par l'art. 49a al. 1 LCart puisque celui-ci exige une participation "à un accord illicite aux termes de" l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart. Le mot "termes" indiquerait ainsi clairement que l'illicéité doit découler d'une analyse selon les al. 3 ou 4 de l'art. 5 LCart. Si le législateur avait voulu sanctionner également des accords qui ne suppriment pas la concurrence, il aurait fait référence aux accords illicites portant sur les prix, les quantités ou la répartition des marchés ou, à tout le moins, aux types d'accords prévus par les al. 3 ou 4 de l'art. 5 LCart. La recourante ajoute que le prononcé d'une amende en cas d'affectation notable à la concurrence serait en outre contraire au but des sanctions directes, lesquelles viseraient uniquement les atteintes les plus graves à la concurrence et non n'importe quelle restriction à la concurrence. Il introduirait également une insécurité manifeste pour les entreprises dans la mesure où il n'existe aucune directive claire qui permettrait à celles-ci d'apprécier les clauses de leurs contrats. Enfin, les travaux de révision de la loi sur les cartels auraient montré que le Conseil fédéral lui-même considérerait qu'il n'est pas compatible avec le texte actuel de l'art. 49a al. 1 LCart d'imposer des amendes pour des accords qui ne font que restreindre notablement la concurrence, sans la supprimer.

18.1.1 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.

L'art. 7 par. 1 CEDH consacre notamment le principe du degré de précision de la base légale (densité normative) ainsi que le principe de la clarté. Seule une loi suffisamment claire et précise peut définir une infraction et menacer d'une sanction (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 8.2.1). La loi doit ainsi être formulée de manière telle qu'elle permette au citoyen de s'y conformer et de prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un certain degré de certitude, lequel ne peut être fixé abstraitement mais doit au contraire tenir compte des circonstances (cf. ATF 138 I 367 consid. 5.4). Les lois pénales doivent toutefois elles aussi être interprétées. Le juge peut ainsi, sans violer le principe de la légalité, donner du texte légal une interprétation même extensive, afin d'en dégager le sens véritable, celui qui est seul conforme à la logique interne et au but de la disposition en cause. Si une interprétation conforme à l'esprit de la loi peut s'écarter de la lettre du texte légal, le cas échéant au détriment de l'accusé, il reste que le principe *nulla poena sine lege* interdit au juge de se fonder sur des éléments que la loi ne contient pas, c'est-à-dire de créer de nouveaux états de fait punissables (ATF 138 I 367 consid. 5.4).

18.1.2 En l'occurrence, 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".

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).

18.1.3 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).

Ceci étant, compte tenu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, dont il n'y a aucune raison de s'écarter, il convient de retenir en l'espèce qu'une sanction directe au sens de l'art. 49a al. 1 LCart, prononcée en raison d'un accord illicite selon l'art. 5 al. 1 et 2 LCart, ne consacrerait pas une violation du principe de la légalité.

18.1.4 En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les accords passés par la recourante, respectivement le groupe Hachette, dans le cadre de l'ensemble de son système de distribution, en particulier ceux la liant aux éditeurs Tiers-Diffulivre, E.A._____, Tiers-Hachette et aux grossistes français, prévoyant notamment pour celle-ci l'exclusivité de la diffusion et/ou distribution sur le territoire suisse des ouvrages contractuels et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, sont visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart. Par conséquent, ils pourraient être sanctionnés, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence était renversée (cf. *supra* consid. 16).

18.2 Imputabilité de la sanction

18.2.1 Aux termes de sa décision (ch. 707 ss), l'autorité inférieure a relevé que tous les systèmes de distribution considérés comme illicites,

dans lesquels ont été impliqués les diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête, avaient expressément contenu des clauses contractuelles établissant un régime d'exclusivité entravant les ventes passives. Tous les diffuseurs-distributeurs avaient en outre mis consciemment en œuvre les systèmes de distribution en s'opposant aux tentatives d'importations parallèles. De même, les discussions au sein de l'ASDEL avaient permis d'aboutir à la conclusion que le cloisonnement du territoire suisse était une politique assumée, citant à cet égard un passage d'un procès-verbal d'une réunion de l'ASDEL faisant état de la volonté de la Fnac suisse de basculer ses approvisionnements en direct. Or, au regard des tentatives de modification de ses approvisionnements exposées par la Fnac suisse en audition, dit cloisonnement pouvait être imputé à l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Ensuite, les développements législatifs parallèles à la procédure n'altéraient nullement la considération de l'imputabilité pour les charges finalement retenues, la loi sur le prix du livre ne contenant aucun volet concernant la réglementation des approvisionnements. Les diffuseurs-distributeurs n'avaient en effet pu se représenter que leur système de distribution fondé sur un régime d'exclusivité pourrait être d'une quelconque manière "légitimé" par un texte de régulation spécifique. Enfin, nonobstant la proposition du secrétariat, intervenue en août 2012, les diffuseurs-distributeurs n'avaient, à quelques exceptions près, toujours pas ouverts la voie à des importations parallèles.

18.2.2 Reprochant à l'autorité inférieure de lui avoir imputé l'infraction prétendument constatée sur la base de la seule constatation de la réalisation des éléments objectifs de l'énoncé de fait légal, la recourante ajoute ne s'être jamais, avec sa maison-mère, opposées aux tentatives d'importations parallèles. Quant à l'extrait du procès-verbal d'une assemblée de l'ASDEL, elle rappelle que, lors de son arrivée sur le marché suisse, la Fnac suisse a fait le choix délibéré de s'approvisionner auprès des diffuseurs-distributeurs locaux puis, en mai 2007, après l'avoir menacée de s'approvisionner en France, la Fnac suisse a finalement décidé de maintenir son approvisionnement en Suisse, dès lors qu'elle avait obtenu de meilleures conditions commerciales. Depuis août 2012, le groupe Fnac utilise sa plate-forme logistique en France pour venir approvisionner l'ensemble de ses magasins en Suisse et, depuis cette date, Hachette Livre traite en direct avec le groupe Fnac, si bien qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir "assumé" une politique de cloisonnement du marché suisse. Enfin, Payot a demandé, en date du 24 septembre 2012, l'ouverture de négociations avec Hachette Livre afin de pouvoir mettre en œuvre ses approvisionnements depuis la France. Aucun des

développements de l'autorité inférieure n'apporterait ainsi d'éléments susceptibles de démontrer une violation par elle d'un devoir de diligence au sens d'un défaut d'organisation. Rappelant au surplus que seul le contrat entre le producteur et son partenaire de distribution hors de Suisse portant interdiction à celui-ci d'entreprendre des ventes passives en Suisse était, selon le système mis à la base de l'art. 5 al. 4 LCart, contraire au droit de la concurrence (cf. *supra* consid. 9.1), la recourante fait valoir que cette illicéité doit se refléter dans la sanction également. Ainsi, le producteur, qui interdit les ventes passives, et le "fournisseur agréé", qui accepte une telle exclusion dans son contrat, sont concernés par une sanction. En revanche, le distributeur exclusif sur le marché suisse, qui lui n'est pas partie à l'accord illicite et n'en a même pas connaissance, doit échapper à toute sanction. Il ne connaît en effet pas le contenu des accords passés par le producteur et n'a donc aucun pouvoir de maîtrise sur les éventuelles restrictions des ventes passives qui pourraient être imposées par le producteur à son distributeur en dehors de Suisse. On ne saurait dès lors lui reprocher une faute, même par négligence. L'autorité inférieure aurait par ailleurs suivi cette logique dans les affaires *Gaba*, *Nikon* et *BMW*.

18.2.3 Tout d'abord, il y a lieu de rappeler que les accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart sont en l'espèce les accords verticaux en matière de concurrence passés par la recourante, respectivement le groupe Hachette, dans le cadre de l'ensemble de son système de distribution, en particulier ceux la liant aux éditeurs Tiers-Diffulivre, E.A._____, Tiers-Hachette et aux grossistes actifs en France (cf. *supra* consid. 9.10), dès lors qu'il a été établi qu'ils avaient eu pour effet d'interdire les ventes passives sur le territoire suisse par les partenaires de distribution indépendants desdits éditeurs (cf. *supra* consid. 9.9). La recourante ayant été partie aux accords illicites conclus avec les éditeurs Tiers-Diffulivre et E.A._____, elle est dès lors visée par la sanction. Quant aux accords passés entre Hachette Livre et, respectivement, les éditeurs Tiers-Hachette et les grossistes français, il convient de rappeler que, durant la période sous investigation, la recourante et Hachette Livre ne formaient qu'une seule et même entreprise aux yeux de la loi sur les cartels (cf. *supra* consid. 6.1), si bien que la sanction est imputable au groupe Hachette.

18.2.4 Dans ces circonstances, il ressort des considérants précédents que la recourante est une entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1bis LCart, qu'elle a participé à 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 précité *Publigruppe* consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

18.2.5 Ainsi, il s'agit en l'espèce 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 *Publigruppe* 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 au premier chef des règles de la loi sur les cartels. 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 579 ss ; ROBERT ROTH, in : CR-Concurrence, rem. art. 49a-53 p. 1496 ss n° 34 ss).

18.2.6 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 la recourante, respectivement le groupe Hachette, avait été partie à des accords prévoyant pour la plupart l'exclusivité de la diffusion et/ou distribution des ouvrages des éditeurs Hachette, Tiers-Hachette, Tiers-Diffulivre et E.A. _____ sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. Au regard des termes explicites contenus dans la plupart de ces contrats, à savoir l'engagement pris par lesdits éditeurs de "ne pas laisser vendre", en vigueur entre 2005 et 2011, la recourante devait être consciente que son comportement était problématique. De même, lesdits contrats ont été exécutés dès lors qu'il a été démontré que les importations parallèles sur le marché suisse via des fournisseurs agréés externes au groupe n'avaient pas été possibles durant la période considérée (cf. *supra* consid. 9.7). La recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure du point de savoir si son système de distribution était conforme aux règles du droit de la concurrence.

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

18.3 Montant de la sanction

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

18.3.1 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 2009, 2010 et 2011. Or, le montant de base de la sanction doit être calculé à partir du chiffre d'affaires réalisé en Suisse sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices précédant la date de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral. En effet, selon les principes généraux du droit administratif – auxquels les art. 49a al. 1 LCart et 3 de

l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5) ne dérogent pas –, l'autorité de recours statue sur la base de l'état de fait tel qu'il se présente au moment de sa décision ; elle se réfère donc également à l'évolution de la situation de fait depuis la décision querellée jusqu'à sa décision sur recours. Subsidiairement, la recourante fait valoir que le montant de base doit se fonder sur les trois derniers exercices précédant immédiatement la date de la décision de l'autorité inférieure prévoyant la condamnation à une amende, soit en l'occurrence les exercices 2010, 2011 et 2012. Elle précise à cet égard avoir dûment transmis, à la demande du secrétariat, son chiffre d'affaires pour l'exercice 2012, par courrier du 18 janvier 2013. Aussi, en tenant compte des chiffres d'affaires des exercices 2010, 2011 et 2012, le montant de l'amende s'élève à [...] francs. Or, un tel montant, du point de vue de la recourante, contrevient au principe de la proportionnalité. En effet, elle indique que, s'il était confirmé, celui-ci mettrait immédiatement en péril sa santé financière et porterait une atteinte extrêmement sévère et irréversible à sa compétitivité sur le marché ; une telle amende conduirait à son surendettement à raison de [...] francs.

18.3.2 L'autorité inférieure rétorque que le montant de base doit être calculé à partir du chiffre d'affaires réalisé en Suisse sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices disponibles au moment du prononcé de la décision. Elle rappelle pour le reste que la recourante appartient au groupe Hachette, lequel aurait réalisé un chiffre d'affaires de [...] euros en 2012.

18.3.3 Le montant de la sanction est fixé en application des art. 49a LCart et 2 à 7 OS LCart.

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

art. 2 ss OS LCart, dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt 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. 11.3.3, 11.4). 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 : Stämpfli's Handkommentar, op. cit., art. 49a p. 359 n° 10 ; ZIRLICK/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. 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.).

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

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

francs – réalisés par la recourante en 2009, 2010 et 2011, soit au cours des trois derniers exercices disponibles au moment du prononcé de sa décision.

Il y a lieu de rejeter les critiques de la recourante quant à la prise en compte, dans le calcul du montant maximal, des chiffres d'affaires des exercices 2009 à 2011 et non 2010 à 2012. En effet, 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, tels que pris en compte par l'autorité inférieure. Les exercices retenus sont ainsi, conformément à la pratique, ceux se rapprochant le plus du comportement incriminé ; ni la date de l'arrêt du tribunal de céans ni celle de la décision attaquée ne sont dès lors pertinentes pour déterminer le chiffre d'affaires à prendre en considération, contrairement à l'avis des parties.

18.3.4.2 Dans un deuxième temps, l'autorité inférieure a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a retenu, sans toutefois l'expliquer, que le chiffre d'affaires réalisé dans le marché pertinent lors des trois derniers exercices se montait à [...] francs.

18.3.4.3 Elle a ensuite pris en compte la gravité et le type d'infraction, indiquant que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles était 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 à l'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% ; le montant de base ainsi calculé se monte à [...] francs. 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. Le montant de base majoré s'élève ainsi à [...] francs.

S'agissant de la gravité de l'infraction, il a été établi en l'espèce que la recourante, respectivement le groupe Hachette, avait, entre 2005 et 2011, été partie à des accords au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart avec les éditeurs Tiers-Diffulivre, E.A._____, Tiers-Hachette et des grossistes actifs en France (cf. *supra* consid. 9.10). Il a également été établi que le marché suisse avait été cloisonné en ce sens que les importations de livres francophones diffusés-distribués en Suisse par la recourante n'avaient pas été possibles entre les années 2005 et 2011. Aussi, les conséquences particulièrement néfastes de ces accords sur la concurrence justifient de fixer le montant de base de la sanction à hauteur de 4% du chiffre d'affaires déterminant, comme y a procédé l'autorité inférieure. Dès lors, il convient de confirmer le montant de base arrêté par celle-ci à [...] francs.

Quant à la durée de l'infraction, force est de constater que les clauses litigieuses étaient en vigueur durant toute 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 entreprendre 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.

18.3.4.4 Dans un dernier temps, l'autorité inférieure a examiné les circonstances aggravantes et atténuantes. Elle constate, en l'espèce, qu'il n'y en a aucune. La recourante n'avance pour sa part aucune circonstance atténuante.

18.3.4.5 Enfin, dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a examiné la capacité contributive de la recourante. Compte tenu de son appartenance au groupe Hachette, du montant de la sanction relativement audit chiffre d'affaires et des profits nets cumulés par la recourante sur la période de l'enquête, l'autorité inférieure a exclu une réduction du montant de la sanction. La recourante relève que la faillite redoutée ne frapperait pas le groupe auquel elle appartient mais elle-même. En outre, il n'existerait aucune obligation des actionnaires de renflouer une société. Le fait que le groupe Hachette puisse réaliser un chiffre d'affaires important serait donc sans pertinence au regard du principe de la proportionnalité.

Dans sa pratique, l'autorité inférieure considère la capacité contributive des entreprises au niveau de la proportionnalité de la sanction (cf. Comco, DPC 2016 p. 384, *Altimum*, ch. 341 ss).

En droit européen, dans des circonstances exceptionnelles, la commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende n'est accordée sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne peut être accordée que sur le fondement de preuves objectives que l'imposition d'une amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur (cf. point 35 lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, JO C 210/02 du 1^{er} septembre 2006). Dans sa pratique, la commission a précisé que la capacité des actionnaires à recapitaliser l'entreprise peut être prise en considération. Ainsi, au-delà d'une éventuelle faillite de l'entreprise, il y a encore lieu de considérer l'éventuel sauvetage des actifs de l'entreprise. Si un tel sauvetage peut intervenir, une réduction de la sanction au titre de la capacité contributive de l'entreprise n'entre pas en ligne de compte (cf. décision de la commission du 30 juin 2010, COMP/38.344, *Prestressing Steel*, ch. 1136 ss ; ég. arrêt du tribunal du 5 octobre 2011 T-39/06 *Transcatab contre Commission*, Rec. 2011 II-06831 point 224).

Partant, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure la capacité des actionnaires à recapitaliser la recourante permettrait de sauver ses actifs. En l'occurrence, la recourante est une filiale du groupe Hachette, lequel a réalisé en 2012 un chiffre d'affaires de [...] euros. Le prononcé d'une sanction de [...] francs correspond ainsi à 0.26% de ce chiffre. De plus, le profit net, cumulé sur la période de l'enquête, réalisé par la recourante s'élève à [...] francs. Ces critères, retenus par l'autorité inférieure et contre lesquels la recourante ne formule aucun grief quant à leur pertinence, suffisent à eux seuls à admettre l'existence d'une capacité importante de recapitalisation de la recourante.

Il s'ensuit qu'une réduction de la sanction doit être exclue au sens de la pratique européenne, laquelle peut être reprise en droit suisse.

18.3.5 Sur le vu de ce qui précède, le montant de la sanction prononcée par l'autorité inférieure à l'encontre de la recourante de [...] francs doit être confirmé.

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

Dans sa décision, l'autorité inférieure a encore fait interdiction 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".

19.1 La recourante reproche à une telle formulation de manquer singulièrement de clarté, contrevenant ainsi au principe de la légalité, lequel exige que l'injonction ordonnée par l'autorité soit suffisamment précise pour que la décision soit exécutable et que son respect puisse être contrôlé par l'autorité compétente. Or, en l'espèce, la recourante ne comprendrait pas ce qu'il conviendrait de saisir par l'interdiction d'entraver les importations parallèles. Selon elle, la question se pose dès lors de savoir si l'autorité inférieure souhaite simplement prohiber l'exclusivité dont elle bénéficie sur le marché suisse ou si elle souhaite qu'elle retranche les clauses par lesquelles l'éditeur s'engage à "ne pas laisser" vendre des ouvrages sur le territoire suisse ou encore à "ne pas vendre" sur le territoire suisse. Selon elle, une éventuelle injonction devrait se limiter à une interdiction d'être partie à des accords avec des entités (autres que Hachette Livre ou les éditeurs du groupe Hachette) qui excluent les ventes passives à des détaillants suisses.

19.2 Se fondant sur les considérants de sa décision, l'autorité inférieure expose qu'il s'agit pour la recourante de retrancher de ses contrats les clauses, selon lesquelles l'éditeur s'engage à "ne pas laisser vendre"; un tel engagement, dès lors qu'il commande à Hachette Livre de prendre des mesures à l'extérieur du groupe, n'est en effet pas couvert par le privilège de groupe.

L'injonction formulée par l'autorité inférieure doit être comprise dans le sens des considérants qui précèdent. Aussi, l'interdiction concerne l'ensemble des contrats passés par le groupe Hachette tendant à empêcher les ventes passives en Suisse des ouvrages diffusés et/ou distribués exclusivement par la recourante. Partant, il n'y a pas lieu de réformer la décision incrimée sur ce point.

En outre, dite mesure doit être confirmée.

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.

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

La recourante reproche enfin à l'autorité inférieure de l'avoir condamnée à l'intégralité des frais concernant la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart solidairement avec les autres diffuseurs-distributeurs condamnés. Se fondant sur l'art. 2 al. 2 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OGE_{Emol}, RS 172.041.1), elle fait valoir que, pour que plusieurs personnes soient condamnées à répondre solidairement du paiement de l'émolument, elles doivent avoir provoqué ensemble la décision. Or, selon elle, une telle association dans une activité contrevenant à la loi sur les cartels serait impossible en présence de parties à des accords verticaux différents.

Comme le relève à juste titre la recourante, l'OGE_{Emol}, à laquelle renvoie l'art. 1a de l'ordonnance relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart, RS 251.2), prescrit à son art. 2 al. 2, que "si plusieurs personnes provoquent ensemble une décision ou sollicitent une

prestation, elles répondent solidairement du paiement de l'émolument". En l'espèce, il convient de retenir, à l'instar de l'autorité inférieure, que les diffuseurs-distributeurs condamnés ont provoqué ensemble la décision déferée. Il a en effet été établi ci-dessus que le territoire national avait été cloisonné par l'ensemble des diffuseurs-distributeurs condamnés (cf. *supra* consid. 13.3.2). En outre, les discussions intervenues au sein de l'ASDEL ont mis en lumière que ceux-ci avaient abordé ensemble la "problématique" des importations parallèles et connaissaient la position des uns et des autres sur ce point (cf. *supra* consid. 9.3.2.3).

21. Conséquences

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la décision de l'autorité inférieure est confirmée, en tant qu'elle condamne la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs, 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 et qu'elle condamne la recourante solidairement au paiement des frais de procédure devant l'autorité inférieure, s'élevant à un montant de 760'150 francs.

Partant, le recours doit être rejeté dans son entier.

22. Frais et dépens

22.1 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]). 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).

En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure à 40'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée par la recourante le 22 juillet 2013.

22.2 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les

frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF).

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 40'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais déjà versée.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- 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