Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Décision confirmée partiellement par le TF par arrêt du 08.12.2022 (2C_49/2020)

Cour II
B-4019/2013

Arrêt du 30 octobre 2019

Composition

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

Parties

Diffusion Transat SA,
représentée par Maître Pierre Kobel, avocat
recourante,
contre

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

Objet

Cartels - sanction
Marché du livre écrit en français.

Faits :

A.

A.a Diffusion Transat SA (ci-après : la recourante) est une société anonyme de droit suisse. Elle est détenue par K._____ et L._____. Elle est notamment active dans la diffusion et la distribution de livres écrits en français.

A.b La recourante diffuse et distribue en Suisse les ouvrages de différents éditeurs. Elle sous-traite toutefois l'intégralité de la distribution à la société Servidis SA (ci-après : Servidis) qui assure également la gestion des ouvrages retournés. Celles-ci ont conclu un contrat le 1er juillet 2003, contenant les clauses suivantes :

> « [Art. 1] [La recourante] *confie à* [Servidis]*, qui accepte, la distribution dans toute la Suisse des produits dont elle a la diffusion et la distribution*. [Art. 2] *Les produits dont la distribution exclusive est confiée à* [Servidis] *sont définis comme étant tous les livres et articles diffusés et distribués en Suisse par* [la recourante]*, sauf les ouvrages destinés au département FOIRES AUX LIVRES qui seront directement facturés et crédités par* [la recourante]. [Art. 3] *Pour les produits qui lui sont confiés en distribution, tels que définis à l'article 2,* [Servidis] *servira l'intégralité des points de vente du livre en Suisse, si toutefois la législation le permet.* [La recourante] *s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour l'approvisionnement des points de vente suisses, sans accord préalable de* [Servidis] ».

A.c Les contrats conclus entre la recourante et les éditeurs qu'elle diffuse et distribue en Suisse confient, pour la plupart, une exclusivité à celle-ci. Sept types de clauses contractuelles sont répertoriés à cet effet. Il s'agit des clauses suivantes :

> *Clause A :*
>
> « *L'éditeur confie* [à la recourante] *la diffusion* [et la distribution] *exclusive de l'ensemble de son fonds, y compris les réimpressions et les nouveautés à paraître pour tout le territoire suisse* ».
>
> *Clause B :*
>
> « [L'éditeur] confie [à la recourante] *la commercialisation non exclusive des ouvrages en langue française des éditeurs précisés en annexe 1 sur le marché suisse* […] ».
>
> *Clause C :*
>
> « [Art. 1] [La recourante] *s'engage à assurer la diffusion et la distribution générale des publications qui lui sont confiées en exclusivité par* [l'éditeur]

pour la Suisse. [Art. 9] [L'éditeur] *s'engage à transmettre à* [la recourante] *toute commande de Suisse qui lui serait directement adressée, et ceci en raison de l'exclusivité qui a été accordée* ».

Clause D :

« [Art. 1] [L'éditeur] *déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'article 2, des ouvrages publiés pour le label ou marque* […]. [L'éditeur] *confiera* [à la recourante] *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'éditeur] *confie* [à la recourante] *la diffusion et la distribution exclusives* [l'adjectif est omis dans un contrat] *des fonds ci-dessus désignés* […]. [Art. 2] *Cette exclusivité* [dans un contrat : la diffusion] *s'étend à tous nos clients* […] *situ*[és] *sur le territoire suisse.* [L'éditeur*], par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera* [à la recourante] *tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse. Toutefois, les opérations de vente par correspondance et le courtage pourront donner lieu à un approvisionnement direct par* [l'éditeur]. [Les parties] *conviennent de s'informer mutuellement sur ces marchés, préalablement à leur réalisation* ».

Clause E :

« [Art. 1] [L'éditeur] *déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'article 2, des ouvrages publiés pour le label ou marque* […]*. En conséquence de quoi,* [l'éditeur] *confie* [à la recourante] *la diffusion et la distribution des fonds ci-dessus désignés* […]. [Art. 2] [La] *diffusion s'étend à tous nos clients* […] *situ*[és] *sur le territoire suisse.* [L'éditeur*], par conséquent, s'engage à ne pas vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera* [à la recourante] *tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse. Toutefois, les opérations de vente par correspondance et le courtage* [les opérations de vente par correspondance, le courtage, les clubs de livres ainsi que les ventes par Internet] *pourront donner lieu à un approvisionnement direct par* [l'éditeur]. [Les parties] *conviennent de s'informer mutuellement sur ces marchés, préalablement à leur réalisation* ».

Clause F :

« [Art. 1] [L'éditeur] *confie à* [la recourante] *la diffusion et la distribution de ses ouvrages parus et à paraître, exploités sous leurs différentes marques commerciales, dans les librairies spécialisées, les librairies générales, les boutiques diététiques, les grossistes, les sociétés de vente par correspondance, les grands magasins et tout autre circuit de distribution de livres susceptible de revendre les ouvrages de* [l'éditeur]. *La vente aux particuliers n'est pas concernée par le présent contrat.* [Art. 2] *Le territoire de vente* [de la recourante] *comprend toute la Suisse* ».

Clause G :

« *Suite à notre entretien téléphonique de ce jour, je vous confirme mes conditions de diffusion en exclusivité pour la Suisse* ».

B.

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

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

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

B.d Par différents courriers entre mars et avril 2011, la recourante s'est adressée au secrétariat en vue d'obtenir, en particulier, des précisions sur l'objet de l'enquête, faisant valoir en substance que l'étendue de celui-ci après six ans d'enquête préalable et trois ans d'enquête violait les garanties procédurales. Elle a soutenu à ce propos que le renvoi général à l'art. 5 de la loi sur les cartels – en sus de celui à l'art. 7 al. 1 et 2 let. c – ouvrait la voie à trop de cas de figure pour être en mesure de se défendre

équitablement et qu'il se justifiait dès lors de spécifier à quels alinéas de l'art. 5 de la loi sur les cartels se référait ladite extension, ce d'autant plus que les actes retenus pouvaient, selon leur qualification, être sanctionnés ou non au sens de l'art. 49*a* de la loi sur les cartels. Le secrétariat l'a, pour l'essentiel, renvoyée à ses écrits, lui signifiant que l'ouverture d'enquêtes sous l'angle conjoint des art. 5 et 7 de la loi sur les cartels constituait la règle en pratique.

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

C.

C.a Le 14 août 2012, le secrétariat a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il a été retenu que la recourante avait participé à un accord horizontal de répartition géographique conclu au sein de l'Association suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ci-après : l'ASDEL) ainsi qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente sur la base de ses tabelles. De même, la recourante avait participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il a considéré que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels et a ainsi proposé à la Comco d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente au moyen, notamment, de tabelles et de s'entendre avec les libraires sur un taux de remise basé sur un prix public final pour la Suisse. De même, il a prescrit de défendre aux diffuseurs-distributeurs d'opérer une répartition géographique du marché concerné et de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou encore d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution. Finalement, il a proposé de sanctionner la recourante et de mettre à sa charge une partie des frais de procédure.

C.b Le 11 octobre 2012, la recourante a transmis au secrétariat ses déterminations sur la proposition de décision du 14 août 2012. Elle a tout d'abord relevé que ladite proposition était lacunaire, dès lors qu'elle reposait principalement sur une analyse théorique et générale. Ce faisant,

le secrétariat n'a pas déterminé correctement le cercle des détaillants impliqués, la structure économique des entreprises concernées et la nature de leurs rapports commerciaux. En particulier, la proposition ferait fi de l'existence de relations d'agence ou de commission, ainsi que de la portée réelle des importations parallèles et de l'effet de la pression concurrentielle exercée par les entreprises actives sur Internet. Elle a ajouté qu'il y avait lieu de distinguer entre les clauses d'exclusivité « simple » et d'exclusivité « stricte » figurant dans les contrats qu'elle a conclus avec ses partenaires commerciaux, dès lors, d'une part, que la première – ressortant des contrats représentant son chiffre d'affaires principal – ne serait pas déterminante au regard de la loi sur les cartels et, d'autre part, que si la seconde avait été mise en œuvre, elle n'aurait eu qu'une portée marginale, voire aucune, sur le marché pertinent. Elle a noté que le système en place en Suisse pour le marché du livre francophone n'est pas le résultat d'une action concertée, mais constitue le prolongement de la structure du marché existant sur tout le territoire francophone de l'Union européenne. En définitive, elle a réfuté être partie à des accords illicites au sens de l'art. 4 al. 1 et de l'art. 5 de la loi sur les cartels. Subsidiairement, lesdits accords seraient justifiés pour assurer la mise en valeur des livres à des coûts raisonnables et pour permettre le droit de retour. Enfin, le secrétariat se serait limité à une appréciation abstraite des sanctions. Dans ces conditions, elle a invité la Comco à procéder à un réexamen substantiel de la proposition du Secrétariat et a requis la clôture de la procédure à son encontre sans suite de frais.

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

D.

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

> *« 1. Condamne au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart fondée sur la participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart :*
>
> *1.1 Albert le Grand S.A pour un montant de* […] *francs suisses ;*
>
> *1.2 Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de* […] *francs suisses ;*

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

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

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

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

1.7 Les éditions des 4 frontières SA pour un montant de […] *francs suisses ;*

1.8 Les Editions Flammarion SA pour un montant de […] *francs suisses ;*

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

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

2. *Interdit aux diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse ;*

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

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

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

En substance, elle a retenu que la recourante avait été partie durant la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011, à des systèmes de distribution ayant constitué une action collective consciente et voulue qui avait visé et eu pour effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de référence au sens de la loi sur les cartels. Elle a estimé que les conditions d'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels étaient réunies dans la mesure où le système de distribution mis en place cloisonnait la distribution des livres écrits en français sur le territoire suisse. De plus, elle a considéré que la concurrence intermarques et intramarque n'était pas apte à renverser celle-ci. Toutefois, dans

l'hypothèse d'un renversement de la présomption, elle a relevé que dit système de distribution avait notablement affecté la concurrence tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif sans qu'un motif d'efficacité économique ne l'ait justifié (art. 5 al. 1 et 2 de la loi sur les cartels).

D.b L'autorité inférieure a tout d'abord retenu que la loi sur les cartels s'appliquait en l'espèce. D'une part, la recourante avait été active dans le processus économique du livre écrit en français et son comportement avait restreint la concurrence en Suisse. D'autre part, la loi Lang qui règlemente, 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 couvrent notamment la saisie des commandes des clients, le traitement des arrivages, le picking, l'emballage de la marchandise, la gestion des comptes débiteurs et les retours des clients.

D.d Elle a ensuite examiné le système de distribution de la recourante, plus particulièrement les relations commerciales qu'elle entretenait avec ses partenaires commerciaux situés en amont, afin de déterminer si celle-ci avait agi en qualité de diffuseur/distributeur indépendant ou d'agent. Pour ce faire, elle a renvoyé principalement à l'examen effectué pour Servidis, les deux sociétés concernées n'ayant fait aucune distinction dans leur prise de position commune du 11 octobre 2012 sur la proposition de décision et leurs relations économiques étant comparables. Le droit et la pratique juridique suisses en matière de concurrence ne traitant pas du rapport d'agence, l'autorité inférieure a repris les notions développées par les autorités européennes de la concurrence. Elle a retenu que le facteur essentiel pour qualifier la relation contractuelle de rapport d'agence était la titularité du risque commercial ou financier, l'agent ne supportant pas les risques propres au contrat. En l'espèce, il est ressorti des clauses contractuelles liant la recourante à ses partenaires commerciaux en amont qu'un certain nombre de risques – tels que le risque de ducroire ou celui de la prise en charge des frais de retour en cas de dénonciation du contrat – revenait entièrement à cette dernière. En outre, la recourante était

investie de la diffusion des livres dont elle confiait la distribution à Servidis, de sorte qu'elle décidait, sous sa propre responsabilité, des prix de vente et des remises. Ces risques étant spécifiques aux contrats en cause, l'autorité inférieure a exclu tout rapport d'agence entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont. Pour les mêmes raisons, elle a réfuté les arguments de la recourante selon lesquels celle-ci agirait comme simple commissionnaire, de sorte que les relations contractuelles en cause ne constitueraient pas des contrats de distribution à proprement parler.

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

D.e Examinant un éventuel renversement de la présomption, l'autorité inférieure a défini le niveau « wholesale » comme étant le marché de référence principal car il était directement visé par les accords d'attribution de territoire. Elle a néanmoins admis que le comportement des consommateurs finals influençait, dans une certaine mesure, celui des détaillants ; en particulier, elle a laissé indécise la question de savoir si le commerce électronique apparaissait du côté de l'offre au niveau « retail » et a nié qu'il faisait partie du marché de référence au niveau « wholesale ». Sur la base de l'examen de la concurrence intramarque, elle a conclu que des possibilités d'arbitrage avaient existé de manière systématique durant la période de l'enquête tant sur les prix que sur d'autres paramètres ; celles-ci auraient pu constituer des opportunités intéressantes pour les détaillants. Elle a toutefois constaté que ces derniers n'avaient pas été en

mesure de les exploiter, à tout le moins insuffisamment pour générer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs. Le système de distribution mis en place par ceux-ci ayant, dans une large mesure, empêché les importations parallèles, il y avait lieu de constater l'absence de concurrence intramarque. La Comco a relevé la forte différenciation du produit, la stabilité des parts de marché et les grandes difficultés d'entrée sur le marché en raison des droits d'édition. Elle en a déduit une concurrence intermarques très limitée. Enfin, elle a retenu la très faible pression concurrentielle des éditeurs ainsi que l'absence de capacité disciplinante des détaillants. Dans ces conditions, elle a conclu au non-renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels.

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

D.f Enfin, réfutant l'argument de la recourante selon lequel une prescription générale de cinq ans s'appliquerait aux sanctions tirées de la loi sur les cartels, la Comco a retenu que le comportement illicite décrit ci-dessus était imputable à la recourante et devait être sanctionné. La sanction a été arrêtée sur la base des chiffres d'affaires réalisés durant les années 2009, 2010 et 2011 ainsi qu'à l'aune de la gravité et de la durée de l'infraction, à […] francs, compte tenu de la capacité contributive de la recourante à la fin 2011.

E.

E.a Le 12 juillet 2013, la recourante a formé recours contre la décision du 27 mai 2013. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que la décision attaquée soit annulée. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation des chiffres 1.4 et 2 de la décision attaquée et à ce qu'il soit constaté que la recourante n'entrave pas les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse par des contrats de distribution et/ou de diffusion.

E.b A titre liminaire, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 6 par. 3 let. a de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'art. 29 de la Constitution fédérale, de l'art. 30 de la loi fédérale sur la procédure administrative et de l'art. 30 al. 2 de la loi sur les cartels, ainsi que, de manière générale, d'une violation de son droit d'être entendu. Elle fait valoir qu'elle a été privée d'une défense efficace en raison du manque de délimitation de l'objet de l'enquête après son extension en date du 2 mars 2011. Elle estime ensuite que la décision du 27 mai 2013 diverge si substantiellement de la proposition de décision du 14 août 2012 que le droit de se prononcer sur celle-ci a de fait été inexistant. Elle indique encore que l'autorité inférieure a utilisé à charge des éléments recueillis entre le 14 août 2012 et le 27 mai 2013 sans qu'elle n'ait pu préalablement en prendre connaissance et, le cas échéant, faire valoir des observations.

E.c Invoquant le principe *in dubio pro reo*, la recourante fait valoir que les indices recueillis par l'autorité inférieure ne pouvaient emporter la pleine conviction de celle-ci quant à l'existence d'un accord en matière de concurrence. L'autorité se serait ainsi fondée sur des hypothèses dont la pertinence n'aurait pas été démontrée ou sur des avis non vérifiés. A défaut de clauses contractuelles interdisant les ventes passives, l'autorité inférieure aurait dû établir avec suffisance l'existence d'une pratique commune visant à les exclure. Elle soutient que l'existence de ventes tant actives que passives a, au contraire, été illustrée suffisamment par les activités de promotion des grossistes français sur le territoire suisse, les approvisionnements directs ou les importations parallèles de certains détaillants ainsi que par les ventes sur Internet.

De même, elle reproche à l'autorité inférieure de n'avoir pas, d'une part, évalué les coûts directs et indirects liés à la substitution des services qu'elle fournit et, d'autre part, expliqué les raisons pour lesquelles certains détaillants ont été en mesure, selon leurs besoins, de s'approvisionner directement auprès des éditeurs qu'elle représente en Suisse. Ainsi, l'autorité inférieure se serait limitée à attribuer, sans retenue, une portée générale à des opinions dont la plupart ne la concernent pas.

E.d La recourante considère ensuite que l'autorité inférieure a retenu à tort une présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. Selon elle, le terme « exclusivité » utilisé dans les clauses litigieuses n'implique pas une interdiction des ventes passives. Aussi, elle relève que l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels n'interdit pas en soi une exclusivité territoriale, ni n'impose une obligation d'approvisionnement direct auprès des éditeurs étrangers.

Elle souligne qu'aucun des contrats conclus avec ses partenaires commerciaux en amont n'a pour objet ou pour effet de prohiber les ventes passives. Elle ajoute que certains d'entre eux sont exempts de toute clause d'exclusivité territoriale et que la plupart prévoient une exclusivité « simple », ce qui demeurerait licite.

Elle conteste au surplus la portée que fait l'autorité inférieure de la clause prévoyant que l'éditeur « *s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages* » sur le territoire suisse et prétend que l'autorité inférieure n'a tenu compte ni des explications fournies lors de ladite audience, ni des conditions de vente de certains éditeurs dans lesquelles ne figurent aucune restriction à la revente des livres par des revendeurs actifs hors de Suisse. A supposer que l'interprétation de l'autorité inférieure quant à la portée de dite clause soit retenue, la recourante allègue que celle-ci n'aurait eu que peu d'implications, dès lors qu'elle ne figure que dans une minorité de contrats.

E.e S'agissant du marché de référence, la recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir concentré son analyse sur le marché « wholesale » et non sur le marché « retail ». Elle précise que, la diffusion étant un marché de services ayant pour finalité la vente aux consommateurs, la demande de ces derniers devait constituer la base de l'analyse. De plus, il siérait de distinguer les différents secteurs du marché du livre, dès lors que cette distinction entraînerait des répercussions sur l'approvisionnement et la demande. Elle ajoute que la mise à l'écart des grandes surfaces de l'analyse de la demande « wholesale » ne se justifierait pas, celles-là représentant en réalité une concurrence sérieuse à l'égard des autres détaillants. Elle fait valoir que la vente électronique de livres imprimés a concurrencé de manière importante les détaillants ainsi que les diffuseurs-distributeurs. S'agissant de la concurrence intramarque – qu'elle estime importante –, la recourante allègue en substance qu'indépendamment des spécificités liées aux différents secteurs du livre et aux détaillants, il n'existe pas de possibilités d'arbitrage pour ceux-ci, au regard du niveau particulièrement bas de ses tabelles et des frais substantiels qu'engendrerait la mise en place d'un autre système de distribution. Elle fait enfin valoir qu'il existe une concurrence intermarques au niveau de l'approvisionnement entre diffuseurs sur les éditeurs ainsi que sur nombre de livres, tels que notamment les livres pratiques, les guides de voyage, les manuels et les livres scolaires.

E.f Subsidiairement, la recourante estime que la concurrence n'a pas été affectée de manière notable, tant sur le plan qualitatif que quantitatif. Elle

expose que les contrats qu'elle a conclus ne portent pas à conséquence sur le marché de référence, rappelant que seuls les coûts et les difficultés liés à un approvisionnement direct ou à des importations parallèles expliquent le choix des détaillants. De même, elle reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir pris en considération ses arguments quant à la justification desdits accords et de n'avoir pas enquêté davantage sur la question. Elle souligne enfin qu'une affectation notable de la concurrence ne peut pas être sanctionnée selon l'art. 49*a* de la loi sur les cartels et qu'il n'est pas possible de lui imputer un comportement illicite, dans la mesure où l'autorité inférieure n'a pas identifié les personnes physiques responsables dudit comportement ni n'a démontré l'existence d'une intention d'agir de façon répréhensible. S'agissant du montant de la sanction et des frais de procédure, elle se plaint pour l'essentiel du fait que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de la baisse de sa capacité contributive et que sa condamnation solidaire aux frais de la procédure pourrait conduire à son surendettement.

F.
Le 20 novembre 2013, l'autorité inférieure a transmis sa réponse au recours. Elle conclut au rejet de celui-ci sous suite de frais. Elle conteste avoir violé l'art. 30 al. 2 de la loi sur les cartels, estimant que la recourante a pu se déterminer de manière complète sur les principes de base de la décision attaquée, plus précisément sur la violation de l'art. 5 al. 1 et 4 de la loi sur les cartels qui lui est reprochée. Partant, elle estime qu'elle-même ou le secrétariat n'était pas tenu de rédiger une nouvelle proposition de décision. Elle rappelle également que la recourante a de nouveau pu se déterminer sur la proposition de décision lors de son audition du 26 novembre 2012.

Cela étant, l'autorité inférieure expose d'abord que l'absence d'enquête à l'encontre des éditeurs français se justifie par des motifs d'opportunité, en raison du principe de la territorialité restreignant de façon importante ses possibilités d'actions à l'étranger ; elle expose que, les diffuseurs-distributeurs en Suisse étant les bénéficiaires directs de la restriction en cause, elle était légitimée en vertu de son pouvoir d'appréciation à restreindre son enquête à ces derniers. De même, elle souligne avoir dûment traité dans sa décision la question de la relation d'agence. Elle reproche à ce propos à la recourante d'avoir minimisé le risque de ducroire. Elle estime avoir correctement établi l'existence d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels, précisant que le système de distribution de la recourante repose sur une action collective consciente et voulue. L'autorité conteste ensuite que l'application de la présomption de

suppression de la concurrence efficace commande dans tous les cas d'établir la certitude d'une exclusion des ventes passives, compte tenu de l'allégement du fardeau de la preuve voulue par le législateur.

Elle rappelle que les systèmes de distribution prévoyant une exclusivité sont problématiques lorsque celle-ci a pour effet de prohiber les ventes passives. Revenant sur la portée du régime d'exclusivité de la recourante, elle expose que la distinction faite entre exclusivité « simple » et « stricte » est superflue, celle-ci étant appliquée de manière uniforme indépendamment de la formulation de la clause choisie. Elle maintient qu'aucune importation parallèle significative n'a pu être établie durant la période de l'enquête et que les seules expériences d'importations parallèles ne sont pas déterminantes au regard des spécificités à mettre en place pour les opérer. Elle précise par conséquent avoir démontré l'existence d'un accord interdisant les ventes passives ainsi que les effets de celui-ci, indiquant que les déclarations des détaillants valaient pour tous les diffuseurs-distributeurs. Elle fait encore valoir que l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels s'applique quand bien même la clause litigieuse ne prévoit pas directement une obligation pour le distributeur, le critère essentiel étant l'exclusion des ventes passives visée par les accords.

Concernant le marché de référence, l'autorité inférieure indique l'avoir correctement défini. Elle considère avoir suffisamment tenu compte de la vente électronique de livres imprimés dans le cadre de l'analyse de la pression concurrentielle, faisant valoir que les prix avantageux des livres vendus par ce biais bénéficient aux consommateurs finals, mais qu'il ne s'agit en aucun cas d'une source d'approvisionnement crédible pour les détaillants. De même, les clauses visées ayant directement affecté l'approvisionnement des détaillants, c'est à raison qu'elle a considéré le marché « wholesale » comme étant celui de référence. Enfin, une distinction entre les différentes catégories de livres serait superflue compte tenu du fait que chaque détaillant doit travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse. Enfin, l'autorité inférieure aurait tenu compte des grandes surfaces dans la décision attaquée. Quant à l'appréciation de la concurrence intramarque, elle relève que le niveau relativement bas des tabelles de la recourante ne signifie pas encore en soi qu'il n'existe aucune possibilité d'arbitrage. De même, s'agissant de la concurrence intermarques, la forte différenciation des produits obligerait les détaillants à devoir travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs suisses, de sorte qu'il n'existe, en raison des différents régimes d'exclusivité, aucune concurrence intermarques. Enfin, s'agissant de l'examen subsidiaire de la notabilité de la restriction et de sa

justification, elle renvoie en substance à la motivation de la décision attaquée.

G.
Le 10 janvier 2014, la recourante a transmis sa réplique. Elle maintient intégralement les conclusions prises dans son recours du 12 juillet 2013 ainsi que les griefs formulés. Rappelant à titre liminaire que son droit d'être entendu a été violé, elle soutient que, par sa manière de procéder, l'autorité inférieure a agi de manière contraire au principe de la bonne foi. Elle insiste ensuite sur le fait que sa situation personnelle diffère de celles des autres diffuseurs-distributeurs en tant qu'elle n'est qu'un pur prestataire de services, qu'elle n'appartient à aucun groupe éditorial et que ses tabelles sont connues pour être basses – même si elles sont plus élevées que celles de Servidis. Elle réitère ses griefs en lien avec les concepts erronés et opinions générales sur lesquels se fonde la décision attaquée. Elle allègue que l'autorité inférieure s'est abstenue d'enquêter au sujet des éditeurs et revendeurs étrangers et les a indûment exclus de la décision et fait valoir que les clauses litigieuses ont visé à garantir son exclusivité, mais n'ont pas restreint les ventes passives. Elle reproche à l'autorité inférieure de surévaluer les possibilités d'arbitrage, voire de ne pas les démontrer. Revenant sur le renversement de la présomption, la recourante relève que, contrairement à la présente affaire, l'autorité inférieure a pris en compte la vente électronique de livres imprimés lors de l'examen du marché dans la décision portant sur la fusion des sociétés Orell-Füssli et Thalia ; de même, elle soutient que la proposition d'un plan de paiement échelonné de la sanction proposé par l'autorité inférieure ne modifie en rien l'exigibilité de la créance et la situation de surendettement que celle-ci créerait.

H.
Le 17 février 2014, l'autorité inférieure a transmis sa duplique. Elle maintient ses conclusions et ses arguments quant aux griefs invoqués. Elle précise notamment que l'audition de la recourante a permis de confirmer sur de nombreux points les constatations de fait de l'enquête et que la recourante n'a apporté aucun élément permettant de remettre en cause leurs appréciations. Elle souligne ensuite que les arguments développés par la recourante démontrent bien l'existence d'un système de distribution excluant les ventes passives. Enfin, s'agissant de la décision portant sur la fusion des sociétés Orell-Füssli et Thalia, elle fait valoir que la définition du marché a reposé dans cette affaire sur la situation prévalant en 2013, qu'elle concernait les livres écrits en allemand et qu'elle se fondait, s'agissant d'un contrôle de concentration, sur une approche prospective du marché.

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

J.
L'autorité inférieure a indiqué, par courrier du 25 juin 2014, que la suspension de la procédure ne se justifiait pas dans la mesure où la notabilité de l'affectation de la concurrence avait été établie d'un point de vue quantitatif et qualitatif dans la décision entreprise. Partant, le sort des procédures Gaba/Gebro devant le Tribunal fédéral n'aurait, selon elle, aucune influence sur la présente procédure de recours.

K.
Le 2 juillet 2014, la recourante a indiqué s'opposer à une suspension de la procédure. Elle considère que les griefs invoqués à l'encontre de la décision n'ont pas de lien direct avec les causes Gaba/Gebro et qu'une suspension prolongerait de façon injustifiée la présente procédure de recours.

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

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

Droit :

1. Recevabilité

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

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

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

1.2.2 La recourante conclut principalement à ce que la décision attaquée soit annulée, subsidiairement à ce que seuls soient annulés les chiffres 1.4 et 2 du dispositif de cette dernière. 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 entravé les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse par des contrats de distribution et/ou de diffusion.

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 condamnatoire ; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (cf. André Grisel, Traité de droit administratif, vol. II, 1984, p. 867).

1.3.2 En l'occurrence, la conclusion tendant à ce qu'il soit constaté que la recourante n'a pas entravé les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse par des contrats de distribution et/ou de diffusion 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 Au surplus, les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

2. Base légale et objet du litige

2.1 La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart, RS 251) – partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) – a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

2.2 Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de

fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources (art. 5 al. 2 let. a LCart) ; et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (art. 5 al. 2 let. b LCart). Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace notamment les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (art. 5 al. 4 LCart). L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (art. 49*a* 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 1re 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 1re 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 1re phrase LCart) ; elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1re phrase LCart).

2.4 En application de l'art. 6 al. 1 1re 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 1er août 2010 et révisée le 22 mai 2017. Elle a fait l'objet d'une note explicative, arrêtée le 12 juin 2017 et révisée le 9 avril 2018 (ci-après : la note explicative). La communication et sa note explicative ont été publiées sur le site Internet de la Comco (cf. < https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html >, consulté le 30 octobre 2019). Dites communications – lesquelles s'apparentent à des ordonnances administratives qui ne lient pas le Tribunal administratif fédéral – sont prises en considération dans la mesure où elles permettent une interprétation équitable et E.H._____ptée 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, 2e éd. 2013, art. 6 LCart p. 598 ss nº 40 ss ; KLAUS NEFF, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 6 p. 458 nº 24 ss).

2.5 Dans sa décision du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement de […] francs en application de l'art. 49*a* LCart pour avoir conclu avec ses partenaires de distribution des accords attribuant des territoires, alors que son système de distribution interdisait les ventes passives par d'autres distributeurs. En substance, elle a considéré notamment que l'engagement pris par les partenaires de distribution de confier à la recourante l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution sur le territoire suisse de leurs ouvrages, de « *ne pas vendre ou laisser vendre* [leurs] *ouvrages sur ce territoire* », d'adresser à la recourante « *tous les ordres qui pourraient* [leur] *parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse* » 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, pour sa part, conteste l'existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 LCart. Sur ce point, elle s'en prend aux faits établis par l'autorité inférieure et considère que ceux-ci ont été constatés de manière inexacte et incomplète et que, ce faisant, l'autorité inférieure a violé le droit fédéral et l'art. 5 LCart en particulier, dès lors que son système de distribution 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 1er août 2010 (ch. 19 CommVert) et ceux qui faisaient déjà l'objet d'une enquête préalable à cette date (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 3.2 ; REYMOND, op. cit., art. 6 LCart p. 617 no 130).

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

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

3.1 Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises. Est soumise à la loi sur les cartels toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al.1*bis* LCart) et jouissant par ailleurs d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 du 14 septembre 2015 *Swisscom ADSL* consid. 27 et B-2977/2007 du 27 avril 2010 *Publigroupe* consid. 4.1). La loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart ; cf. message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [Loi sur les cartels, LCart], FF 1995 I 472, 535 s. ch. 222.2 [ci-après : message LCart 1995]).

Lorsque plusieurs filiales appartenant à un même groupe sont effectivement contrôlées par leur société-mère, il est admis, par la jurisprudence et la doctrine, – dès lors que les différentes entités du groupe ne peuvent se comporter de manière indépendante les unes par rapport aux autres – que celles-ci forment une seule et même entreprise au sens de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-831/2011 du 18 décembre 2018

SIX Group consid. 39 ss, B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 29 et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 4.1 ; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35 ; JENS LEHNE, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 2 p. 84 s. no 27-29 ; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in : Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, p. 1278 ss). En l'occurrence, la recourante ne fait partie d'aucun groupe ; elle ne le prétend d'ailleurs pas. Il s'ensuit qu'elle constitue une entité indépendante aux yeux de la loi sur les cartels.

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

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

3.2 S'agissant des conditions d'application matérielles, la recourante est chargée de diffuser et distribuer les ouvrages qui lui sont confiés ; elle entretient ainsi une relation commerciale verticale avec ses partenaires de distribution en amont qui éditent lesdits ouvrages. Elle sous-traite ensuite la distribution desdits ouvrages à Servidis et entretient donc aussi une relation commerciale verticale avec celle-ci.

Pour le reste, il y a lieu de déterminer s'il existait entre la recourante et ses partenaires de distribution des accords en matière de concurrence pour la période – délimitée par l'autorité inférieure – s'étendant de l'année 2005 à l'année 2011. L'examen de cette question présente une double pertinence, en ce sens que l'existence d'un accord en matière de concurrence constitue non seulement une condition de l'application de la loi sur les cartels, mais également une prémisse à l'admission d'une restriction illicite à la concurrence. La question sera examinée ci-après (cf. infra consid. 7 et 8).

4. Griefs formels

La recourante soulève divers griefs formels en lien avec le droit d'être entendu qu'il y a lieu d'examiner préalablement. Principalement, elle se

plaint d'une violation de son droit d'être informée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre elle (cf. infra consid. 4.1) et fait valoir que la décision entreprise diverge à tel point du projet de décision qu'une nouvelle proposition de décision aurait dû lui être notifiée afin qu'elle puisse se déterminer sur ces modifications conformément à l'art. 30 al. 2 LCart (cf. infra consid. 4.2). Subsidiairement, elle estime que l'autorité inférieure a violé son droit d'être entendu en tant que la motivation de la décision attaquée se fonde sur l'absence de contestation de sa part sur certains points et ne tient pas compte des éléments qu'elle a apportés en cours de procédure. De même, elle ne motive pas les raisons du classement de la procédure à l'égard de trois diffuseurs-distributeurs (cf. infra consid. 4.3). Enfin, elle estime que la manière dont le secrétariat a mené l'instruction viole la maxime inquisitoire (cf. infra consid. 4.4).

4.1 La recourante fait d'abord valoir qu'elle n'aurait pas été en mesure de préparer sa défense efficacement en raison du manque de délimitation de l'objet de l'enquête après son extension en date du 2 mars 2011. Ce faisant, l'autorité inférieure aurait violé l'art. 6 par. 3 let. a CEDH.

4.1.1 Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. et consacré aux art. 29 ss PA comprend notamment le droit d'être informé sur la procédure et celui de consulter le dossier. Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Néanmoins, exceptionnellement, lorsque la violation du droit d'être entendu ne s'avère pas particulièrement grave, celle-ci peut être guérie si la partie lésée dispose de la possibilité de se prononcer devant une instance dont la cognition est similaire à celle de l'instance inférieure (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1 ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., Zurich 2013, p. 193 no 548).

Quant à l'art. 6 par. 3 let. a CEDH, il prévoit que tout accusé a droit notamment d'être informé, dans le plus court délai, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Cette disposition porte sur un des aspects du droit à un procès équitable prévu par l'art. 6 CEDH et garantit que l'information devant être communiquée à l'accusé lui sera transmise au moment de l'inculpation ou au début de la procédure ; il est à cet effet essentiel que l'infraction dont une personne est accusée soit la même que celle portant sur l'acte d'accusation (cf. ATF 126 I 153 consid. 4 ; arrêt du TF 6P.142/1999 consid. 2a ; arrêt de la CourEDH *Pélissier-Sassi contre France* du 25 mars 1999, Grande chambre 25444/94, Recueil CourEDH

1999-II p. 332 ch. 61 ss ; NUALA MOLE/CATHARINA HARBY, in : Précis n° 3 : Le droit à un procès équitable – Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, 2002, p. 56 s. ; JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3e éd. 2009, art. 6 no 278 ss). La notion d'accusation au sens de l'art. 6 CEDH s'interprète de façon autonome ; d'emblée, il y a lieu de relever que cette notion s'entend dans son acceptation matérielle et non formelle. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que les sanctions infligées au sens de l'art. 49*a* LCart revêtent un caractère similaire au droit pénal et que notamment les garanties minimales de l'art. 6 CEDH étaient dès lors applicables, leur portée respective devant cependant être examinée dans chaque cas concret (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2 ; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 4.2 ; arrêt du TAF B-8399/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Siegenia* consid. 3). La nature d'une procédure administrative peut en effet différer, sous plusieurs aspects, de celle d'une procédure pénale au sens strict. Si ces différences ne sauraient exonérer les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'Homme de respecter toutes les garanties offertes par l'art. 6 CEDH, elles sont de nature toutefois à influencer les modalités de leur application (cf. arrêt de la CourEDH *Menarini Diagnostics contre Italie* du 27 septembre 2011, 43509/08 p. 15 ch. 62 ; arrêt du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 6.1.3).

Dans ce sens, il convient d'examiner si les dispositions procédurales de la loi sur les cartels – et celles de la loi sur la procédure administrative applicables dans les limites du renvoi de l'art. 39 LCart – suffisent en l'état à garantir le respect de l'art. 6 par. 3 let. a CEDH.

4.1.2 La loi sur les cartels prévoit deux formes de procédure : d'une part, l'enquête proprement dite et, d'autre part, l'enquête préliminaire. Cette dernière constitue une procédure à caractère informel qui n'aboutit pas à une décision susceptible de recours (cf. arrêts du TAF B-463/2010 du 19 décembre 2013 *Gebro* consid. 4.1.3 et B-4037/2007 du 29 février 2008 *Maestro Interchange* consid. 6.1). Les autorités de la concurrence disposent dans les deux types de procédure d'une large marge d'appréciation, portant tant sur l'opportunité d'ouvrir de telles enquêtes – soit pour déterminer s'il existe un intérêt public suffisant à ladite ouverture – que sur les clarifications à ordonner une fois l'une ou l'autre de ces enquêtes ouvertes (cf. ATF 135 II 60 *Maestro Interchange* consid. 3.1.2 ; arrêt B-463/2010 précité *Gebro* consid. 4.1.4 ; PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 26 LCart p. 1217 s. no 11 et 16 ; BEAT

ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 26 p. 1271 s. nº 66 ss).

Selon l'art. 26 al. 1 LCart, le secrétariat peut mener, avant l'ouverture de l'enquête proprement dite, une enquête préalable d'office, à la demande des entreprises concernées ou sur dénonciation de tiers. Cette enquête permet notamment d'assurer le tri des affaires nécessitant l'ouverture d'une enquête proprement dite au moyen des indices disponibles ; il n'existe pas de droit à l'ouverture d'une enquête préalable. De même, en raison de la formulation potestative de l'art. 26 LCart, les autorités en matière de concurrence sont habilitées à ouvrir directement une enquête au sens de l'art. 27 LCart s'il existe suffisamment d'indices d'une restriction illicite à la concurrence, sans être tenues de procéder auparavant à une enquête préalable (cf. arrêt B-463/2010 précité *Gebro* consid. 4.1.6).

Conformément à l'art. 27 al. 1 LCart, le secrétariat ouvre une enquête d'entente avec un membre de la présidence de la Comco – ou sur invitation de la Comco ou du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche – sur la base des indices de restriction illicite à la concurrence réunis, en principe, dans le cadre de l'enquête préalable. Pour ce faire, il notifie par écrit l'ouverture de l'enquête aux parties concernées, en y mentionnant l'objet – soit la ou les restrictions visées – et les entreprises contre lesquelles celle-ci est dirigée ; en outre, il communique, par voie de publication officielle, l'ouverture de l'enquête en y ajoutant un avis invitant les tiers concernés (art. 43 LCart) à s'annoncer dans un délai de trente jours s'ils désirent participer à l'enquête (art. 28 al. 1 et 2 LCart ; cf. DUCREY/CARRON, op. cit., art. 27 LCart p. 1228 nº 19 s. et art. 28 LCart p. 1231 s. nº 6 ss ; ZIRLICK/TAGMANN, op. cit., art. 28 p. 1325 ss nº 12 et 19 s.). L'enquête doit servir en premier lieu à mettre en lumière les effets de restrictions à la concurrence passées ou actuelles, à préparer les décisions d'interdiction et à sanctionner, le cas échéant, lesdites restrictions (cf. arrêts B-463/2010 précité *Gebro* consid. 4.1.3 et B-4037/2007 précité *Maestro Interchange* consid. 6.1). L'enquête est soumise à la maxime inquisitoire dont les contours sont définis par les art. 12 ss PA ainsi que par les art. 40 ss LCart. Sous réserve du pouvoir d'intervention de la Comco, le Secrétariat établit l'état de fait pertinent en règle générale à l'aide de questionnaires adressés aux personnes ou entreprises en mesure de livrer des informations nécessaires au cas d'espèce, et par l'emploi des moyens classiques d'instruction tels que l'audition des parties, les témoignages, les perquisitions, les saisies, les inspections locales, l'audition d'experts et l'entraide administrative avec les

autorités fédérales et cantonales (cf. DUCREY/CARRON, op. cit., art. 23 LCart n° 15 p. 1191 et art. 27 p. 1229 s. nº 23 ss).

S'il est appelé dans cette mesure à mener l'enquête, le secrétariat peut exiger la collaboration des participants concernés, lesquels bénéficient en contrepartie des différentes prérogatives du droit d'être entendu, telles qu'en particulier le droit de consulter le dossier et celui de participer à la constatation des faits pertinents. La clôture formelle de l'enquête se fait sous la forme d'une proposition de décision – accompagnée d'un bordereau complet des pièces du dossier – sur laquelle les participants sont invités à communiquer au préalable leur avis détaillé avant que celle-ci ne statue le cas échéant (art. 30 al. 1 et 2 LCart). La proposition de décision ne signifie cependant pas encore que l'instruction en vue d'établir l'état de fait pertinent est définitivement close, la Comco pouvant, en vertu de l'art. 30 al. 2 LCart, procéder à des auditions et charger le Secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête, voire lui renvoyer le dossier pour complément d'instruction (cf. arrêt du TF 2C_732/2008 du 24 mars 2009 consid. 2.3.3 ; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 nº 15 s. ; ZIRLICK/TAGMANN, op. cit., art. 30 p. 1369 ss nº 47 ss) ; elle peut le faire notamment pour tenir compte d'éléments de fait pertinents qui ressortiraient des avis écrits des participants ou des pièces produites à leur appui. En effet, la proposition de décision n'est, comme sa nature l'indique, qu'une proposition de la qualification juridique qu'attache le secrétariat à l'état de fait dressé jusque-là. Enfin, indépendamment de son avancement, l'enquête doit être classée dans la mesure où la Comco – qui dispose du pouvoir décisionnel – ne peut pas reprocher de restrictions illicites à la concurrence (cf. arrêt B-463/2010 précité *Gebro* consid. 4.1.3).

Il suit de ce qui précède que les enquêtes au sens de l'art. 27 al. 1 LCart débutent sur la base de simples indices d'une ou de plusieurs restrictions à la concurrence dont il s'agit encore de vérifier et d'étayer le fondement, afin de déterminer s'il y a réellement lieu ou non d'en retenir l'existence et, le cas échéant, de les sanctionner ; ces indices n'expriment, au moment de l'ouverture de l'enquête proprement dite, qu'une éventualité dans le contexte de laquelle il faut ensuite réunir les éléments à charge et à décharge des entreprises concernées. L'autorité inférieure souligne ainsi, à juste titre, que l'enquête a précisément pour but de confirmer ou de nier l'existence d'un éventuel comportement illicite en permettant au secrétariat de rassembler suffisamment d'éléments par les mesures d'enquête nécessaires et de qualifier juridiquement les faits ainsi retenus. Ainsi, s'il est vrai que, dès l'ouverture de l'enquête proprement dite, les participants sont pleinement en mesure d'exercer les différentes prérogatives du droit

d'être entendu que leur confèrent les dispositions de la loi sur la procédure administrative – telles que le droit de consulter le dossier et celui de participer à la constatation des faits pertinents – il n'en va pas de même à ce stade s'agissant de leur droit d'être informé des charges de manière détaillée au sens de l'art. 6 par. 3 let. a CEDH. L'exercice de ce droit devant certes être rendu possible dans le plus court délai, il n'en demeure pas moins qu'il est étroitement lié à l'avancement de l'enquête. Les autorités de la concurrence s'appliquant elles-mêmes à réunir les éléments de fait, elles ne sont pas aptes à livrer des informations précises et complètes au sujet des charges, à tout le moins à l'ouverture de l'enquête proprement dite. Dans ce contexte, compte tenu de la complexité de l'établissement des faits en matière de cartels, il est admis que les autorités de la concurrence se voient parfois contraintes d'étendre l'objet de leur enquête et/ou de diriger celle-ci envers d'autres entreprises, lorsque les mesures d'enquête ordonnées sur la base des indices initiaux révèlent de nouveaux éléments de fait susceptibles de constituer d'autres restrictions illicites à la concurrence (cf. arrêt B-463/2010 précité *Gebro* consid. 4.1.6). Dans ce contexte, la communication de l'ouverture de l'enquête dans la Feuille officielle a pour vocation essentielle de faire appel aux personnes et entités capables de contribuer, par leur participation, à l'établissement des faits.

Il s'ensuit que le droit que tend à assurer l'art. 6 par. 3 let. a CEDH est garanti en procédure cartellaire tant par le renforcement de l'exercice du droit à la consultation du dossier que par la soumission de la proposition de décision. Les participants ont à ce moment l'opportunité de se prononcer en connaissance de cause. Ils peuvent en effet faire valoir leurs arguments par un avis écrit ainsi que produire leurs moyens de preuve, après avoir pu prendre connaissance des pièces du dossier et avoir été informés de manière détaillée des faits reprochés et de leur qualification juridique. Leur droit de se défendre et, plus généralement celui d'être entendu, est dès lors assuré (cf. arrêt du TF 2A.430/2006 du 6 février 2007 *Sammelrevers* consid. 7.2 ; arrêt B-463/2010 précité *Gebro* consid. 4.1.6). N'étant pas liée par la proposition de décision, l'autorité inférieure peut poursuivre l'instruction (art. 30 al. 2, 2^{e} phrase LCart), lorsqu'elle l'estime nécessaire pour l'établissement des faits pertinents, de sorte que les moyens de défense avancés par les entreprises participantes sont susceptibles d'influer sur la décision à rendre. En définitive, force est de reconnaître que la procédure prévue par la loi sur les cartels suffit à garantir le respect de l'art. 6 par. 3 let. a CEDH.

4.1.3 En l'occurrence, l'objet de l'enquête a été étendu en date du 2 mars 2011 et celle-ci s'est dirigée envers diverses entreprises au fur et à

mesure de sa progression. Il ne ressort pas du dossier que le secrétariat ou l'autorité inférieure aurait mené l'enquête en violation des art. 26 et 27 LCart. En outre, la recourante, assistée d'un avocat dès le 19 février 2010 – soit dès les premiers actes de l'enquête au sens de l'art. 27 LCart – a pu pleinement s'exprimer et produire des pièces tant sur invitation que de manière spontanée avant l'établissement de la proposition de décision. Son droit d'être entendu au sens de l'art. 29 al. 2 Cst. s'est trouvé renforcé par la mise à disposition complète et systématique des pièces consultables du dossier et les délais régulièrement prolongés, lui permettant ainsi de se déterminer et de participer à la constatation des faits pertinents dans les meilleures conditions, compte tenu de l'avancement de la procédure.

Il suit de là que, mal fondé, le grief de la recourante doit être rejeté.

4.2 La recourante allègue ensuite n'avoir pas pu se déterminer préalablement à la décision attaquée, dans la mesure où elle considère que l'autorité inférieure devait lui soumettre un nouveau projet de décision et lui donner l'opportunité de se prononcer sur celui-ci.

4.2.1 Elle conteste d'une part la pertinence de la jurisprudence du Tribunal fédéral, sur laquelle l'autorité inférieure se fonde pour justifier l'absence de nouvelle proposition de décision, dans la mesure où dite jurisprudence se fonde sur des circonstances procédurales différentes et qu'elle a été rendue en application du régime de la loi sur les cartels avant sa modification du 20 juin 2003, laquelle a introduit un régime de sanction impliquant de meilleures garanties procédurales. A cet effet, elle soulève n'avoir pas pu se déterminer suffisamment, dans la mesure où l'instruction menée par le secrétariat et la proposition de décision sont incomplètes – spécifiquement s'agissant du calcul de la sanction – et les faits reprochés trop étendus. Ainsi, elle précise que ni dans ses déterminations du 11 octobre 2012 sur la proposition de décision du 14 août 2012, ni l'exposé des faits durant son audience ne lui ont permis de prendre position sur toutes les hypothèses envisageables. Elle soutient que les auditions menées par la Comco ne visaient pas à assurer son droit d'être entendu, mais tendaient à remédier aux lacunes de l'instruction menée jusque-là, les questions posées lors de dite audition n'ayant été – de l'avis de la recourante – qu'à charge ; elles n'ont notamment pas permis de compléter l'état de fait de manière satisfaisante. Elle allègue que si l'autorité inférieure lui avait soumis un nouveau projet, les questions relatives à la modification de son chiffre d'affaires et à la réduction de l'amende auraient pu être résolues à ce stade déjà. De même, il existerait des divergences importantes entre la proposition du secrétariat et la décision attaquée, ce

qu'attesterait le fait que la décision attaquée comprend 171 pages, alors que la proposition seulement 92. Elle conteste à cet égard l'indépendance que se réserve l'autorité inférieure par rapport à la proposition du secrétariat.

L'autorité inférieure estime en substance qu'elle n'était pas tenue de rédiger une nouvelle proposition de décision puisque la recourante s'était déjà prononcée dans sa prise de position du 11 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 qui lui est reprochée.

4.2.2 Le droit d'être entendu (cf. supra consid. 4.1.1) comprend aussi le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier avant qu'une décision ne soit prise concernant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles, ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3 et 135 II 286 consid. 5.1 ; arrêts du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 4 et B-2050/2007 du 24 février 2010 consid. 6.1 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, op. cit., p. 172 ss n° 488 ss).

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

En droit des cartels, le droit d'être entendu est élargi, en ce sens que les parties concernées par l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat (art. 30 al. 2 1re phrase LCart) avant que l'autorité inférieure ne rende sa décision (cf. arrêt du TF 2A.492/2002 du 17 juin 2003 *Elektra Baselland* consid. 3.4). Ce droit porte sur la totalité de la proposition du secrétariat, à savoir sur l'état de fait établi, les considérants juridiques et le dispositif proposé. Il va ainsi plus loin que ce que le droit d'être entendu, découlant des art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA, prévoit (cf. ATF 129 II 497 consid. 2.2 ; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 30

LCart p. 1240 nº 13 ; ZIRLICK/TAGMANN, op. cit., art. 30 p. 1362 nº 18 s.). S'agissant toutefois de la suite de la procédure, à savoir une fois le dossier en mains de l'autorité inférieure, seul s'applique – en vertu du renvoi de l'art. 39 LCart aux dispositions de la loi sur la procédure administrative – le droit d'être entendu, tel que garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA, en particulier par l'art. 30 al. 1 PA. Or, le droit d'être entendu ne confère pas à la partie le droit de se déterminer sur chaque résultat possible auquel l'autorité peut envisager d'aboutir. En ce sens, l'autorité n'a pas à soumettre sa motivation aux parties préalablement pour prise de position (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2). L'exercice du droit d'être entendu se limite en général aux faits pertinents. Il ne donne en principe pas le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation juridique que l'autorité envisage de retenir. Des exceptions sont toutefois réservées, lorsque celle-ci entend se fonder sur des normes juridiques à l'application desquelles les parties intéressées ne peuvent s'attendre, lorsque la situation juridique a changé ou lorsque l'autorité dispose d'une marge d'appréciation particulièrement grande (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2 ; arrêts 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 7 et 2A.492/2002 précité *Elektra Baselland* consid. 3.2 ; arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 5.2.3). En d'autres termes, si l'autorité inférieure modifie la proposition du secrétariat, compte tenu notamment des prises de positions des parties, il n'en résulte pas un nouveau droit à une prise de position selon l'art. 30 al. 2 LCart, applicable à la seule proposition du secrétariat ; une modification de l'argumentation juridique ne constitue en outre pas une violation du droit d'être entendu, dans les limites imposées par les art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2 ; arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 7 ; arrêts B-506/2010 précité *Gaba* consid. 4.1.3 et B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 5.2.3 ; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 nº 14).

De plus, si elle le juge utile, l'autorité inférieure peut encore ordonner des mesures d'instruction supplémentaires. Elle peut ainsi procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 *in fine* LCart). Elle peut notamment ordonner l'audition des participants ou de leurs avocats (cf. arrêt du TF 2C_732/2008 du 24 mars 2009 consid. 2.3.3 ; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 nº 15 s. ; ZIRLICK/TAGMANN, op. cit., art. 30 p. 1369 ss nº 47 ss).

Contrairement au droit à un procès équitable consacré à l'art. 6 par. 3 CEDH et 32 al. 2 Cst., le droit d'être entendu consacré à l'art. 6 par. 1 CEDH et à l'art. 29 al. 2 Cst n'est pas garanti de manière différente en procédure pénale ou administrative. Il ne porte que sur les faits pertinents, leur établissement et, dans des cas particuliers, sur l'appréciation juridique (cf. en procédure administrative, PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, Vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd. 2011, p. 321 s. ; PATRICK SUTTER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, art. 30 PA p. 431 s. no 1 s. ; en procédure pénale, WOLFGANG WOHLERS, in : Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2e éd., 2014, art. 3 p. 27 ss ; MICHEL HOTTELIER, in : Commentaire romand du Code de procédure pénale suisse, 2011, art. 3 p. 22 s.). En ce sens, l'introduction de l'art. 49*a* LCart n'a pas influencé le contenu de l'art. 30 al. 2 LCart. Dans ces conditions, il n'y a pas de raison de s'écarter de la pratique relative à cette disposition.

4.2.3 En l'espèce, il ressort que la différence principale entre la proposition du secrétariat et la décision de l'autorité inférieure tient de l'abandon des griefs en lien avec l'existence d'accords horizontaux d'attribution de territoires et d'accords verticaux en matière de prix. Cet abandon étant, en définitive, favorable à la recourante, il n'est pas nécessaire d'y revenir. De même, celle-ci ne démontre pas en quoi le fait que l'autorité inférieure ait finalement renoncé à faire valoir des éléments qui auraient pu mettre en cause certaines librairies ou à poursuivre certains diffuseurs-distributeurs lui causerait un préjudice ou constituerait une violation de son droit d'être entendu.

Au surplus, l'autorité inférieure ne s'est pas fondée sur des normes légales dont les parties ne pouvaient envisager la pertinence en l'espèce. A l'instar du secrétariat, elle n'a pas retenu l'existence d'un abus de position dominante. De plus, elle s'est concentrée sur un seul type d'accords illicites visés initialement par la proposition, pour lequel la recourante a formulé certains griefs sur ce point dans sa prise de position du 11 octobre 2012.

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

Par ailleurs, nombres d'arguments avancés à titre d'exemple portent soit sur des questions d'appréciation juridique, ce qui sera traité ultérieurement, soit manquent singulièrement de substance. En particulier, s'agissant des questions relatives à la modification du chiffre d'affaires et de la réduction de l'amende, la recourante n'indique pas qu'elle n'aurait pas pu se déterminer à l'égard des faits retenus dans la décision.

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

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

4.3 La recourante se plaint encore de ce que la motivation de l'autorité inférieure se fonde – pour certains points – sur l'absence de contestation de sa part et ne saurait être suivie. De plus, elle reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir motivé le classement de la procédure à l'égard de trois diffuseurs-distributeurs ; elle en déduit ne pas pouvoir se déterminer sur ces éléments fondamentaux.

4.3.1 Il y a lieu de relever que l'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige ; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (cf. ATF 133 III 439 consid. 3.3 ; arrêt du TF 2C_622/2012 du 17 juin 2013 consid. 5.3).

En l'espèce, la décision du 27 mai 2013 renvoie régulièrement à l'avis écrit de la recourante, au contenu de son audition ainsi qu'aux autres pièces du dossier, dont elle a pu prendre connaissance. En particulier, la recourante a pu se déterminer en date du 12 octobre 2012 par un avis écrit de 61 pages, accompagné de 39 annexes. Son audition, d'une durée d'environ une heure, a été suivie d'un écrit de 8 pages déposé spontanément début janvier. De même, la recourante a pu saisir la motivation essentielle de la décision et l'attaquer en connaissance de cause. Sur ce point, il ne peut donc être reproché à l'autorité inférieure de ne pas avoir respecté le droit d'être entendu de la recourante.

4.3.2 Enfin, la recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé son droit d'être entendu en tant qu'elle ne motive pas pourquoi elle a classé la procédure à l'encontre de trois diffuseurs-distributeurs et condamné dix autres, dont la recourante.

En l'occurrence, alors que le projet de décision du 14 août 2012 prévoyait de sanctionner trois autres diffuseurs-distributeurs, la décision attaquée classe la procédure à leur encontre. Dite décision ne contient toutefois aucune indication quant aux motifs pour lesquels il a été renoncé à sanctionner ces trois diffuseurs-distributeurs.

L'obligation de motiver une décision doit permettre à l'intéressé de la comprendre et de l'attaquer utilement et, s'il y a lieu, à l'autorité de recours d'exercer son contrôle. L'autorité peut toutefois se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (cf. supra consid. 4.3.1). Néanmoins, on ne saurait d'emblée nier l'intérêt de la recourante à connaître les motifs pour lesquels les charges ont été abandonnées à l'encontre de trois diffuseurs-distributeurs.

Toutefois, il y a lieu de relever que, dans sa proposition de décision du 14 août 2012, le secrétariat avait retenu que ces trois diffuseurs-distributeurs avaient participé à un accord illicite horizontal de répartition géographique ainsi qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente (cf. ch. 316 de la proposition de décision). Cependant, s'agissant d'un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution – à savoir le seul accord qui fait l'objet de la présente procédure – la proposition de décision constatait qu'un tel accord ne pouvait être démontré dans les relations commerciales des trois diffuseurs-distributeurs concernés.

En application du principe *in dubio pro reo*, l'autorité inférieure a, dans la décision attaquée, constaté qu'un accord horizontal de répartition géographique ainsi qu'un accord vertical de fixation des prix de revente n'étaient pas prouvés et a, par conséquent, abandonné les charges y relatives contre l'ensemble des diffuseurs-distributeurs (cf. ch. 202 de la décision attaquée). Puisque, dans la décision attaquée, seule la constatation d'accords illicites verticaux attribuant des territoires dans la distribution a été retenue, les motifs de classement de l'enquête à l'encontre des trois diffuseurs-distributeurs concernés sont évidents. Il pouvait être ainsi raisonnablement attendu de la recourante qu'elle parvienne d'elle-même à cette conclusion, de sorte que même s'il eût été préférable que l'autorité inférieure précise les raisons du classement dans les considérants de la décision attaquée, une lecture de celle-ci en lien avec la proposition de décision du 14 août 2012 permet aisément de saisir les motifs qui ont guidé l'autorité sur ce point. Partant, quand bien même l'absence de motifs sur ce point constituerait une violation du droit d'être entendu de la recourante, dite violation n'en demeurerait pas moins réparée.

4.3.3 Mal fondés, les griefs soulevés par la recourante doivent être rejetés.

4.4 La recourante s'en prend enfin à la manière dont le secrétariat a mené l'instruction. Elle souligne qu'il appartient aux autorités d'établir les faits d'office et argue, sans plus de précision que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de nombreux éléments que la recourante a avancés au cours de l'enquête.

4.4.1 A cet égard, il y a lieu de préciser que la procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). Elle définit ainsi les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier.

La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1 ; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 186 ; Clémence Grisel, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, p. 49 s. n° 142). Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure où elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). A cet égard, l'art. 40 LCart fonde une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés. Ainsi, la maxime inquisitoire ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits ; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître.

En l'absence de collaboration de la partie concernée, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi ne tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.4.2 et 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du TF 1C_1/2015 du 10 août 2015 consid. 2.1).

4.4.2 En l'espèce, l'autorité inférieure et le secrétariat ont recueilli d'office, dans le cadre de l'enquête préalable menée du 12 juillet 2007 au

13 mars 2008 et après l'ouverture de l'enquête, des informations auprès des principaux diffuseurs-distributeurs et de nombreux détaillants.

En particulier, le secrétariat a envoyé le 31 octobre 2008 des questionnaires aux 13 diffuseurs-distributeurs visés par l'enquête, portant sur les possibilités d'approvisionnement dont disposaient les détaillants, la manière de déterminer les prix des livres en Suisse, l'activité de diffusion-distribution et les conditions d'entrée sur le marché. Il a encore envoyé le 9 décembre 2008 des questionnaires à l'ensemble des détaillants actifs en Suisse romande portant sur leurs possibilités de s'approvisionner en livres, l'influence des tabelles de conversion sur leur politique de prix et leur assortiment de livres. Enfin, il a adressé en 2010 aux diffuseurs-distributeurs des questions complémentaires comprenant dans une première partie des questions visant à obtenir des précisions quant aux réponses fournies au questionnaire de 2008, puis dans un second temps des informations sur les livres diffusés-distribués. Le 2 mars 2011, le secrétariat a envoyé un nouveau questionnaire aux diffuseurs-distributeurs ainsi qu'aux détaillants portant sur l'utilisation des prix publics recommandés, les canaux d'approvisionnement alternatifs, l'utilisation des tabelles de conversion et les relations entre les diffuseurs-distributeurs, les détaillants et la distribution via Internet. A noter que l'élaboration et l'évaluation de ces questionnaires ont été effectuées en collaboration avec la surveillance de prix, conformément à l'art. 41 LCart.

En 2012, le secrétariat a encore demandé des informations complémentaires aux diffuseurs-distributeurs, les a invités à indiquer leurs chiffres d'affaires pour les années 2009 à 2011 et à exposer leurs relations avec leurs fournisseurs. Il a procédé à l'audition de Payot, de la présidente et de la secrétaire de l'ASDEL. Enfin, l'autorité inférieure a notamment procédé à l'audition des diffuseurs-distributeurs concernés, dont la recourante, ainsi qu'à celle de Payot, de la FNAC, de la Librairie A._____ et de B.A._____.

4.4.3 Sur le vu de ce qui précède, il n'apparaît pas que l'autorité inférieure ait méconnu son devoir d'établir les faits d'office ni omis de porter au dossier les pièces produites par la recourante. Il s'ensuit que l'autorité inférieure n'a pas violé la maxime inquisitoire.

Autre est la question de savoir si, dans le cadre de l'application de la maxime inquisitoire, l'autorité inférieure a constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète, ce qui sera examiné ci-après.

4.5 Mal fondés, l'ensemble des griefs formels soulevés par la recourante doivent par conséquent être rejetés.

5. Principe de la bonne foi

Dans sa réplique, la recourante se plaint d'une violation du principe de la bonne foi en lien avec le fait pour l'autorité inférieure de ne pas avoir soumis une nouvelle proposition de décision. De même, elle allègue que le fait de ne pas avoir renvoyé l'enquête au secrétariat, d'avoir renoncé à certains griefs et à toute charge contre trois diffuseurs-distributeurs parties à l'enquête traduirait des manquements procéduraux contraires au principe de la bonne foi.

Le grief soulevé par la recourante n'a toutefois pas de portée propre ; il est lié par le sort des considérants précédents.

6. Extension de l'enquête aux éditeurs

6.1 La recourante se plaint encore de ce que l'enquête n'a jamais été étendue aux éditeurs. Elle souligne que ceux-ci auraient dû être parties à la procédure devant l'autorité inférieure et visés par la décision attaquée, dès lors que la loi sur les cartels leur est applicable en raison du principe des effets. Elle rappelle qu'un accord en matière de concurrence nécessite deux entreprises et que la loi ne permet ainsi pas à l'autorité inférieure de ne viser que l'une d'elle.

L'autorité inférieure rappelle qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière d'ouvertures d'enquêtes. En l'occurrence, elle justifie l'absence d'ouverture d'enquête contre les éditeurs par les difficultés qu'elle rencontre à agir à l'étranger. Enfin, elle souligne avoir dûment établi que le comportement de la recourante pouvait être sanctionné, de sorte que la recourante n'aurait aucun intérêt à ce que les éditeurs soient parties à la procédure.

6.2 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 1re phrase LCart). Le secrétariat dispose ainsi d'une très grande liberté d'appréciation dans l'ouverture de l'enquête, sous réserve de l'interdiction de l'arbitraire (cf. DUCREY/CARRON, op. cit., art. 27 LCart p. 1227 no 14). Lorsqu'une personne sollicite du secrétariat l'ouverture d'une enquête préalable, d'une enquête ou d'autres mesures dans ce contexte, elle agit comme dénonciateur au sens de l'art. 26 al. 1

LCart (cf. ATF 130 II 251 *Corner Banca* consid. 2.7.2). A ce propos, le Tribunal fédéral a retenu qu'il n'existait pas, pour le dénonciateur, un droit à l'ouverture d'une enquête, de sorte que celui-ci ne peut prétendre à une décision formelle (cf. ATF 130 II 251 *Corner Banca* consid. 2.7.2 ; arrêt du TF 2A.415/2003 du 19 décembre 2003 consid. 2.3.4 et 2.3.5 ; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 27 LCart p. 1227 n° 13).

Au surplus, selon l'art. 48 al. 1 PA, un recours ne peut être notamment formé qu'en présence d'un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (let. c). Ainsi, l'annulation ou la modification de la décision attaquée doit procurer un avantage pratique au recourant (cf. ATF 139 II 279 consid. 2.2 ; arrêts du TF 2C_524/2018 du 8 mai 2019 *AMAG/Autoweibel* consid. 2.3, 2C_525/2018 du 8 mai 2019 *AMAG/City-Garage* consid. 2.3), de fait ou de droit (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.4 ; arrêt du TAF B-5107/2016 du 3 mai 2018 consid. 2.6). L'existence d'un intérêt digne de protection est examinée d'office dans le cadre de la qualité pour recourir (cf. ATAF 2007/6 consid. 1). Toutefois, il incombe au recourant de motiver et justifier son existence, particulièrement lorsque celui-ci n'est pas apparent (cf. ATF 134 II 45 consid. 2.2.3 et 133 II 249 consid. 1.1 ; ATAF 2013/17 consid. 3.4.2 ; arrêt B-5107/2016 précité consid. 2.1.4).

6.3 En l'occurrence, il ne ressort pas du dossier que la renonciation à étendre l'enquête à l'encontre des éditeurs aurait pu avoir une influence favorable sur le résultat de l'enquête à l'encontre de la recourante ; celle-ci ne le prétend d'ailleurs pas. En particulier, on ne saisit pas en quoi une telle renonciation aurait détérioré la situation de la recourante. En effet, dès lors que l'autorité inférieure est parvenue à la conclusion que le comportement de la recourante pouvait être sanctionné, l'inclusion des éditeurs à l'enquête aurait *a priori* conduit l'autorité inférieure au même résultat, de sorte que la sanction et les mesures prises à l'encontre de la recourante auraient été les mêmes. Quant aux émoluments, ceux-ci auraient été vraisemblablement supérieurs, en raison de l'augmentation de la charge de travail générée par une enquête étendue aux éditeurs.

6.4 Aussi, dès lors que la recourante ne peut se prévaloir d'un droit à l'extension de l'enquête aux éditeurs et qu'elle ne démontre pas en quoi cette extension modifierait favorablement sa situation, elle n'a pas d'intérêt digne de protection à soulever de tels griefs.

Il suit de là qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les griefs formulés par la recourante.

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

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

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

7.1 Pour être en présence d'un accord en matière de concurrence, deux conditions doivent être réunies selon le texte de l'art. 4 al. 1 LCart : il faut d'une part un accord et, d'autre part, que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence (cf. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 4 al. 1 LCart p. 220 no 1).

Des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent exister non seulement entre entreprises de même rang (accord horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux ; cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 4). Plusieurs formes d'accords sont mentionnées à l'art. 4 al. 1 LCart, à savoir les conventions, avec ou sans force obligatoire, et les pratiques concertées. Il s'agit de formes alternatives. Partant, si l'on est en présence d'une convention obligatoire, cela suffit pour en conclure à l'existence d'un accord, sans qu'il soit pour le surplus nécessaire de se demander si cet accord remplit les conditions d'une pratique concertée (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

L'existence d'un accord suppose une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 544 ch. 224.1 ; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.3 et 124 III 495 consid. 2a). Pour déterminer s'il y a accord, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO (cf. DIMITRI ANTIPAS, Les

recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, 2014, p. 140) et d'établir quelle était la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO ; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 226 n° 21 ; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 1 p. 166 n° 83). Les déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants doivent être interprétées conformément au principe de la confiance (art. 18 CO), sans s'arrêter aux termes retenus par les parties (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

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

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

Un accord a pour objet une restriction à la concurrence lorsqu'il a pour but d'influencer un ou plusieurs paramètres concurrentiels, dont la gestion incombe en principe individuellement aux entreprises sur le marché. L'intention subjective des parties est sans pertinence, dans la mesure où, objectivement, selon le contenu de l'accord et le paramètre concurrentiel visé, l'accord est de nature à entraver ou supprimer l'exercice de la concurrence sur le paramètre en question (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1). Par conséquent, dans le cas d'une restriction par objet, il ne sera pas nécessaire d'examiner les effets de l'accord.

En revanche, si l'on ne peut pas établir que l'accord vise une restriction de la concurrence, une analyse des effets de l'accord sur le marché sera nécessaire afin de déterminer s'il tombe ou non sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart. Il suffit d'établir un effet sur le marché ainsi que le rapport de

causalité, naturelle et adéquate, entre cet effet et la coordination entre participants. Si la restriction à la concurrence est due à des facteurs exogènes, il n'y a pas d'accord en matière de concurrence. Les effets restrictifs de concurrence peuvent être présents, futurs ou passés (cf. arrêt B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 5.3.2.5 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 247 s. n° 83 ss ; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 163 ss n° 67 ss ; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, 2003, p. 217 ; ANTIPAS, op. cit., p. 276).

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

> « *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à : a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* ».

En relation avec la définition d'un accord en matière de concurrence, les divergences entre les deux ordres juridiques ne sont en grande partie qu'apparentes (sauf pour les décisions d'associations d'entreprises), le législateur suisse ayant, comme déjà dit, exprimé son intention d'adopter une réglementation euro-compatible (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op.

cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 nº 7). La Commission européenne a édicté des lignes directrices exposant les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'art. 101 TFUE (ch. 1 de la communication de la Commission du 10 mai 2010 concernant les lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après : les lignes directrices]).

8. Relations avec les partenaires de distribution

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

8.1 L'autorité inférieure a relevé que la notion de relation d'agence découle du droit de l'Union européenne dont l'application analogue en Suisse découle – s'agissant des accords verticaux – de la volonté du législateur. Elle souligne que, selon la pratique européenne, l'agent fait partie de l'organisation commerciale du commettant. A défaut d'indépendance économique entre l'agent et le commettant, la relation d'agence n'est pas soumise à l'art. 101 TFUE. Elle souligne que les risques commerciaux et financiers spécifiques aux contrats conclus sont déterminants pour qualifier de rapport d'agence le lien entre un producteur et un intermédiaire. L'autorité considère qu'en l'espèce la recourante supporte entièrement le risque de ducroire, une éventuelle rémunération de ce risque n'en modifierait pas la répartition. De plus, elle estime que la recourante assume le risque lié au stockage des ouvrages. Le fait que la recourante ait sous-traité la distribution à Servidis ne changerait rien à ce propos.

La recourante estime que la décision entreprise viole l'art. 4 al. 1 LCart en tant qu'est retenue une commune et consciente intention de conclure un accord en matière de concurrence visant à empêcher les ventes passives. Elle affirme qu'elle agit en tant que simple agent dans l'ensemble de ses relations contractuelles avec ses partenaires de distribution en amont, dans la mesure où elle assure uniquement la promotion des livres et négocie les termes commerciaux avec les détaillants, sans acquérir leur propriété. Elle estime qu'une telle relation d'agence n'est pas constitutive d'un accord vertical lorsque la société en aval – en l'espèce la recourante – ne supporte aucun risque commercial ou que celui-ci est négligeable. Selon elle, la question du risque de ducroire ne se poserait pas pour la recourante dès lors qu'elle a sous-traité la distribution des ouvrages dont elle assure la diffusion à Servidis, qui assumerait seule ce risque, de même

que celui des frais de transports. Ces risques seraient négligeables en pratique. Elle expose que le paiement du prix ne s'effectue qu'à la remise des livres aux détaillants, laquelle entraîne le transfert de propriété des éditeurs à ces derniers, la recourante ne l'acquérant jamais. De même, les détaillants étant facturés par la recourante à 60 jours et elle-même par les éditeurs à 90, elle ne supporterait aucun risque financier. La facturation par l'éditeur se faisant après déduction des ouvrages retournés, elle ne consent pratiquement aucune avance financière à ses partenaires de distribution en amont. Quant à Servidis, elle chiffrerait le risque de ducroire pour les trois derniers exercices entre […] et […] % de son chiffre d'affaires et le risque de transport en 2011 à […] % de son chiffre d'affaires, ce qui démontrerait le caractère négligeable de ceux-ci. De même, elle soutient que le contrat qui la lie à Servidis n'est pas un accord en matière de concurrence dès lors que cette dernière agit comme simple logisticien, dans la mesure où elle a pour uniques tâches la réception, la livraison et la facturation des ouvrages selon les instructions données par la recourante.

8.2 En droit des obligations, le contrat d'agence se définit comme le contrat par lequel un agent prend, à titre permanent, l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure, en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail (art. 418a al. 1 CO). L'agent agit à titre indépendant. Il n'est ainsi pas tenu par un rapport de subordination (cf. ATF 129 III 664 consid. 3.1 ; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, no 5046 p. 738 s. ; CHRISTOPH MÜLLER, Contrats de droit suisse, 2012, no 2131 p. 439). L'indépendance de l'agent doit être comprise dans un sens juridique et non économique, dès lors que le caractère durable du contrat d'agence a pour corollaire une dépendance économique accrue (cf. arrêt du TF 4C.270/2012 du 11 février 2003 consid. 2). Le contrat d'agence se distingue ainsi du contrat de distribution (exclusive ou non) dans lequel le distributeur agit en son propre nom et pour son propre compte. Ainsi, contrairement à l'agent, le distributeur assume les risques liés à son activité (cf. arrêt du TF 4C.130/2004 du 18 juin 2004 consid. 2.2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 7256 p. 1074 ; MÜLLER, op. cit., no 2145 p. 441 s.).

8.3 En droit des cartels, il y a lieu de rappeler que le concept d'accord nécessite une convention ou une pratique concertée entre au moins deux entreprises indépendantes l'une de l'autre (art. 2 LCart ; ch. 9 pt 2 de la note explicative ; cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1), c'est-à-dire jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 27 ss et B-

2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 4.1 ; MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 nº 30-35 ; LEHNE, op. cit., art. 2 p. 79 ss nº 14 ss). Pour le surplus, le droit et la pratique suisses sont muets sur la question des relations d'agence au regard de la loi sur les cartels. Dans ce contexte, le droit de l'Union européenne peut fournir une piste d'interprétation utile, la mise en œuvre d'une politique analogue à celle de l'Union européenne dans le domaine des accords verticaux correspondant à la volonté du législateur (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss).

En droit européen, lorsqu'un agent peut conclure ou négocier des contrats, pour le compte d'un commettant, dans le but notamment de vendre des biens ou des services fournis par ce dernier, la dépendance économique et organisationnelle de l'agent vis-à-vis du commettant peut faire obstacle à l'application des dispositions relatives aux accords verticaux en matière de concurrence (ch. 12 ss des lignes directrices). En effet, lorsque l'agent se trouve dans une relation de dépendance, financière et organisationnelle, vis-à-vis du commettant, les deux entités, bien que juridiquement distinctes, sont considérées comme une seule entité économique, les activités de l'agent n'ayant aucune influence sur le marché (cf. arrêt de la CJCE du 14 décembre 2006 C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contre Compañia de Petróleos*, Rec. I-11987 point 39 ss ; arrêt du TPICE du 15 septembre 2005 T-325/01 *Daimler-Chrysler contre Commission*, Rec. 2005 II-3319 point 86 ss). L'indépendance de l'agent s'examine à l'aune des risques qu'il supporte (ch. 13 des lignes directrices ; cf. arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* précité point 43). Sont pertinents pour la définition d'un contrat d'agence les risques propres à chaque contrat, les risques liés aux investissements propres au marché, et les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte, mais à ses propres risques (ch. 14 des lignes directrices).

L'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements propres au marché pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le commettant lui demande d'exercer sur le même marché de produits. Toutefois, les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent ou les

investissements généraux dans un local ou du personnel, par exemple, ne sont pas pertinents pour cette appréciation (ch. 15 des lignes directrices).

Selon le ch. 16 des lignes directrices, un accord sera généralement aussi considéré comme un contrat d'agence lorsque l'agent n'est pas investi de la propriété des biens contractuels achetés ou vendus ou lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels. Tel n'est toutefois pas le cas notamment lorsque l'agent tient, à ses propres frais ou risques, un stock de biens contractuels, et notamment lorsqu'il supporte le coût de financement des stocks ou le coût lié à la perte des stocks, ou qu'il ne peut retourner au commettant, sans frais, les invendus (ch. 16 let. b des lignes directrices *a contrario*).

Ainsi, lorsque l'agent n'assume aucun risque résultant des contrats négociés ou conclus pour le compte du commettant, il opère comme un auxiliaire intégré dans l'organisation économique de ce dernier et les dispositions européennes relatives aux accords verticaux en matière de concurrence ne sont par conséquent pas applicables à leur relation contractuelle (cf. arrêt *Daimler-Chrysler* précité point 86 ; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 9e éd. Oxford 2018, p. 97 s). Enfin, les risques assumés par l'agent doivent être examinés *in concreto* (cf. arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* précité point 46). En effet, si ceux-ci s'avèrent négligeables, la relation d'agence ne peut pas être exclue (cf. arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* précité point 61).

8.4 Partant, il y a lieu d'examiner la nature des relations contractuelles entre la recourante et ses partenaires de distribution et de déterminer si celles-ci relèvent d'un contrat d'agence ou non, c'est-à-dire d'examiner si la recourante opère ou non comme un simple auxiliaire intégré dans l'organisation économique des éditeurs, en tenant compte des risques concrets supportés par la recourante.

8.5 En l'occurrence, il convient donc d'examiner les contrats qui lient la recourante à ses partenaires de distribution. Celle-ci a produit, les 20 avril et 12 octobre 2012, 93 contrats déterminants pour la présente affaire (cf. actes 530, p. 109 ss, et 672, annexes 5 à 8, du dossier de la Comco [ci-après : les actes]), ce qui correspond à la numérotation des contrats listés par la recourante pour 89 contrats (acte 530, p. 109, ci-après : la liste des contrats), ainsi qu'à la prise en compte de quatre contrats figurant en annexes de l'acte 672.

8.5.1 Il ressort des actes concernés qu'un contrat ne porte la signature d'aucune partie (cf. n° 78 de la liste des contrats, acte 530, p. 109). Rien ne s'oppose toutefois à sa prise en considération, dès lors que la recourante l'a elle-même produit en connaissance de cause et n'a formulé aucune contestation à ce propos (cf. ch. 76 ss du mémoire de recours). Il en va de même de deux contrats – dont un sous la forme d'un courrier – portant en début de document la mention « lu et approuvé », suivie de la signature de l'éditeur (cf. n° 87 et 89 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss).

Il y a lieu de relever que les 93 contrats concernés sont reconductibles tacitement. La recourante n'a produit aucun document démontrant que l'un de ceux-ci a été résilié durant la période de l'enquête.

Enfin, il y a lieu de tenir compte également du contrat par lequel la recourante octroie à Servidis la distribution en Suisse des ouvrages dont elle assure la diffusion (cf. n° 15 de la liste des contrats de distribution, acte 530, p. 41 [ci-après : le contrat Servidis]), portant à 94 le nombre de contrats pertinents.

8.5.2 A la lecture de ces contrats, il ressort que, pour 43 d'entre eux, il est prévu explicitement que la recourante supporte le risque de ducroire. Les clauses visées se recoupent en deux formulations principales :

– 42 contrats (cf. n° 1 à 5, 7 à 12, 14 à 41 et 51 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss, ainsi que les contrats E.H._____ et E.I._____, acte 672, annexes 6 et 8) spécifient que :

  « *Les prestations assurées par* [la recourante] *dans le cadre de cet accord sont les suivantes :* […] *Encaissement des sommes dues par la clientèle, étant entendu que* [la recourante] *est ducroire* […] ».

– Un contrat (cf. n° 42 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss) précise que :

  « *La distribution recouvre les opérations ci-après :* […] *Gestion des comptes et recouvrement des créances,* [la recourante] *étant ducroire* ».

Enfin, le contrat Servidis (cf. acte 530, p. 41) prévoit que :

> « [Art. 4 let. d] [Servidis] *s'engage vis-à-vis de* [la recourante] *à :* […] *Etre ducroire* […] *des sommes ainsi facturées* [aux détaillants] *sous réserve de l'article 8.* [Art. 8] [Servidis] *assure l'entière responsabilité du recouvrement des créances sur les clients suisses. Il est toutefois convenu que les*

> *ouvertures de compte demandées par* [la recourante] *à* [Servidis] *seront acceptés* [sic] *par* [Servidis] *sauf si cette dernière à* [sic] *été prévenue à l'avance de l'insolvabilité du client ou de contentieux antérieur. Dans le cas où* [la recourante] *exige la fourniture, elle en acceptera les risques. Les fermetures de comptes sont décidées par* [Servidis] *qui doit en informer* [la recourante]. *Cette dernière pourra soit accepter, soit demander la fourniture sous sa propre responsabilité* ».

De même, l'ensemble des 93 contrats conclus avec les partenaires de distribution de la recourante situés en amont contiennent une clause stipulant, en substance, que le paiement des ventes effectuées sera presté par la recourante :

– à 90 jours pour la fin d'un mois (cf. n° 1 à 5, 7 à 42, 51 et 84 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss, ainsi que les contrats E.H._____ et E.I._____, acte 672, annexes 6 et 8),

– à 60 jours pour la fin d'un mois (cf. n° 6, 43 à 50, 52 à 77, 79 à 82, 85 à 89 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss, ainsi que les contrats E.J._____ et E.K._____, acte 672, annexes 5 et 7),

– à 30 jours pour la fin d'un mois (cf. n° 78 et 83 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss).

Quant au contrat Servidis, il précise que celle-ci versera à la recourante les prix des ouvrages facturés par celle-là aux détaillants – que les comptes clients aient été acquittés ou non – dans un délai de 80 jours pour la fin de chaque mois de facturation (cf. contrat Servidis, acte 530, p. 41).

Par ailleurs, il ressort des 94 contrats que les frais de transport des ouvrages sont à la charge de la recourante :

– depuis la plateforme de son transporteur à l'étranger ou une autre ville désignée jusqu'à l'entrepôt de la recourante (cf. n° 1 à 75, 77 à 81 et 83 à 89 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss, ainsi que les contrats E.J._____, E.H._____, E.K._____, E.I._____, acte 672, annexes 5 à 8),

– depuis les éditeurs jusqu'à l'entrepôt de la recourante (cf. n° 76 et 82 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss),

– depuis l'entrepôt de la recourante jusqu'à l'entrepôt de Servidis (cf. contrat Servidis, acte 530, p. 41).

Aucun contrat ne prévoit qu'ils sont dus par les éditeurs.

En outre, aux termes de 44 contrats, la recourante assume explicitement les risques inhérents au stockage des ouvrages (cf. 1 à 5, 7 à 42 et 51 de la liste des contrats, acte 530, p. 109, ainsi que les contrats E.H._____ et E.I._____, acte 672, annexes 6 et 8), dont notamment les conséquences d'un éventuel sinistre et/ou les différences de stocks constatées. Ce risque passe toutefois à Servidis dès que les ouvrages se trouvent entreposés dans ses magasins (cf. contrat Servidis, acte 530, p. 41).

8.5.3 Ainsi, il appert que la recourante n'acquiert pas les ouvrages dans le but de les revendre aux détaillants. Par conséquent, elle ne supporte pas un éventuel échec commercial. Ce constat tend à soutenir la thèse de la recourante. Toutefois, il ne suffit pas à lui seul. Au contraire, en plus d'assurer le stockage et le flux physique des ouvrages entre les éditeurs et son entrepôt, la recourante assume la facturation de ceux-ci et – à l'égard des éditeurs – le risque de ducroire. Le fait que la recourante ait sous-traité la distribution à Servidis ne change pas ce propos. Il ressort en effet des contrats produits que la recourante dispose, pour la majorité des contrats, de délais de paiement plus courts à l'égard des éditeurs – en l'occurrence 30 ou 60 jours – que ceux qu'elle octroie à Servidis, à savoir 80 jours. Elle supporte ainsi le risque d'un défaut de paiement de Servidis. De plus, dans le contrat conclu avec cette dernière, la mise en exergue du lien entre la maîtrise de l'ouverture et de la fermeture des comptes clients indique que la responsabilité du risque de ducroire incombe à celui qui – entre la recourante et Servidis – décide de l'ouverture et/ou de la fermeture desdits comptes. Si la recourante n'intervient par la suite plus dans la vente effective de ses ouvrages, à savoir leur livraison, leur facturation et leur encaissement auprès des détaillants, elle détermine le prix de ses produits, la remise concédée et la politique générale des ventes. La recourante a par ailleurs indiqué lors de son audition que c'est un choix personnel – dicté par le rapprochement avec Servidis – qui l'a conduit à sous-traiter à celle-ci la distribution des ouvrages dont les éditeurs lui ont confiés la diffusion et la distribution en Suisse (cf. acte 915 lignes 16-23). Au surplus, aucune réserve n'étant émise à l'avantage de la recourante en cas de non-paiement par Servidis, il y a lieu de retenir que les éditeurs perçoivent de la recourante le prix net des ouvrages facturés, indépendamment de tout versement par Servidis. Elle supporte également vis-à-vis des éditeurs le risque de perte du stock et les conséquences d'une différence de stock constatée lors de l'inventaire, indépendamment encore de tout paiement de la part de Servidis pour les différences de stock constatées dans ses

magasins. Ce faisant, le rôle de la recourante et de Servidis dépasse largement celui de simples logisticiens, leurs activités allant au-delà de la simple manutention des ouvrages. Ce rôle est d'ailleurs confirmé par la recourante, qui affirme, dans le cadre de son recours, que l'assurance du risque de ducroire constitue l'une des raisons de l'octroi de l'exclusivité par les éditeurs (cf. ch. 48 du mémoire de recours). Il n'est dès lors pas déterminant que la propriété des livres ne soit pas transférée.

Certes, il ressort du contrat passé entre la recourante et Servidis que cette dernière répond aux commandes des clients et ne peut refuser de les servir, sauf exceptions. Partant, sa liberté commerciale est, dans ce cas, pratiquement nulle. Si le risque inhérent à la vente des ouvrages – à savoir le paiement du prix – est supporté, dans la relation interne entre la recourante et Servidis, par celle-ci dès lors qu'elle assume le potentiel défaut de paiement du produit par les détaillants, ce même risque est supporté par la recourante dans sa relation avec les éditeurs dès lors qu'elle seule assure le défaut de paiement par Servidis. De plus, ce risque ne saurait pas être qualifié de négligeable en tant qu'il est inhérent à chaque contrat ; peu importe à cet égard avec quelle occurrence ce risque est susceptible de se réaliser. Sa rémunération – par le biais d'une commission – atteste de son importance économique et ne saurait pas le minimiser. Il en va de même pour les frais de transport, l'ampleur des coûts n'atténuant pas la portée de la répartition du risque.

Il s'ensuit que la recourante supporte des risques économiques analogues à ceux d'un distributeur indépendant. Ce faisant, elle n'agit pas comme un agent des éditeurs au sens du droit suisse, mais bien comme un distributeur économiquement indépendant. Il en va de même de Servidis à l'égard de la recourante. Partant, l'existence d'un rapport d'agence doit donc en l'espèce être exclue.

8.6 Au surplus, il n'est pas contesté que l'engagement pris par les partenaires de distribution en amont de confier à la recourante la diffusion et la distribution – exclusive ou non – sur le territoire suisse de leurs ouvrages et, le cas échéant, de « *ne pas vendre ou laisser vendre* [leurs] *ouvrages sur ce territoire »* et d'adresser à la recourante « *tous les ordres qui pourraient* [leur] *parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse* » étaient contenus dans des conventions au sens de l'art. 1 ss CO conclues avec la recourante. Partant, lesdits engagements constituent bien un accord. De plus, dès lors que l'ensemble des accords entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont lui octroient la diffusion et la distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse, ils

affectent les canaux d'écoulement et d'approvisionnement sur le marché du livre écrit en français. Aussi, ils portent tous sur une restriction à la concurrence et constituent donc des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Un tel constat ne dit encore rien sur le caractère illicite ou non de l'accord, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart.

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

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

9.1 L'art. 5 al. 4 LCart, entré en vigueur le 1er avril 2004 (cf. RO 2004 1385, 1386), a été introduit au stade des débats parlementaires relatifs à la révision de la loi sur les cartels de 2004. L'ajout de cette disposition est un reflet de la discussion publique relative à la lutte contre l'îlot de cherté suisse (*Hochpreisinsel Schweiz* ; cf. message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, 1920 ss ch. 1.4.6 [ci-après : message LCart 2001] ; Schneider BO 2002 N 1435, Strahm BO 2002 N 1438 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 553 nº 527). L'art. 5 al. 4 LCart a ainsi introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher notamment le cloisonnement du marché suisse – en particulier, l'interdiction des ventes passives à des distributeurs ou à des clients finals – ainsi que de favoriser la concurrence intramarque (cf. consid. IV et ch. 10 par. 1 let. b CommVert). Cette disposition vise, d'une part, à empêcher qu'un partenaire de distribution soit protégé de la concurrence provenant d'autres partenaires de distribution souhaitant vendre les produits contractuels sur le territoire qui lui a été alloué. D'autre part, elle tend à empêcher qu'un fournisseur puisse fixer librement des prix différents selon les territoires de distribution, dès lors qu'un tel procédé suppose un cloisonnement du marché (cf. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49*a* Abs. 1 KG, in : Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 41, ci-après : Verhaltensweisen).

Selon l'ancien Conseiller aux Etats Schiesser, rapporteur de la commission dont découle la proposition acceptée par la majorité, un contrat de distribution par lequel un producteur s'engage auprès de ses distributeurs, dans les territoires individuels attribués, à veiller à ce que ses distributeurs

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

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

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

9.2 L'art. 5 al. 4 LCart est inspiré du droit européen, plus précisément de l'art. 4 let. b 1er tiret du règlement (CE) nº 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29 décembre 1999 – remplacé le 1er juin 2010 par l'art. 4 let. b ch. 1 du règlement (UE) nº 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, par. 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 102/1 du 23 avril 2010 (ci-après : le règlement

d'exemption par catégorie). L'art. 4 let. b ch. 1 du règlement d'exemption par catégorie a la teneur suivante :

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

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

En adoptant l'art. 5 al. 4 LCart, le législateur n'a pas souhaité introduire un régime plus sévère que celui aménagé par le droit européen (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss). Il voulait en effet une réglementation matérielle identique entre le droit suisse et le droit européen de la concurrence en lien avec les accords verticaux. Dès lors, il convient d'interpréter cette disposition à la lumière du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices en tenant compte des spécificités propres à l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.2.3 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, op. cit., p. 42 ; SILVIO VENTURI/CHRISTOPH VONLANTHEN, Accords de distribution et droit de la concurrence, in : Accords de distribution, 2005, p. 136 n° 46). Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen de la concurrence doivent également être considérés comme licites en Suisse (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1).

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

Premièrement, ladite disposition exige l'existence d'un contrat de distribution (ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 2997 *Gaba* consid. 6.3.1 et 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 4 ; Comco, DPC 2010 p. 65, *Gaba*, ch. 87 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 526 et 564 ss n° 379 et 586 ss ; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, Jusletter du 27 septembre 2004, n° 28 s.). Par contrat de distribution, il y a lieu de comprendre non seulement les contrats de distribution à proprement parler, mais également les clauses

individuelles contenues dans d'autres contrats, tels que des contrats de franchise ou de licence (ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1). Il n'est pas nécessaire que le contrat de distribution soit d'un certain type, tel qu'un contrat de distribution exclusive ou sélective (ch. 4 CommVert ; ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1).

Deuxièmement, une attribution – directe ou indirecte (ch. 6 de la note explicative ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2 ; arrêt du TAF B-581/2012 du 16 septembre 2016 *Nikon* consid. 7.3.2) – de territoires à un ou plusieurs distributeurs doit découler dudit contrat de distribution. La présomption de l'art. 5 al. 4 LCart s'applique expressément à la répartition des marchés sur la base de territoires uniquement et non sur la base de la clientèle (cf. Büttiker BO 2003 E 330 ; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2 ; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., n° 70). Ceux-ci peuvent être locaux, régionaux, suprarégionaux ou encore nationaux (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart, p. 566 n° 594). La loi n'exige par ailleurs pas l'attribution exclusive d'un territoire de vente à un seul distributeur (cf. arrêt B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.3).

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

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

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

Par ventes passives, on entend notamment le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou distributeurs) établis sur le territoire alloué exclusivement par le producteur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de

services demandés par ces clients ou l'obligation de transmettre (ch. 3 CommVert ; ch. 51 des lignes directrices ; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.5 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 568 n° 607).

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

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

le lieu de destination réel des marchandises livrées. A elles seules, celles-là ne permettent toutefois pas d'établir une exclusion des ventes dans les territoires attribués (cf. AMSTUTZ/CARRON/ REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 572 s. n° 624).

9.4 En l'espèce, il ressort des contrats concernant les 93 éditeurs pour lesquels un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart a pu être démontré (cf. supra consid. 8) que la recourante s'est vue confié la diffusion et/ou la distribution – parfois exclusive –, sur le territoire suisse, des ouvrages édités par ceux-ci. Elle confie ensuite la distribution desdits ouvrages à Servidis. La première et la deuxième prémisse à l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart – relatives au contrat de distribution et à l'attribution de territoire de distribution – sont dès lors réalisées.

Il reste à examiner si le régime d'exclusivité conféré entraîne l'interdiction, en Suisse, des ventes passives des ouvrages des éditeurs dont la recourante a été chargée de la diffusion et/ou de la distribution. A cet égard, il y a lieu de préciser la notion d' « exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés » de l'art. 5 al. 4 LCart et de distinguer selon que l'exclusion des ventes est imposée aux éditeurs (cf. infra consid.10) ou à d'autres partenaires de distribution (cf. infra consid. 11).

10. Exclusion des ventes par les éditeurs

Les contrats passés entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont – à savoir les éditeurs – confient à la recourante la diffusion et/ou la distribution – parfois à titre exclusif – de leurs ouvrages sur le territoire suisse et contiennent, pour certains, l'obligation de « *ne pas vendre ou laisser vendre* [leurs] *ouvrages sur* [le territoire suisse] » et d'adresser à la recourante « *tous les ordres qui pourraient* [leur] *parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse* ». Quant au contrat passé entre la recourante et Servidis, il contient l'obligation, à charge de la première, de « *ne pas ouvrir de comptes directs pour l'approvisionnement des points de vente suisses, sans accord préalable de* [Servidis] ».

La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir retenu que la présomption de suppression de la concurrence efficace de l'art. 5 al. 4 LCart s'appliquait aux accords conclus entre la recourante et les éditeurs qu'elle diffuse et distribue, ainsi qu'à l'accord conclu entre la recourante et Servidis, en tant que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives. L'autorité inférieure se fonde à cet effet notamment

sur l'engagement pris par certains éditeurs de « *ne pas vendre ou laisser vendre* [leurs] *ouvrages sur* [le territoire suisse] » et d'adresser à la recourante « *tous les ordres qui pourraient* [leur] *parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse* », sur le fait que le système de distribution de la recourante interdisait aux éditeurs de vendre directement en Suisse et qu'il a impliqué la conclusion d'accords interdisant à d'autres diffuseurs-distributeurs actifs hors du territoire réservé à la recourante de répondre à des demandes non sollicitées de détaillants suisses.

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

10.1.1 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).

10.1.2 Sous l'angle de l'interprétation littérale de l'art. 5 al. 4 LCart, le tribunal s'intéresse à la notion de « fournisseur agréé ». Sont considérés comme tels, le distributeur – actif sur un territoire autre que le territoire réservé – et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau « wholesale » sur son territoire.

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

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

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

Elle ressort également du ch. 9 pt 1 de la note explicative, lequel précise que l'interdiction des ventes passives imposée au fournisseur n'est pas par elle-même couverte par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. De même, selon la doctrine, les limitations de la liberté d'action du producteur ne sont pas concernées par l'art. 5 al. 4 LCart, celui-ci visant uniquement les restrictions de la liberté d'action du distributeur (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 558 s. et 577 nº 557, 560 et 644 ; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., nº 28 et 73 ; RETO JACOBS, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, RSJ 9/2011 p. 210). Egalement en droit européen, l'art. 4 let. b du règlement d'exemption par catégorie ne concerne que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients ; les restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne constituent pas des restrictions caractérisées (ch. 50 des lignes directrices).

10.1.3 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.

10.1.4 En définitive, le contrat de distribution attribuant des territoires – ou contrat de distribution exclusive – se caractérise par l'engagement du producteur d'assurer au distributeur l'exclusivité des produits contractuels en vue de leur revente dans un territoire ou à une clientèle donnée et par l'engagement du distributeur de promouvoir lesdits produits (cf. XOUDIS, op. cit., p. 34). L'intensité de l'exclusivité promise peut varier. Par clause d'exclusivité simple, le producteur s'interdit de livrer les produits à toute autre personne que le distributeur sur le territoire concerné (cf. XOUDIS, op. cit., p. 35) et s'abstient de toute intervention dans la zone réservée à celui-ci, cas échéant en renonçant à vendre directement aux clients du

distributeur. Le producteur devra alors transférer au distributeur toute demande de clients se trouvant sur ce territoire (cf. CHRISTOPH MÜLLER, Les contrats de distribution, in : Droits de la consommation et de la distribution, 2013, p. 77 ; URS EGLI, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis, recht 1/2014 p. 1 ss et 10 ; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21). Le respect de l'exclusivité simple par le producteur relève de la nature même du contrat de distribution exclusive (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich du 17 mai 2010 *Jovani* consid. 3.3.3.2 ss, in : DPC 2010 p. 793 ss ; GIGER, op. cit., p. 574). Du point de vue du droit de la concurrence, elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, aussi longtemps que l'acheteur est libre de se fournir auprès du fournisseur de son choix.

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

En effet, l'art. 5 al. 4 LCart vise les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché. A l'inverse, l'art. 5 al. 3 vise ceux passés entre des entreprises effectivement ou potentiellement en concurrence. En cas de double distribution – lorsque le producteur est également actif dans la distribution de ses produits sur d'autres territoires – l'accord possède à la fois une composante verticale et horizontale (cf. KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 435 n° 541). Toutefois, seul l'art. 5 al. 4 LCart trouve application dans ce cas (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 557 s. n° 554 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 435 n° 541), le producteur agissant en tant qu'entreprise située en amont du distributeur (cf. ég. en droit européen, art. 2 ch. 4 let. a et b du règlement d'exemption par catégorie). La distinction est importante, dans la mesure où la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart vise tout accord de répartition des marchés. Or, tel n'est pas le cas de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

De même, le législateur a prévu d'autres outils visant à interdire le cloisonnement du marché suisse, lorsque le producteur dispose d'une importante part de marché. Son comportement – quand bien même licite

sous l'angle de l'art. 5 al. 4 LCart – peut être interdit par l'art. 7 LCart. Or, l'autorité a écarté cette éventualité en l'espèce, lorsqu'elle a renoncé, dans sa décision, à formuler des griefs en application de dite disposition.

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

10.2 Sur le marché du livre, le travail d'édition se concentre sur la production de 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.

10.3 Il suit de ce qui précède que, en octroyant à la recourante la diffusion et la distribution de leurs ouvrages et, pour certains, en s'engageant à « *ne pas vendre ou laisser vendre* [leurs] *ouvrages sur* [le territoire suisse] » et d'adresser à la recourante « *tous les ordres qui pourraient* [leur] *parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse* », les partenaires de distribution de la recourante situés en amont ont avant tout renoncé, le cas échéant, à opérer des ventes directes – tant actives que passives – sur le territoire réservé. Or, un tel engagement ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, dès lors que lesdits partenaires interviennent en tant qu'éditeurs – à savoir « producteurs » – des ouvrages ainsi diffusés et/ou distribués.

11. Exclusion des ventes par d'autres partenaires de distribution

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

11.1 L'autorité inférieure a interprété les accords liant la recourante avec ses partenaires de distribution situés en amont en ce sens que ceux-ci visaient à empêcher les ventes passives. Elle parvient à dite conclusion en

raison de l'engagement pris par certains éditeurs de « *ne pas* […] *laisser vendre* [leurs] *ouvrages sur* [le territoire suisse] », de l'engagement pris par la recourante de « *ne pas ouvrir de comptes directs pour l'approvisionnement des points de vente suisses, sans accord préalable de* [Servidis] », de l'existence du droit de retour, de l'échange d'informations entre les diffuseurs-distributeurs suisses au sein de l'ASDEL et enfin des effets constatés à l'époque sur le marché.

La recourante relève en substance que les clauses litigieuses ne visent pas à cloisonner le marché et que l'exclusivité octroyée est justifiée économiquement. De même, elle estime que des ventes passives étaient possibles et que c'est pour des raisons économiques que les détaillants n'ont pas tenté de procéder à des importations parallèles ou des approvisionnements directs.

11.2 Partant, il s'agit de déterminer – pour les 93 éditeurs pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a pu être démontré (cf. supra consid. 8) et pour l'accord entre la recourante et Servidis – si les parties ont également voulu que les éditeurs et la recourante s'engagent à ne pas laisser vendre, à savoir qu'ils agissent auprès d'éventuels autres diffuseurs ou distributeurs, afin qu'ils ne livrent pas en Suisse. En tant que la recourante conteste avoir voulu que ses partenaires de distribution en amont prennent l'engagement de ne pas laisser vendre, il y a lieu de déterminer si de tels engagements peuvent être déduits d'une interprétation desdites clauses.

11.2.1 A titre liminaire, il convient, comme pour toute disposition contractuelle, de déterminer la volonté des parties. Le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire qu'il doit rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention (art. 18 CO ; cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1 et 131 III 606 consid. 4.1). Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (cf. ATF 131 III 280 consid. 3.1) – ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (cf. arrêt du TF 5A_198/2008 du 26 septembre 2008 consid. 4.1) – qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté objective des

parties, en déterminant le sens que chacune d'elles pouvait et devait, d'après les règles de la bonne foi, raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (principe de la confiance) (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2 et 132 III 626 consid. 3.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 130 III 417 consid. 3.2, 129 III 118 consid. 2.5 et 128 III 419 consid. 2.2).

11.2.2 En l'espèce, la recourante diffuse en Suisse les ouvrages de 93 éditeurs (cf. cf. actes 530, p. 109 ss et 672, annexes 5 à 8 ; cf. supra consid. 8).

Il convient de rappeler d'abord que, parmi les contrats produits, 2 ne contiennent aucune clause d'exclusivité et aucun engagement tel que celui de « *ne pas vendre* [ou laisser vendre] *»* ou celui d'adresser à la recourante « *tous les ordres qui pourraient* […] *provenant de clients revendeurs résidant en Suisse* » (cf. n° 13 et 42 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss).

– S'agissant du contrat avec l'éditeur n° 42, il contient, depuis février 2005, la clause B :

  « [L'éditeur] *confie* [à la recourante] *la commercialisation non exclusive des ouvrages en langue française des éditeurs précisés en annexe 1 sur le marché suisse* […] ».

– S'agissant du contrat avec l'éditeur n° 13, il contient la clause F :

  « [Art. 1] [L'éditeur] *confie à* [la recourante] *la diffusion et la distribution de ses ouvrages parus et à paraître, exploités sous leurs différentes marques commerciales, dans les librairies spécialisées, les librairies générales, les boutiques diététiques, les grossistes, les sociétés de vente par correspondance, les grands magasins et tout autre circuit de distribution de livres susceptible de revendre les ouvrages de* [l'éditeur]. *La vente aux particuliers n'est pas concernée par le présent contrat.* [Art. 2] *Le territoire de vente* [de la recourante] *comprend toute la Suisse* ».

Il ressort ensuite des autres contrats que les relations entre la recourante et ses partenaires de distribution reposent sur plusieurs clauses contractuelles :

– S'agissant des 47 contrats avec les éditeurs n° 6, 43 à 50, 52 à 84, 86, 88 et 89 de la liste des contrats (acte 530, p. 109 ss), ainsi que les

contrats E.J._____ et E.K._____ (acte 672, annexes 5 et 7), ils contiennent la clause A :

« *L'éditeur confie* [à la recourante] *la diffusion* [et la distribution] *exclusive de l'ensemble de son fonds, y compris les réimpressions et les nouveautés à paraître pour tout le territoire suisse* ».

– S'agissant du contrat avec l'éditeur n° 85 de la liste des contrats (acte 530, p. 109 ss), il contient la clause C :

« [Art. 1] [La recourante] *s'engage à assurer la diffusion et la distribution générale des publications qui lui sont confiées en exclusivité par* [l'éditeur] *pour la Suisse*. [Art. 9] [L'éditeur] *s'engage à transmettre à* [la recourante] *toute commande de Suisse qui lui serait directement adressée, et ceci en raison de l'exclusivité qui a été accordée* ».

– S'agissant des 40 contrats avec les éditeurs n° 2, 4, 5, 7 à 12, 14 à 41 et 51 de la liste des contrats (acte 530, p. 109 ss), ainsi que les contrats E.H._____ et E.I._____ (acte 672, annexes 6 et 8), ils contiennent la clause D :

« [Art. 1] [L'éditeur] *déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'article 2, des ouvrages publiés pour le label ou marque* […]. [L'éditeur] *confiera* [à la recourante] *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'éditeur] *confie* [à la recourante] *la diffusion et la distribution exclusives* [l'adjectif est omis dans le contrat avec l'éditeur n° 2] *des fonds ci-dessus désignés* […]. [Art. 2] *Cette exclusivité* [dans le contrat avec l'éditeur n° 2 : la diffusion] *s'étend à tous nos clients* […] *situ*[és] *sur le territoire suisse.* [L'éditeur*], par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera* [à la recourante] *tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse. Toutefois, les opérations de vente par correspondance et le courtage pourront donner lieu à un approvisionnement direct par* [l'éditeur]. [Les parties] *conviennent de s'informer mutuellement sur ces marchés, préalablement à leur réalisation* ».

– S'agissant des contrats n° 1 et 3 de la liste des contrats (acte 530, p. 109 ss), ils contiennent la clause E :

« [Art. 1] [L'éditeur] *déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'article 2, des ouvrages publiés pour le label ou marque* […]*. En conséquence de quoi,* [l'éditeur] *confie* [à la recourante] *la diffusion et la distribution des fonds ci-dessus désignés* […]. [Art. 2] [La] *diffusion s'étend à tous nos clients* […] *situ*[és] *sur le territoire suisse.* [L'éditeur*], par conséquent, s'engage à ne pas vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera* [à la

recourante] *tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse. Toutefois, les opérations de vente par correspondance et le courtage* [les opérations de vente par correspondance, le courtage, les clubs de livres ainsi que les ventes par Internet] *pourront donner lieu à un approvisionnement direct par* [l'éditeur]. [Les parties] *conviennent de s'informer mutuellement sur ces marchés, préalablement à leur réalisation* ».

– S'agissant du contrat avec l'éditeur n° 87 de la liste des contrats (acte 530, p. 109 ss), il contient la clause G :

« *Suite à notre entretien téléphonique de ce jour, je vous confirme mes conditions de diffusion en exclusivité pour la Suisse* ».

– Enfin, s'agissant du contrat avec Servidis (acte 530, p. 41 ss), il contient la clause suivante :

« [Art. 1] [La recourante] *confie à* [Servidis]*, qui accepte, la distribution dans toute la Suisse des produits dont elle a la diffusion et la distribution.* [Art. 2] *Les produits dont la distribution exclusive est confiée à* [Servidis] *sont définis comme étant tous les livres et articles diffusés et distribués en Suisse par* [la recourante]*, sauf les ouvrages destinés au département FOIRES AUX LIVRES qui seront directement facturés et crédités par* [la recourante]. [Art. 3] *Pour les produits qui lui sont confiés en distribution, tels que définis à l'article 2,* [Servidis] *servira l'intégralité des points de vente du livre en Suisse, si toutefois la législation le permet.* [La recourante] *s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour l'approvisionnement des points de vente suisses, sans accord préalable de* [Servidis] ».

11.2.3 Ceci étant, il s'agirait à ce stade de rechercher en premier lieu ce que la recourante et les éditeurs ont réellement voulu en octroyant à la recourante la diffusion et la distribution – parfois exclusives – sur le territoire suisse des ouvrages édités par ceux-là, en particulier en stipulant, dans certains contrats, que l'éditeur devrait « *ne pas* […] *laisser vendre* [ses] *ouvrages sur* [le territoire suisse] » ou adresser à la recourante « *tous les ordres qui pourraient* […] *provenant de clients revendeurs résidant en Suisse* », puis ce que la recourante et Servidis ont réellement voulu en sous-traitant à celle-ci la distribution exclusive desdits ouvrages et en stipulant que la recourante « *s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable* [de Servidis] ».

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

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

11.2.3.2 S'agissant en particulier de la clause E, il ressort expressément de la lettre de la clause que l'éditeur s'interdit de vendre des ouvrages à des détaillants suisses. Ledit engagement repose uniquement sur un rapport bilatéral passé avec la recourante, si bien qu'il ne permet pas à lui seul de prouver l'existence de mesures prises par les éditeurs auprès de leurs fournisseurs actifs notamment en France.

Aussi, la formulation de la clause va dans le sens d'un engagement de l'éditeur de ne pas vendre à des détaillants suisses, ce qui ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart.

11.2.3.3 En revanche, la clause D stipule expressément l'engagement « *de ne pas laisser vendre* ». Il manifeste la volonté des partenaires de distribution de la recourante d'assurer à cette dernière l'exclusivité de la diffusion et de la distribution sur le territoire suisse. Par là-même, l'éditeur ne s'est pas contenté de « confier, céder ou concéder » ladite exclusivité, mais s'est engagé de prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires pour faire respecter cette exclusivité et en particulier pour ne pas laisser vendre ses ouvrages par d'autres diffuseurs et/ou distributeurs sur le territoire suisse.

Un tel engagement repose certes sur un rapport bilatéral passé avec la recourante, si bien qu'il n'impose pas encore d'obligations à des tiers, précisément à d'autres diffuseurs ou distributeurs agréés ainsi qu'à des grossistes. Il fait toutefois naître une présomption de fait que les partenaires de distribution concernés ont effectivement pris des mesures afin de faire respecter l'exclusivité de la recourante. En effet, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, il peut être présumé que l'engagement « *de ne pas laisser vendre* » a bel et bien été mis en œuvre et que les partenaires de distribution de la recourante ont effectivement pris des mesures envers des tiers afin de faire respecter leur engagement. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices » que les éditeurs concernés se sont effectivement engagés à ne pas laisser vendre et à empêcher les ventes par d'autres diffuseurs et/ou distributeurs, actifs hors du territoire réservé à la recourante, ce que les parties au contrat ne pouvaient et ne devaient, de

bonne foi, ignorer. Cette présomption de fait peut néanmoins être affaiblie par des éléments apportés par les parties (cf. ATF 130 III 699 consid. 4.1 *in fine* ; arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.2.2 et B-3618/2013 du 24 novembre 2016 *Starticket* consid. 333 ss).

11.2.3.4 La recourante conteste, en substance, la portée attribuée à la clause D et en particulier à l'engagement de « ne pas laisser vendre ». Elle précise ceci : « *le langage peut tendre à interdire les ventes parallèles suivant la façon dont il est compris par l'éditeur. Ce langage peut aussi ne concerner que la police interne à l'éditeur, soit l'activité de son personnel de vente »* (cf. ch. 82 du mémoire de recours). Elle relève encore que plusieurs contrats ne contiendraient aucune clause d'exclusivité, lesquels représenteraient 58 % de son chiffre d'affaires. Enfin, la majorité des contrats ne contiendrait qu'une clause d'exclusivité « simple », ce qui ne serait pas prohibé au regard du droit de la concurrence.

L'autorité inférieure indique que la distinction opérée par la recourante entre exclusivité « simple », pour les contrats ne contenant aucun engagement tel que celui de « *ne pas* […] *laisser vendre* » et celui de « *ne pas ouvrir de comptes directs* », et exclusivité « stricte » n'est pas déterminante, en tant que le système de distribution de la recourante a interdit les ventes passives, quelle que soit la formulation des clauses employées ou leur absence dans certains contrats.

En l'occurrence, il appert qu'au regard des termes utilisés, l'engagement litigieux possède une portée plus large que ce que prétend la recourante. En effet, l'emploi des termes « [l'éditeur] s'engage à ne pas […] laisser vendre ses ouvrages sur [le territoire suisse] » s'oppose à une application dudit engagement confinée à la police interne de l'éditeur ou à l'activité de son personnel de vente. Les autres arguments développés par la recourante ne sauraient modifier cette appréciation. S'il est vrai que ledit engagement figure dans 40 contrats conclus avec des éditeurs indépendants les uns des autres, de sorte que c'est *a priori* à l'initiative de la recourante que dit engagement figure dans ses contrats de distribution, il ne saurait en être tiré d'argument décisif allant dans le sens de l'interprétation de dite clause qu'en donne la recourante. Au contraire, les mesures nécessaires à assurer le respect de l'engagement de ne pas vendre et de ne pas laisser vendre constituent un indice en faveur tant d'une renonciation aux ventes actives que d'une interdiction des ventes passives imposées par l'éditeur à ses partenaires de distributions actifs en dehors du territoire suisse

11.2.3.5 S'agissant, enfin, du contrat Servidis, la recourante « *s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable* [de Servidis] ». La formulation de dite clause va dans le sens d'un engagement de la recourante de ne pas vendre à des détaillants suisses. Dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que la recourante est active en dehors du territoire suisse, un tel engagement ne tombe a priori pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. En effet, ledit contrat a été conclu dans la perspective d'exécuter des accords conclus entre la recourante et 93 éditeurs actifs en Suisse et à l'étranger. Ce sont bien ces accords-ci qui sont susceptibles de conduire à une interdiction des ventes passives. Il importe peu, dans le cadre de l'analyse du système de distribution global de la recourante, que celle-ci distribue elle-même les ouvrages en Suisse ou qu'elle ait confié cette distribution à Servidis. Il s'ensuit que, dans la suite de l'analyse, il y a lieu de se concentrer exclusivement sur la relation commerciale qui lie la recourante et les 93 éditeurs lui ayant confié la diffusion-distribution exclusive de leurs ouvrages en Suisse.

11.2.4 En résumé, sur la base des clauses contenues dans les contrats avec les 93 éditeurs, il y a lieu de retenir que, pour les 51 éditeurs dont le contrat contient soit la clause A (cf. n° 6, 43 à 50, 52 à 84, 86, 88 et 89 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss, ainsi que les contrats E.J._____ et E.K._____, acte 672, annexes 5 et 7), la clause C (cf. n° 85 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss), la clause E (cf. n° 1 et 3 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss) ou la clause G (cf. n° 87 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss), l'exclusivité concédée ne tombe *a priori* pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, pour autant qu'il n'existe toutefois pas d'autres éléments permettant de déterminer que les éditeurs concernés ont, durant la période de l'enquête, interdit à leurs partenaires de distribution actifs hors du territoire suisse de répondre à des demandes de détaillants suisses, ce qui sera examiné ci-après. Il en va de même du contrat conclu avec Servidis (cf. acte 530, p. 41 ss).

Il en va de même des 2 contrats qui ne mentionnent pas spécifiquement une clause d'exclusivité – à savoir les contrats contenant les clauses B et F (cf. n° 13 et 42 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss). En l'absence de toute clause contractuelle concédant à la recourante une exclusivité sur le territoire qui lui est attribué, l'accord ne tombe *a priori* pas non plus sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. Il y aura lieu d'examiner ci-dessous si d'autres éléments permettent de déterminer que les éditeurs concernés ont, durant la période de l'enquête, interdit d'une quelconque autre façon à leurs partenaires de distribution actifs hors du territoire suisse de répondre à des demandes de détaillants suisses.

Quant aux 40 éditeurs dont le contrat contient la clause D (cf. nº 2, 4, 5, 7 à 12, 14 à 41 et 51 de la liste des contrats, acte 530, p. 109 ss, ainsi que les contrats E.H._____ et E.I._____, acte 672, annexes 6 et 8), il existe une présomption de fait que les éditeurs concernés ont pris l'engagement de ne pas laisser vendre et d'empêcher les ventes sur le territoire réservé à la recourante par d'autres diffuseurs-distributeurs, actifs hors de ce territoire. Il sied d'examiner toutefois si la recourante apporte des éléments à même de l'affaiblir.

11.3 Il y a dès lors lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer, ou à l'inverse d'infirmer, que les 93 partenaires de distribution situés en amont pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a pu être démontrée ont, durant la période considérée, interdit à leurs partenaires de distribution actifs en dehors du territoire suisse – de manière directe ou indirecte – de répondre à des commandes non sollicitées émanant du territoire suisse.

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

La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, laquelle est relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (cf. supra consid. 4.4.1).

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

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

La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49*a* al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 *Nikon* consid. 4.2.5.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 4.4) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2 ; arrêt du TF 2C_1017/2014 du 9 octobre 2017 *Koch Group* consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH et 30 ou 32 Cst., notamment la présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, ancré aux art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non publié). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.3 ; arrêts du TF 6B_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1, 6B_118/2009 et 6B_12/2011 [causes jointes] du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 non publié à l'ATF 138 I 97 ; MICHAEL TSCHUDIN, Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht, PJA 2014 p. 1337).

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

consid. 159 ; FABIENNE HOHL, Procédure civile, vol. 1, 2e éd. 2016, p. 315 ss no 1905 ss). Le Tribunal fédéral a également admis une preuve facilitée lorsque les conditions de la règle légale constituent des faits négatifs (déterminés ou indéterminés) (cf. ATF 139 II 451 consid. 2.4 ; HOHL, op. cit., vol. 1, p. 327 s. no 1971 ss).

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).

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

La recourante conteste en substance que le droit de retour implique une restriction des ventes passives, ce dernier justifiant tout au plus une exclusivité simple. Elle note à ce propos que les détaillants suisses demeurent libres de s'approvisionner directement auprès des éditeurs – avec ou sans droit de retour – ou d'acheter à compte ferme des ouvrages auprès de revendeurs étrangers.

En l'espèce, la recourante ne prétend toutefois pas que des mesures spéciales auraient été mises en place afin d'exercer un contrôle des retours par rapport aux flux « aller » durant la période de référence, à savoir entre 2005 et 2011. Si elle précise que le droit de retour requiert uniquement une exclusivité simple, elle reste muette quant à la façon par laquelle elle a assuré le bon fonctionnement du droit de retour. Or, le fait que la recourante justifie l'existence de clauses d'exclusivité dans le contexte du fonctionnement du droit de retour, sans mettre en avant qu'elle disposerait de moyens logistiques particuliers lui permettant de gérer les flux laisse à penser, au contraire, que ce fonctionnement est directement garanti par

une protection territoriale absolue. En effet, une solution pour garantir le droit de retour serait de permettre aux détaillants de choisir entre un approvisionnement en Suisse ou un approvisionnement en France. Or, tout laisse à penser, au contraire, que c'est la recourante elle-même qui a opéré un tel choix : en bénéficiant d'un régime d'exclusivité pour le territoire suisse, elle s'est assurée que les ouvrages retournés par les détaillants suisses avaient transité par elle lors du flux « aller ». Il existe donc un indice selon lequel le bon exercice du droit de retour avait pour corollaire l'existence d'un système de distribution excluant les ventes passives depuis la France pour les fonds des éditeurs, dont la recourante assure la diffusion en Suisse.

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

> « [Servidis] *a récemment rencontré* [Payot]. [Cette dernière] *souhaite obtenir l'autorisation du distributeur concerné d'aller s'approvisionner en France lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai.*
>
> *A la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document* » (cf. acte 547f, page 4).

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

procès-verbal d'une réunion de l'ASDEL du 12 mars 2007 (cf. acte 547f, page 11 s.).

S'agissant de la séance du 12 mars 2007, la recourante soutient qu'hormis l'effet de susciter une discussion entre les diffuseurs-distributeurs présents, les buts de Payot et des autres diffuseurs-distributeurs ne sont pas clairs. Elle relève que la démarche de Payot n'est rien de plus que l'expression d'un manque de volonté de mettre en place l'infrastructure nécessaire à un approvisionnement direct.

11.3.3.2 La teneur du passage en cause est pour le moins équivoque. Entendus à ce sujet par l'autorité inférieure à la fin de l'année 2012, les diffuseurs-distributeurs présents lors de dite séance ont pour la plupart indiqué, tout comme Payot (cf. acte 913 ligne 142), que le « document » auquel il est fait référence dans le procès-verbal n'a jamais existé, ce qui permet de douter de la précision avec laquelle les propos tenus y ont été retranscrits et, partant, affaiblit la valeur probante de dite pièce. Ceux-là ont en outre tous déclaré avoir peu de souvenirs de ce point précis du procès-verbal (s'agissant de la recourante, cf. acte 915 lignes 55 ss).

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

Entendue par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012, la recourante a admis qu'à la lecture de la proposition du secrétariat, elle ne se souvenait plus de l'affaire ; elle a toutefois précisé que Payot n'avait pas demandé de se fournir complètement en France ; elle ne serait venue que demander l'autorisation théorique de se dépanner en France. La recourante a ajouté que, si Payot n'avait pas demandé l'autorisation, mais y serait allée directement, cela n'aurait rien changé (acte 915 lignes 55 ss).

Interrogé le même jour sur ce point par l'autorité inférieure, Payot a exposé que dite requête – également adressée à Diffulivre, Gallimard et Interforum – consistait à trouver avec les diffuseurs-distributeurs un « système parallèle » pour les titres en rupture de stock, de « manière à ramener le délai [de livraison] à quelque chose d'acceptable et raisonnable » (cf. acte 913 lignes 148 ss). Ledit délai, en général supérieur à deux semaines, était lié aux ruptures de charge entre le moment où Payot commandait l'ouvrage

et le moment où elle le recevait. Ces ruptures étaient dues, selon Payot, au fait qu'en général, le diffuseur suisse ne passait pas tous les jours une commande en France et qu'il n'allait pas non plus relever la marchandise tous les jours (cf. acte 913 lignes 166 ss). La demande de Payot tendait ainsi à obtenir un accord de principe quant à la mise en place d'un circuit visant à éviter les ruptures de charge. Elle déplore qu'aucun diffuseur-distributeur n'ait pris en compte ses besoins (cf. acte 913 ligne 152).

11.3.3.3 Il y a tout d'abord lieu de relever que la valeur probante des déclarations reportées ci-dessus doit être relativisée en raison des sept années écoulées depuis les faits, les diffuseurs-distributeurs ayant eux-mêmes indiqué avoir de vagues souvenirs de cette affaire. Quoi qu'il en soit, il paraît peu vraisemblable que la demande de Payot ait porté uniquement sur une autorisation de s'approvisionner en France pour les cas où des titres seraient en rupture de stock auprès des diffuseurs suisses : les librairies interrogées dans le cadre de la procédure ont quasi toutes relevé qu'un des principaux inconvénients à se fournir en France résidait dans des délais de livraison très longs (cf. notamment acte 909 ligne 375). Or, on peine à voir comment un approvisionnement par la France pourrait représenter une solution alternative lorsqu'une commande en Suisse ne peut pas être honorée dans un certain délai. A cet égard, certains diffuseurs-distributeurs ont indiqué lors de leur audition qu'en cas de rupture de stock sur les titres importants, les ouvrages étaient déjà commandés, si bien que le délai de livraison oscillait entre un et trois jours. Pour les autres titres, le délai pouvait s'étendre de 10 à 15 jours (cf. notamment acte 914 lignes 446 ss).

De même, Diffulivre a rapporté que le tour de table lors de la séance de l'ASDEL avait porté sur la question des importations parallèles (cf. acte 902 lignes 362 ss). Or, attendu que la tenue de tels propos ne sert pas les intérêts des diffuseurs-distributeurs, il convient de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, comme l'a relevé l'autorité inférieure, un passage du procès-verbal de la réunion des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL du 12 mars 2007 indique que la question des importations parallèles avait été abordée : « [l]*es diffuseurs ont appris que la* [FNAC] *avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir s'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les ponts et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la* [FNAC] *a toujours la possibilité de passer par la plateforme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches et prendront au*

besoin des dispositions appropriées » (cf. acte 547f, page 12). Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la problématique des importations parallèles a, d'une manière ou d'une autre, été évoquée entre les diffuseurs-distributeurs, autant lors de l'assemblée des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL en 2005 qu'en 2007, ce qui constitue un indice en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives imposée par la recourante à ses partenaires de distribution actifs sur d'autres territoires.

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

S'agissant des 40 contrats contenant la clause D, ces indices renforcent la présomption de fait que les engagements contenus dans dite clause avaient pour objet l'interdiction des ventes – tant actives que passives – par d'autres fournisseurs agréés, actifs hors du territoire suisse. Les éléments apportés jusque-là par la recourante ne permettent pas d'affaiblir la conviction du tribunal sur ce point.

Quant aux 51 éditeurs dont le contrat ne contient pas explicitement lesdits engagements ainsi qu'aux 2 éditeurs dont le contrat ne contient pas expressément une clause d'exclusivité, ces indices ne suffisent pas à eux seuls à emporter la conviction du tribunal que ces accords ont conduit à l'interdiction des ventes passives.

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

11.4 Prise en compte des effets des accords

11.4.1 L'autorité inférieure soutient que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs suisses, fondés sur des régimes d'exclusivité, ont dans les faits incontestablement visé l'interdiction des ventes passives. Elle indique en effet que, malgré la volonté d'opérer des importations parallèles, aucun détaillant situé sur le territoire suisse n'a été en mesure d'y procéder dans un volume conséquent durant la période sous investigation. Pour plusieurs d'entre eux, dont la FNAC et Payot, ce seraient les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui seraient la cause de leur échec à importer parallèlement les ouvrages de l'ensemble des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête. Seule

B.A._____ serait parvenue à procéder à des importations parallèles, grâce à la mise en place du système B.B._____, lequel repose sur des partenariats – secrets tant pour les diffuseurs-distributeurs en France qu'en Suisse – avec des détaillants en France. Pour B.A._____, la mise en place d'un tel procédé aurait été commandée par les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Selon l'autorité inférieure, l'exemple de B.A._____ serait la preuve par les faits que, durant la période concernée, un différentiel de prix important a existé. En outre, les tabelles de conversion de tous les diffuseurs-distributeurs contiendraient, dans tous les cas, une majoration par rapport au taux de change. Aussi, elle considère que des possibilités d'arbitrage significatives ont existé durant toute la période de l'enquête, tant au niveau des prix que des services ou de la qualité.

11.4.2 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 ou pour effet d'exclure les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. Elle réfute en particulier que les contrats qu'elle a conclus avec ses partenaires de distribution en amont ont eu pour effet d'empêcher les importations parallèles ou les approvisionnements directs. Ainsi, l'interprétation de l'autorité inférieure des divers questionnaires adressés aux détaillants serait erronée. En particulier, elle lui reproche de ne pas s'être fondée sur une enquête complète et d'avoir motivé sa décision sur des postulats dont la pertinence ne peut être démontrée.

11.4.3 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace. S'agissant des contrats de distribution attribuant des territoires, la concurrence efficace est présumée supprimée lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. Il ressort du texte même de l'art. 5 al. 4 LCart que la réalisation de la présomption suppose l'existence d'un accord qui interdit les ventes passives (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2 ; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 5 p. 70 n° 33 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 n° 557). Seul le contenu de l'accord en question est déterminant ; la preuve des effets concrets de l'entente sur la concurrence n'est pas nécessaire à l'application de la présomption (cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.2 et 143 II 297 Gaba consid. 5.4.2 ; arrêt du TAF B-420/2008 du 1er juin 2010 *Implenia* consid. 7). Les effets de l'accord, respectivement l'existence d'une éventuelle concurrence résiduelle, ne sont en effet pas déjà à examiner au stade de la présomption, mais seulement dans le cadre du renversement de celle-ci (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 3.3.14.2 et 8.1.2).

Aussi, le seul fait que l'accord n'empêche pas les ventes passives suffit pour que la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas à celui-ci. Cette règle correspond à la réglementation européenne (art. 4/b 1er tiret du règlement d'exemption par catégorie). Les entreprises participantes n'ont dès lors pas à établir que des importations parallèles ont effectivement eu lieu, car ce point n'est pas pertinent à ce stade de l'analyse. Le contraire ferait dépendre l'application de l'art. 5 al. 4 à un comportement étranger à celui des entreprises participantes, ce qui n'est pas acceptable (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 568 nº 609 ; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., nº 71 ; cf. également Deiss BO 2003 E 331 et Schiesser BO 2003 E 329 s.).

Comme exposé ci-dessus, la procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. supra consid. 11.3.1). Partant, les effets constatés, durant la période sous investigation, sur le marché – en particulier les défauts d'importations parallèles significatives des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante – peuvent néanmoins constituer un indice en faveur d'une exclusion des ventes passives et, à ce titre, être pris en considération déjà au stade de l'établissement de la présomption. Ceux-là ne suffisent toutefois pas à eux seuls à entraîner l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. En effet, un accord, qui aurait pour effet d'entraîner une suppression de la concurrence efficace, mais qui ne réaliserait pas les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, serait saisi par l'art. 5 al. 1 LCart (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 488 s. nº 223).

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

Enfin, l'art. 4/b 1er tiret du règlement d'exemption, dont s'inspire l'art. 5 al. 4 LCart, prévoit que ne sont pas exemptés les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont notamment pour objet la restriction concernant le territoire dans lequel l'acheteur peut vendre les biens ou

services contractuels. Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'art. 101 par. 1 TFUE, lequel prévoit que les ententes ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché commun sont interdites. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'art. 101 par. 3 TFUE, raison pour laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'art. 101 par. 3 TFUE dans un cas donné (ch. 47 des lignes directrices).

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

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

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

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

11.5 Possibilités d'arbitrage

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

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

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

Au surplus, la recourante a procédé à un dépouillement de 80 réponses aux questionnaires qu'elle a produit à l'appui de son recours (cf. pièce 18 de la recourante). Il y a lieu d'en tenir compte, dans la limite de ce qui suit.

En effet, les réponses aux questionnaires ne sont examinées que dans la mesure où elles contiennent des indications concrètes sur le

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

Ainsi, il ressort que, sur les 80 questionnaires dépouillés par la recourante, il y a lieu d'en retirer 8, dans la mesure où ceux-ci n'ont pas répondu s'approvisionner auprès de la recourante ou de Servidis, laquelle distribue les ouvrages diffusés par la recourante en Suisse (D.AD._____, acte 89 ; D.A._____, acte 99 ; D.AE._____, acte 117 ; D.AF._____, acte 172 ; D.AG._____, acte 197 ; D.AH._____, acte 198 ; D.AI._____, acte 214 ; D.AJ._____, acte 248). Quant à l'acte 164 qui a été comptabilisé par la recourante, il ne s'agit pas d'un questionnaire, mais d'un email. Le questionnaire correspondant à ce détaillant (D.L._____) a été produit au dossier de l'autorité inférieure sous l'acte 212, lequel a déjà été pris en compte par la recourante dans son dépouillement. De même, il y a lieu de prendre également en compte 4 autres questionnaires, dès lors que les détaillants concernés ont indiqué s'approvisionner auprès de la recourante ou de Servidis (D.AC._____, acte 127 ; D.AK._____, acte 151 ; D.AB._____, acte 220 ; D.AL._____, acte 263), ce qui porte le nombre de détaillants ayant répondu s'approvisionner notamment auprès de la recourante ou de Servidis à 75.

Il y a lieu de relever que, à la question – contenue dans le questionnaire de décembre 2008 – de savoir s'il existait d'autres solutions d'approvisionnement en livres écrits en français, sans passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeurs et, le cas échéant, de détailler les avantages et inconvénients de ces solutions alternatives, ainsi que leurs coûts, parmi les 72 détaillants ayant répondu à cette question et se fournissant en livres francophones notamment auprès de la recourante ou Servidis, 16 ont répondu qu'il n'était pas possible de se fournir à l'étranger en raison des inconvénients que représente un tel approvisionnement et 31 ont indiqué qu'il existait d'autres sources d'approvisionnement à l'étranger, tout en exposant les inconvénients de se fournir hors de Suisse.

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

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

Enfin, plusieurs revendeurs ont souligné l'importance et la qualité du service du réseau de diffusion-distribution suisse, en particulier pour les libraires indépendants. La Librairie A._____ a indiqué que, même si certains diffuseurs avaient des tabelles trop élevées, ceux-ci rendaient aux libraires un service inestimable, leur permettant d'être performants (cf. acte 442). A la question de savoir si elle avait entrepris des démarches pour ouvrir un compte à l'étranger, la responsable de dite librairie a répondu par la négative. Elle a indiqué ne pas avoir envie de faire ces démarches, qu'elle s'était renseignée et qu'elle s'était aperçue que, pour les libraires indépendants, ce serait plus cher et moins bien. Elle a mentionné que la diffusion-distribution suisse était pour le moment « extrêmement performante ». Elle dit craindre de ne pas arriver, en passant par la France, à avoir des livres aussi rapidement qu'en Suisse. Elle insiste enfin sur le fait que ce n'est pas qu'elle ne veut pas se servir en France, mais qu'actuellement, ce serait pour les libraires indépendants plus cher et plus long (cf. acte 909).

La FNAC a relevé que les informations données mensuellement par les représentants suisses étaient capitales pour coller aux exigences du marché suisse. Or, un approvisionnement en France entraînerait inévitablement la disparition des structures suisses et des compétences inhérentes (cf. acte 254). Trois librairies, dont Payot, entre autres raisons, ont déclaré ne pas vouloir s'approvisionner à l'étranger pour des motifs

écologiques et éthiques. Celle-ci a indiqué qu'elle finançait, avec la FNAC, l'équilibre économique de la distribution locale – dont bénéficient tous les petits et moyens détaillants – en confiant aux diffuseurs-distributeurs suisses l'ensemble de ses approvisionnements. Aussi, elle considère que sa position de leader lui impose de ne pas mettre en péril, pour son seul profit, le système actuel (cf. acte 129).

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

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

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

de mieux vivre, soit de jouer sur les prix de vente puisqu'il y a une totale liberté de jouer sur les prix de vente » (cf. acte 913 lignes 662-678).

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

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

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

Quant à la FNAC, avec un volume d'importation hypothétique d'environ […] %, elle aurait bénéficié d'économies d'échelle un peu moins fortes que celles auxquelles Payot aurait pu prétendre. A titre comparatif, le volume d'importation hypothétique de la FNAC correspond environ au volume

d'importation de Servidis (cf. ch. 606 de la décision attaquée ; […] % de parts de marché entre 2009 et 2011) – troisième plus gros diffuseur-distributeur de la branche actif en Suisse après Interforum (cf. ch. 606 de la décision attaquée ; […] % de parts de marché entre 2009 et 2011). En tant que la FNAC est une filiale d'un groupe français, l'exploitation d'un centre de distribution en France aurait vraisemblablement été plus simple pour elle que pour Payot. Aussi, on ne saurait en conclure qu'un approvisionnement en France aurait occasionné pour la FNAC des coûts d'importation supérieurs à ceux avancés par Payot.

Il s'ensuit que, en dessous d'un différentiel de prix au niveau « wholesale » entre la Suisse et la France de l'ordre de 10 %, il n'est pas possible d'établir avec certitude que les frais d'importations n'auraient pas excéder ledit différentiel de prix.

11.5.2 En prenant l'exemple de Payot, il peut être relevé que celle-ci a indiqué en substance, dans sa réponse à la demande d'informations dans le cadre de l'ouverture de l'enquête préalable en 2007, que, conformément à la moyenne des tabelles constatée en Suisse romande, le prix public suisse était d'environ 30 % plus élevé que le prix régulé en France (cf. acte 22, page 5). La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir renoncé à calculer et à individualiser une différence de prix pour chaque diffuseur-distributeur. A cet effet, elle a procédé à une analyse – sur la base de ses tabelles – des coûts afin de comparer la compétitivité de l'approvisionnement direct et parallèle. Dans son analyse, elle tient compte notamment du montant de la TVA (française et suisse), des remises aux librairies, des frais de port et des frais de dédouanement. Il ressort de dite analyse qu'en application de la tabelle valable au 31 décembre 2011 et pour un colis de 20 kg, le prix « wholesale » suisse serait supérieur de [environ 10] % au prix « wholesale » français ([{…}/{…} x 100] – 100), que pour un colis de 10 kg, il serait supérieur de [moins de 5] % ([{…}/{…}] x 100] – 100), et que pour un colis de 5 kg, il serait inférieur de [moins de 5] % ([{…}/{…} x 100] – 100) (cf. ch. 130 du mémoire de recours et pièce 19 de la recourante).

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

S'agissant de la recourante, elle a produit – à l'appui de ses déterminations sur la proposition de décision du 14 août 2012 – les tabelles qu'elle a

appliquées entre le 1er janvier 2005 (celle du 1er avril 2004 étant toujours valable à cette date) et le 31 octobre 2011 (cf. acte 672, annexes 33 à 38). Elle a ensuite indiqué, lors de son audition, avoir introduit une nouvelle tabelle le 1er novembre 2011 – sans toutefois la produire – avec un taux linéaire de […] (cf. acte 915 lignes 166 ss et 246 ss). Cela précisé, au regard des tabelles fournies et du cours du taux de change entre l'euro et le franc suisse durant la période de référence (cf. statistiques du cours des devises de la Banque Nationale Suisse [ci-après : BNS], cf. < https://data.snb.ch/fr/topics/ziredev#!/cube/devkum?fromDate=2004-03&toDate=2011-12&dimSel=D0(M0),D1(EUR1) >, consulté le 30 octobre 2019), il peut être retenu que la recourante a appliqué, entre janvier 2005 et juillet 2007, un prix public au niveau « retail » en Suisse de […] % en moyenne plus cher qu'en France s'agissant des livres dont la fourchette du prix public français s'élève jusqu'à 40 euros, soit en ce qui concerne la catégorie de livres la plus représentative en termes de vente sur le marché français (tabelle du 1er avril 2004 [cf. acte 672, annexe 33]). Entre août 2007 et août 2008, le prix public au niveau « retail » en Suisse était de […] % en moyenne plus cher que son équivalent en France (tabelle du 1er août 2007 [cf. acte 672, annexe 34]), entre septembre 2008 et juillet 2010, de […] % en moyenne plus cher (tabelle du 1er septembre 2008 [cf. acte 672, annexe 35]), entre août 2010 et janvier 2011, de […] % en moyenne plus cher (tabelle du 1er août 2010 [cf. acte 672, annexe 36]), entre février 2011 et juillet 2011, de […] % en moyenne plus cher (tabelle du 1er février 2011 [cf. acte 672, annexe 37]), entre août 2011 et octobre 2011, de […] % en moyenne plus cher (tabelle du 1er août 2011 [cf. acte 672, annexe 38] et, entre novembre 2011 et décembre 2011, de […] % en moyenne plus cher (déclaration de la recourante [cf. acte 915 lignes 166 ss]). Ces augmentations moyennes des prix en Suisse par rapport à la France durant la période où chaque tabelle a été appliquée se déterminent de la manière suivante. Il y a d'abord lieu d'établir un facteur de conversion moyen par tabelle fournie pour la catégorie de livres précités (tabelles du 1er avril 2004 [cf. acte 672, annexe 33] : […] ; du 1er août 2007 [cf. acte 672, annexe 34] : […] ; du 1er septembre 2008 [cf. acte 672, annexe 35] : […] ; du 1er août 2010 [cf. acte 672, annexe 36] : […] ; du 1er février 2011 [cf. acte 672, annexe 37] : […] ; du 1er août 2011 [cf. acte 672, annexe 38] : […] ; dès le 1er novembre 2011, déclarations de la recourante [cf. acte 915 lignes 166 ss] : […]). Ensuite, il est tenu compte des taux de change mensuels moyens entre l'euro et le franc suisse pour la période correspondante, conformément aux statistiques du cours des devises de la BNS. Les différences entre les facteurs de conversion moyens et les divers taux de change entre l'euro et le franc suisse, divisées par lesdits taux mensuels,

représentent les augmentations mensuelles moyennes des prix en Suisse par rapport à la France pour les livres jusqu'à 40 euros. De l'ensemble des augmentations mensuelles durant la période de validité de chaque tabelle résultent les augmentations moyennes de […] % entre janvier 2005 et juillet 2007, de […] % entre août 2007 et août 2008, de […] % entre septembre 2008 et juillet 2010, de […] % entre août 2010 et janvier 2011, de […] % entre février 2011 et juillet 2011, de […] % entre août 2011 et octobre 2011 et de […] % entre novembre 2011 et décembre 2011.

Aussi, le niveau des prix sur le marché « wholesale » français aurait été, entre janvier 2005 et juillet 2007, [plus de 10] % inférieur à celui pratiqué en Suisse par la recourante. Il aurait été [plus de 10] % inférieur entre août 2007 et août 2008, [plus de 10] % inférieur entre septembre 2008 et juillet 2010, [plus de 10] % inférieur entre août 2010 et janvier 2011, [plus de 10] % inférieur entre février 2011 et juillet 2011, [plus de 10] % inférieur entre août 2011 et octobre 2011 et [plus de 10] % inférieur entre novembre 2011 et décembre 2011, compte tenu :

– d'un taux de remise accordé à un libraire français du niveau de Payot sur le prix de vente en France de 40 % – selon les indications, dans le cadre de la demande d'informations précitée, de Payot (cf. acte 22, page 5) et de la recourante (cf. acte 72, question 7b), qui fait état d'une remise moyenne de […] % pour l'ensemble des librairies en France ;

– d'un taux de remise de base accordé au libraire suisse Payot sur le prix de vente tabellisé en Suisse de maximum […] % selon les indications, dans le cadre de la demande d'informations précitée, de Payot (cf. acte 21, page 5) et des allégations de la recourante (cf. acte 72, question 7b) – qui fait état d'une remise moyenne de […] % pour l'ensemble des librairies suisses ;

  Il y a lieu de préciser que, lorsque la recourante prétend que des remises supérieures à […] % auraient été octroyées à la FNAC et à Payot, dites remises ne peuvent que comprendre les remises de fin d'année, octroyées par la recourante à certains détaillants, voir exclusivement à la FNAC et à Payot. Elles ne sont pas prises en compte, dès lors, d'une part, que la recourante n'a pas produit les montants variables de ces remises durant l'ensemble de la période de l'enquête et, d'autre part, que de telles remises sont également accordées aux détaillants en France, la recourante ne démontrant pour

le reste pas que ces dernières seraient moindres qu'en Suisse (cf. actes 17 et 53, question 7, ainsi qu'acte 72, question 7b). Partant, il y a lieu d'admettre qu'elles ne modifieraient pas les différentiels de prix calculés ci-dessus.

– ainsi que du retrait de la TVA française à 5.5 % du prix payé après déduction de la remise accordée en France et de l'ajout de la TVA suisse à 2.5 % (à savoir le taux déterminant de TVA le plus élevé durant la période de référence, celui-ci étant passé de 2.4 % jusqu'à fin 2010 à 2.5 % dès début 2011) sur le prix d'achat français hors TVA.

Ce montant se calcule comme suit. Après déduction de la remise de 40 % et de la TVA française ainsi que de l'ajout de la TVA suisse, Payot aurait payé, au regard du marché « wholesale » français, 58.3 % du prix public français ([100 % - 40 %] / 1.055 x 1.025). Sur le marché « wholesale » suisse, ladite librairie n'a certes payé que […] % du prix public recommandé en Suisse par la recourante, après déduction de la remise (plus élevée) de […] % (100 % - […] %). Cela dit, le prix public suisse au niveau « retail » étant en moyenne respectivement de […] % entre janvier 2005 et juillet 2007, de […] % entre août 2007 et août 2008, de […] % entre septembre 2008 et juillet 2010, de […] % entre août 2010 et janvier 2011, de […] % entre février 2011 et juillet 2011, de […] % entre août 2011 et octobre 2011 et de […] % entre novembre 2011 et décembre 2011 plus élevé que celui en France pour la fourchette considérée, le prix « wholesale » à acquitter par les détaillants suisses à la recourante totalise néanmoins :

– entre janvier 2005 et juillet 2007, […] % – soit […] % de […] % – du prix public français ;

– entre août 2007 et août 2008, […] % – soit […] % de […] % – du prix public français ;

– entre septembre 2008 et juillet 2010, […] % – soit […] % de […] % – du prix public français ;

– entre août 2010 et janvier 2011, […] % – soit […] % de […] % – du prix public français ;

– entre février 2011 et juillet 2011, […] % – soit […] % de […] % – du prix public français ;

– entre août 2011 et octobre 2011, […] % – soit […] % de […] % – du prix public français ;

– et entre novembre 2011 et décembre 2011, […] % – soit […] % de […] % – du prix public français.

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

– entre janvier 2005 et juillet 2007, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ([{…} % - 58.3 %] / 58.3 %) ;

– entre août 2007 et août 2008, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ([{…} % - 58.3 %] / 58.3 %) ;

– entre septembre 2008 et juillet 2010, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ([{…} % - 58.3 %] / 58.3 %) ;

– entre août 2010 et janvier 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ([{…} % - 58.3 %] / 58.3 %) ;

– entre février 2011 et juillet 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ([{…} % - 58.3 %] / 58.3 %) ;

– entre août 2011 et octobre 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ([{…} % - 58.3 %] / 58.3 %) ;

– et entre novembre 2011 et décembre 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « wholesale » en France ([{…} % - 58.3 %] / 58.3 %).

A noter qu'il est tenu compte du taux de TVA suisse le plus élevé pour l'entier de la période de l'enquête, dès lors qu'en tenant compte de celui-ci, l'on parvient à un différentiel de prix entre la Suisse et la France au niveau « wholesale » inférieur à celui obtenu en prenant les taux moins élevés, ce qui est au bénéfice de la recourante. De même, les différents chiffres ayant été arrondis lors des différentes étapes du calcul, il peut

subsister une différence de l'ordre de 0.1 % dans le résultat final. Dite différence n'a toutefois pas d'influence sur les conséquences juridiques qu'il y a lieu de tirer de l'existence d'un différentiel de prix de [plus de 10] % entre les prix « wholesale » français et suisse.

Le différentiel de prix de [plus de 10] % ayant existé entre les marchés « wholesale » français et suisse durant la période d'enquête confirme ainsi que des possibilités d'arbitrage ont existé entre les années 2005 et 2011, y compris pour les ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

11.5.3 Reste à déterminer si, pour les petits et moyens détaillants, il existait, durant la période de l'enquête, des possibilités d'arbitrage par les prix ou par les services. Il ressort des réponses données dans le questionnaire envoyé aux détaillants en décembre 2008 que – parmi les détaillants s'étant fournis notamment auprès de la recourante ou de son distributeur Servidis, les deux sociétés étant souvent traitées comme une seule par les détaillants (cf. ch. 28 du mémoire de recours) – ces mêmes détaillants ont bénéficié d'un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l'étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu'en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Entendue par l'autorité inférieure, le 26 novembre 2012, la Présidente des libraires indépendants au sein de l'ASDEL et responsable de la librairie A._____, a expliqué s'approvisionner exclusivement en Suisse, ceci pour des raisons à la fois de commodité et économiques :

> « […] *Si on le fait pas [ouvrir des comptes en France], c'est parce que pour nous, libraires indépendants, ça coûterait plus cher* […] » (cf. acte 909 lignes 122-123).
>
> « […] *si j'ouvrais des comptes en France,* […] *mon chiffre d'affaires serait absolument nul, je n'aurais certainement pas la remise que j'ai maintenant en Suisse romande* » (cf. acte 909 lignes 132-135).
>
> « *Mais justement, peut-être que si nous, nous n'avons pas été plus loin dans la démarche, c'est parce que nous trouvons que pour nous, nous aimerions mieux rester dans un système qui marche très, très bien, qui fait ses preuves et qui pour nous est une aide à être performant* » (cf. acte 909 lignes 347-350).

L'autorité inférieure a également entendu le responsable de l'enseigne B.A._____ en date du 26 novembre 2012 (cf. acte 911), laquelle comprenait […] points de vente en Suisse romande (cf. acte 911 lignes 70-

73). Par l'intermédiaire de différentes structures, il a poursuivi, en tant que détaillant suisse, une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution prévus pour la Suisse, précisant ceci :

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

Ainsi, il ressort des réponses au questionnaire envoyé en décembre 2008 que, en cas d'approvisionnement à l'étranger, les petites et moyennes librairies doivent en particulier, en raison de leur faible volume d'achat, faire face à des coûts fixes unitaires importants (frais de transport, frais de dédouanement, frais d'exploitation). Toutefois, même pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché « retail » en Suisse, l'exemple de B.A._____ souligne l'existence de possibilités d'arbitrage lorsque le différentiel de prix entre le taux de change effectif et les taux de conversion des tabelles était important. Ainsi, il ne peut être exclu que des possibilités d'arbitrage aient existé, y compris pour les petits et moyens détaillants, lesquels auraient éventuellement pu les renforcer en coordonnant – sans toutefois contrevenir à la loi sur les cartels – leurs importations. En revanche, il ne peut être retenu que des possibilités d'arbitrage ont existé pour les petits et moyens détaillants, lorsque celles-ci n'existaient pas pour Payot et la FNAC. Aussi, il y a lieu de retenir que des possibilités d'arbitrage ont été fortement diminuées pour les petits et moyens détaillants entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, à savoir lorsque le différentiel de prix entre le marché « wholesale » suisse et français était inférieur à 10 %.

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

11.6 Existence d'importations parallèles

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

A cet égard, il y a lieu de tenir compte des réponses aux questionnaires précités – de même que celles contenues dans les procès-verbaux d'audition – de l'ensemble des librairies ayant indiqué s'approvisionner auprès de la recourante. En effet, les informations fournies par les détaillants, même s'ils n'ont individuellement pas bénéficié d'un potentiel d'arbitrage durant la période visée, constituent néanmoins des indices permettant d'apprécier si des importations étaient possibles ou non à l'époque. De même, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des expériences des détaillants s'agissant d'importations de livres diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, peu importe que les détaillants se soient approvisionnés ou aient tenté de le faire auprès d'un éditeur, d'un diffuseur-distributeur étranger ou d'un autre partenaire commercial ; l'ensemble de ces expériences peuvent en effet constituer un indice que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives. Enfin, il y a lieu de rappeler que les importations de titres non diffusés/distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations parallèles, un approvisionnement en France constituant le seul moyen de les obtenir. Aussi, les expériences des détaillants ayant déclaré ne s'approvisionner en France que lorsque l'ouvrage n'était pas diffusé/distribué en Suisse doivent être écartées.

11.6.1 Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011 (cf. acte 343), avoir tenté de se fournir auprès d'un « diffuseur-distributeur étranger », deux ont répondu avoir essayé, une ou plusieurs fois, de s'approvisionner à l'étranger et n'avoir rencontré aucune difficulté pour le faire. Il s'agit de la FNAC (une fois ; cf. acte 411) et de la librairie D.B._____ (plusieurs fois ; cf. acte 349). Il convient toutefois de préciser qu'en réponse à un questionnaire du 10 décembre 2007 envoyé à quelques détaillants, la FNAC avait expliqué qu'un approvisionnement en France pourrait intervenir de manière très ponctuelle, notamment lorsque certaines références étaient en rupture prolongée chez les diffuseurs-distributeurs suisses et qu'il y avait une forte demande sur ces références (cf. acte 53). A noter que si la recourante souligne que la FNAC s'approvisionnerait depuis 2012 directement auprès de ses principaux éditeurs, il y a lieu de rappeler que ces approvisionnements ne concernent toutefois pas la période sous enquête ; ils ne sont ainsi pas propres à

élargir la portée du seul exemple d'importation parallèle réussie mentionné par la FNAC. Au surplus, deux librairies, ayant tenté de se fournir à l'étranger auprès d'un diffuseur/distributeur, ont en revanche renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à elles. Il s'agit de la librairie D.C._____, laquelle a expliqué que « *en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat* » (cf. acte 473) et de la librairie D.D._____, qui a relevé que « *les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse* » (cf. acte 433).

La librairie D.F._____ a elle-aussi indiqué avoir tenté de s'approvisionner auprès d'un « *autre partenaire commercial* », en l'occurrence une « *librairie collègue* », mais avoir essuyé plusieurs refus (cf. acte 461). La librairie D.G._____ a également indiqué se fournir auprès d'Amazon (cf. acte 406). Elle a toutefois indiqué 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 (cf. acte 136).

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

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

direct auprès des éditeurs. Il s'agit notamment de la librairie D.K._____ (cf. acte 383), de la librairie D.L._____ (cf. acte 412), de la librairie D.M._____ (cf. actes 130 et 358) et de la librairie D.C._____ (cf. acte 473). Les raisons avancées par les détaillants sont principalement le régime d'exclusivité octroyé par les éditeurs aux diffuseurs-distributeurs suisses, les frais de port élevés ou les délais de livraison qui ne seraient pas tenus.

Les expériences détaillées ci-dessus font état de quelques approvisionnements auprès d'éditeurs et de diffuseurs-distributeurs. Ils ne sont toutefois pas assimilables à des importations réussies. En effet, hormis la librairie D.B._____ qui a 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 ledit ouvrage est diffusé-distribué en Suisse. Partant, à l'instar de ce que relève Payot et la FNAC 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.

11.6.2 La recourante fait valoir que Payot a requis des concessions supplémentaires, sous menace de s'adresser directement en France en cas de refus. Elle relève avoir octroyé en 2012 des concessions supplémentaires à Payot, fournissant à l'appui un comparatif du prix de revient d'un ouvrage publié par les Editions E.G._____ en cas d'achat en France et en Suisse, selon les nouvelles concessions octroyées (cf. pièces 13 à 15 de la recourante). Elle prétend que le fait que Payot n'a jamais procédé à un basculement de ses approvisionnements en France pendant la période de référence était uniquement dû aux difficultés et aux conditions économiques qui y étaient liées. Ainsi, si Payot ne se serait pas approvisionnée directement à l'étranger, c'est qu'elle obtenait toutes les conditions souhaitées auprès de la recourante.

Citée par plusieurs diffuseurs comme un exemple d'importations parallèles réussies, Payot a été entendue le 26 novembre 2012 par l'autorité inférieure (cf. acte 913). Celle-ci a indiqué que, sur toute la période visée par l'enquête, elle n'avait, sous quelques réserves, procédé à aucune importation parallèle – ouverte ou cachée, par l'intermédiaire d'un « faux-nez » – et n'aurait pas été en mesure de le faire, malgré son poids. Seuls les titres n'étant ni diffusés ni distribués en Suisse, ainsi que les livres proposés par sa franchise […] pouvaient être obtenus en dehors du circuit traditionnel de la diffusion-distribution en Suisse (cf. acte 913 lignes 400-

409). A noter que ces derniers ne concernent toutefois pas le système de distribution de la recourante dès lors que les ouvrages composant dite franchise sont diffusés/distribués en Suisse par la société Servidis. Quant aux importations de titres d'éditeurs français non-diffusés et non-distribués en Suisse, Payot avait passé en 2005 un partenariat avec les librairies C._____ à Lyon, ce qui représentait une alternative moins coûteuse qu'un achat direct (cf. acte 913 lignes 347-351). Interrogée ensuite sur la pratique du » faux-nez », Payot a relevé que, compte tenu de sa taille, elle ne pourrait mettre en place une telle pratique. En cas de tentative, aucun compte ne lui serait ouvert en France pour son volume et elle devrait compter avec un certain nombre de réactions et de mesures de rétorsion au niveau de ses conditions commerciales (cf. acte 913 lignes 821-830). Cela ne pourrait fonctionner que pour des librairies de taille modeste. Dès que le volume est trop important, la démarche est beaucoup trop visible, remarquée trop rapidement et mise en échec. En outre, Payot souhaite travailler avec ses fournisseurs de manière transparente (cf. acte 913 lignes 805-807).

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

Le directeur général de Payot a indiqué avoir eu, à la suite de l'appréciation du franc suisse, des discussions avec Interforum en septembre 2011 en vue d'un approvisionnement depuis la France. Celles-ci se sont conclues, dans un premier temps, par une fin de non-recevoir, puis, dans un second temps, par une amélioration des conditions commerciales et par une demande officielle de Payot, en septembre 2012, pour l'ouverture de négociations. Celle-ci a abouti par un « nous y réfléchissons », sans qu'aucune date ne soit fixée (cf. acte 913 lignes 268-279). Hormis le compte ouvert auprès de Hachette Livres en France en 2000 – […] – et qui n'a jamais été utilisé, Payot n'a pas de comptes ouverts auprès d'un diffuseur ou directement auprès d'un éditeur à l'étranger (cf. acte 913 lignes 364-383 et 390-394). Celle-ci a indiqué […]. Elle peut se satisfaire d'un approvisionnement local, dès lors que les prix d'achat sont raisonnables, ce qui est le cas aujourd'hui s'agissant de Dargaud et Servidis (cf. acte 913 lignes 943-947).

Il ressort de ce qui précède que, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. supra consid. 11.5.2), Payot n'a pas tenté de s'approvisionner à l'étranger durant la période de l'enquête – sauf rares exceptions en cas de rupture de stock – pour des motifs éthiques et en raison du fait que les prix d'achat suisses étaient à cette époque « raisonnables ». Payot a ainsi déclaré dans ses questionnaires des 7 août 2007 et 9 décembre 2008 :

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

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

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

A l'appui de son recours, la recourante a produit un document établi par l'éditeur E.G._____, selon lequel il ressort que Payot se serait approvisionnée directement en France entre 2009 et 2011 s'agissant des ouvrages appartenant à la franchise […] (cf. pièce 9 de la recourante). Sur le vu de dit document, il y a lieu de retenir que la portée de ces approvisionnements en France est limitée aux […] références de la franchise dont dispose Payot par l'intermédiaire de […]. Il sied également de rappeler que ladite franchise n'appartient pas au catalogue de la recourante, mais à celui de Servidis. Partant, ledit document n'est pas de nature à démontrer que Payot a été en mesure de s'approvisionner directement en France pour l'ensemble du catalogue diffusé par la recourante en Suisse.

Aussi, il y a lieu d'admettre que Payot – à l'exception des ouvrages appartenant à la franchise […] – n'a pas tenté d'importations durant la période de l'enquête au motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé nécessaire de déployer d'importants efforts pour s'approvisionner à un meilleur prix en France, en particulier tant que ses conditions commerciales en Suisse étaient acceptables. Enfin, le fait que des

importations aient été entreprises via un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », via les librairies C._____, ne suffit pas à démontrer que le territoire suisse n'était pas cloisonné.

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

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

A la suite de son audition, le responsable de B.A._____ a transmis à l'autorité inférieure une note complémentaire, datée du 17 janvier 2013, dans le but de « *mieux préciser* [ses] *propos* », retranscrits dans le procès-verbal (cf. acte 838). Il a notamment indiqué qu'en vue de dite audition, il avait envoyé des courriers à chaque distributeur français, dont le groupe H._____, afin de demander l'ouverture d'un compte pour être servi en direct. En date du 14 décembre 2012, le groupe H._____ a répondu ceci : « *Sauf erreur ou omission de notre part, nous vous avons déjà répondu sur ce point en vous transférant à notre distributeur local en Suisse, Servidis. Nous vous confirmons, si besoin est, que nous avons confié la distribution exclusive de nos fonds à Servidis pour le territoire suisse auquel nous vous prions de vous adresser pour toutes les commandes d'ouvrages de nos fonds éditoriaux* » (cf. acte 838 annexe 2.6).

Selon l'autorité inférieure, l'expérience de B.A._____, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs-distributeurs comme l'exemple-type prouvant que des importations avaient eu lieu durant la période visée par l'enquête, est révélatrice. Le seul moyen à disposition d'un détaillant de taille moyenne pour profiter d'un approvisionnement alternatif – qui plus est pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché « retail » en Suisse – a été de fonctionner grâce à des approvisionnements par l'intermédiaire de plusieurs librairies écrans liées secrètement à une société d'importation. Enfin, le litige commercial l'ayant opposé à Servidis ne serait pas propre à remettre en cause la portée de l'expérience relatée par B.A._____. (cf. ch. 251 de la décision attaquée).

La recourante fait valoir – se référant aux arguments développés par Servidis – qu'au contraire, en raison des conditions dont bénéficiait B.A._____ avec elle, celle-là n'avait aucune raison de tenter de s'approvisionner directement en France – notamment auprès du groupe H._____ – pour les ouvrages diffusés en Suisse par la recourante. Ce ne serait qu'en raison de la dette accumulée par B.A._____ auprès de Servidis que celle-là aurait commencer à s'approvisionner directement en France en 2004. Au surplus, elle soutient qu'entre 2004 et 2009, B.A._____ s'approvisionnait en France via le système B.B._____ – dont Servidis prétend connaître les fournisseurs – sans que Servidis ne lui ait opposé quelconques mesures de rétorsion. Cette dernière n'aurait en effet fermé le compte de B.A._____ qu'en 2009. Les affirmations de la recourante sont toutefois en contradiction directe avec l'échange de courrier entre B.A._____ et le groupe H._____. De même, si Servidis affirme connaître les noms des fournisseurs de B.A._____, elle n'a – à

aucun moment – donné les noms des librairies visées et – partant – n'apporte aucun élément démontrant que ces dernières n'ont pas tenté de s'approvisionner auprès du groupe H._____. Enfin, il ne faut pas perdre de vue que Servidis a indiqué avoir fait face à de nombreux arriérés de paiement de la part de B.A._____ et fini par clore son compte en 2009. L'absence de réaction de Servidis lorsque B.A._____ a ouvert un compte directement auprès du groupe H._____ appert être plus le signe d'un désintérêt commercial face à un client se révélant être un mauvais payeur que celui d'une volonté de tolérer l'approvisionnement direct depuis la France pour les ouvrages qu'elle diffuse et/ou distribue.

Il y a encore lieu de relever que, selon les indications du responsable de B.A._____, entendu par l'autorité inférieure en qualité de témoin, la société B.B._____ se serait à l'époque vue imposer des baisses unilatérales de remises, des retards dans le traitement des commandes ainsi que des refus sur certains retours pour le motif qu'elle approvisionnait des librairies suisses. Les mesures de rétorsion ainsi décrites rejoignent les propos tenus par Payot s'agissant de la pratique du « faux-nez » (cf. supra consid. 11.6.2). Il ressort ainsi du dossier que seul un système complexe et secret a permis de contourner les canaux traditionnels de la distribution en Suisse, les mesures de rétorsion prises par les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français démontrant qu'il existait bel et bien des restrictions aux possibilités d'approvisionnement en France. Si personne ne remet en cause que l'existence du système B.B._____ est connue, il ressort des déclarations du responsable de B.A._____ que, si ce système fonctionne encore, c'est que les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français ne connaissent pas l'identité des librairies écrans utilisées par B.B._____ pour l'acquisition des ouvrages en France.

Il s'ensuit que les quelques importations opérées durant la période de référence sont trop peu nombreuses pour en conclure que celles-ci auraient été possibles, ce d'autant plus que, pour B.A._____, elles l'ont été grâce à un système de librairies écrans complexe et secret. Quant aux importations des ouvrages appartenant à la franchise Nature & Découvertes, elles concernent un nombre très faible de titres, dans des domaines très spécifiques. Elles ne sont ainsi pas représentatives de la situation globale sur le marché du livre, de sorte qu'elles ne sauraient remettre en question dite conclusion, ce d'autant plus qu'elles ne concernent pas le catalogue diffusé par la recourante en Suisse.

Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant que des importations

parallèles n'avaient pas eu lieu durant la période de l'enquête pour les ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

11.7 Possibilités d'importations parallèles

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

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

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

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

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

possibles à l'époque, singulièrement pour les ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse.

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

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

Ainsi, à la question de savoir s'il existait des solutions d'approvisionnement en livres écrits en français autres que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeurs suisses, 15 détaillants ont répondu que les principaux éditeurs français avaient passé des contrats d'exclusivité avec lesdits diffuseurs-distributeurs, ce qui interdisait à ceux-là, ainsi qu'aux diffuseurs-distributeurs français, de fournir les revendeurs suisses. En cas de demande directe auprès de l'éditeur français ou auprès de ses organes de distribution en France, les détaillants suisses étaient ainsi renvoyés à passer leur commande auprès du diffuseur-distributeur de l'éditeur français en Suisse.

Pour citer quelques exemples, la librairie D.L._____ a 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* » (cf. acte 212). La librairie D.D._____ a soutenu que « *il n'existe pas une autre solution pour s'approvisionner en livres directement chez les grands éditeurs français. Ceux-ci travaillent avec leurs maisons de diffusion et détiennent des parts chez les diffuseurs suisses. Ils nous imposent de passer par la Suisse et*

refusent de nous ouvrir des comptes en France » (cf. acte 143). Relevant que le système suisse était celui de la diffusion-distribution exclusive, Payot a, quant à elle, indiqué que les principaux diffuseurs présents en Suisse étaient des filiales des groupes français et qu'ils cherchaient dès lors « *à contenir le marché suisse dans ses limites géographiques, en faisant opposition à toute velléité d'ouvrir des comptes en France afin d'approvisionner [leurs] librairies en direct. Si certains revendeurs suisses* […] *s'approvisionnent pour tout ou partie directement en France, c'est généralement avec un "faux-nez"* […] *mais cela reste, à notre connaissance, marginal* » (cf. acte 129). La librairie D.P._____ a répondu ce qui suit : « *Aucune solution autre que de travailler avec les diffuseurs suisses : exclusivité + commander à l'étranger est presque impossible et non rentable. M'approvisionner ailleurs que chez les diffuseurs qui ont le monopole de la distribution est quasi impossible, très, très difficile et de toute façon encore bien plus cher que le prix des tabelles. Une anecdote : mécontent des prix et services d'un diffuseur, j'ai tenté une fois une grosse commande directement en France, pour essayer. On m'a indiqué que ce n'était tout simplement pas possible : je DEVAIS commander ces livres chez le diffuseur suisse. Une autre anecdote : j'ai essayé une autre fois une commande en France : on m'a dit que si j'essayais de contourner le diffuseur suisse, celui-ci ne me livrerait ensuite plus aucun livre, plus aucune commande et fermerait mon compte ! Chose que je ne peux me permettre : j'ai donc annulé cet essai* » (cf. acte 140). La FNAC a également indiqué : « *Il ne nous est contractuellement pas possible d'acheter directement nos livres en France. En effet, la plupart des diffuseurs ont des accords avec leur maison-mère et ont pris le soin de verrouiller ce point dans nos accords commerciaux annuels* » (cf. acte 254). La Librairie D.Q._____ a de même relevé : « *Aujourd'hui, étant donné le contexte (représentation en Suisse par le biais* [des] *filiales des principaux éditeurs français et des contrats d'exclusivité), il apparaît irréaliste de pouvoir commander directement en France auprès de leurs organes de distribution* » (cf. acte 155). La librairie D.R._____ a encore ajouté que « [pour] *une très grande partie des éditeurs, les contrats de diffusion/distribution sont exclusifs, ce qui interdit aux diffuseurs français de fournir ces éditeurs à un libraire suisse* » (cf. acte 264). La librairie D.S._____ a indiqué : « *Non, car je suis tenu d'acheter les livres français, belges ou québécois auprès des diffuseurs suisses* » (cf. acte 132). La librairie D.U._____ a prétendu enfin que « *la seule véritable alternative* [serait] *de passer un accord avec un "grossiste", lui-même libraire en France* » (cf. acte 146). Dans le même sens, on retiendra aussi les déclarations de la librairie D.B._____ (cf. acte 108), de la librairie

D.W._____ (cf. acte 131), de la librairie D.J._____ (cf. acte 144) et de la librairie D.X._____ (cf. acte 139).

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

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

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

A noter encore que, dans un questionnaire du 7 août 2007, Payot a affirmé que *«* [la] *grande majorité des revendeurs – quasiment tous – se servent exclusivement en Suisse pour tous les fonds qui y sont diffusés et distribués. Lorsqu'ils achètent en direct, c'est avec un "faux-nez" de façon*

à ce que le diffuseur ignore ces pratiques, autant que faire se peut » (cf. acte 21).

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

Entendu par l'autorité inférieure, le 10 décembre 2012, l'administrateur d'OLF a toutefois contesté avoir déclaré que des approvisionnements directs depuis la France étaient impossibles. Interpellé sur une possible contradiction avec les propos tenus en 2008, il est revenu sur ceux-ci en affirmant que c'était « *faux* », qu'il avait « peut-être répondu trop vite », de manière « irréfléchie ». Il ajoute que, s'agissant d'Interforum, son plus gros client :

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

Il a souligné qu'il ne s'agissait pas d'un changement de position, mais d'une correction : « […] *je peux vous prouver par a + b que ces marchandises*

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

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

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

La recourante estime que les déclarations d'OLF ne lui sont pas opposables. Elle considère en effet que celles-ci sont beaucoup trop générales et ne la concernent pas directement. Elle relève que dites déclarations ne concernent pas les ventes passives par d'autres diffuseurs-distributeurs actifs à l'étranger mais les approvisionnements directs auprès des éditeurs. Elle se défend pour le reste de constituer une simple antenne commerciale en Suisse, dès lors qu'elle n'est pas une filiale d'un groupe d'édition français. Elle rappelle que rien n'aurait empêché les détaillants de s'approvisionner directement auprès des éditeurs français, la décision de ne pas y donner suite appartenant uniquement à ces derniers.

Même si OLF est revenue, lors de son audition, sur la réponse donnée au questionnaire de 2008, il y a lieu de constater que celle-ci, au surplus formulée par écrit et au bénéfice d'un délai, rejoint les expériences et déclarations de plusieurs détaillants rapportées ci-dessus quant aux livres pouvant et ne pouvant pas être importés directement depuis la France. Elle

revêt en outre une certaine force probante dès lors qu'elle ne sert nullement les intérêts d'OLF, également diffuseur-distributeur suisse de livres écrits en français et condamnée à l'issue de la décision déférée. Par ailleurs, il y a lieu de relever que, si seul un approvisionnement sur le « marché gris » est possible, tout autre alternative d'approvisionnement sur le marché français – telle que celui auprès des diffuseurs-distributeurs, grossistes ou coursiers actifs en France – est exclue et pas uniquement auprès des éditeurs, comme semble le penser la recourante.

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

> « *dans tous les pays où on est présents, on a toujours travaillé avec les distributeurs locaux, ça a toujours été une marque de fabrique de la Fnac. Et aussi, à l'époque, il y avait un taux de change qui était acceptable pour le prix du livre et aussi accepté par le consommateur. Le prix était légèrement supérieur, mais ça correspondait globalement au coût de traitement du livre, puisque l'essentiel arrive de France, c'est-à-dire logistique, droits de dédouanement, étiquetage, mise en rayons* » (cf. acte 906 lignes 59-66).

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

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

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

Le basculement en 2012 vers un approvisionnement en France ne fonctionne toutefois pas sans problème selon la FNAC. Elle constate ainsi des problèmes avec les retours en Suisse ; ceux-ci sont refusés alors que la marchandise a été achetée en Suisse. Elle ne peut plus compter sur une information des nouveautés pour permettre d'estimer la demande plus précisément. De fortes baisses de la remise ont été décidées de manière unilatérale par les diffuseurs suisses en cours d'année. Enfin, certains délais ne sont pas respectés (cf. acte 906 lignes 164-206).

La recourante prétend en substance que les déclarations de la FNAC sont contredites par le basculement intégral de celle-ci vers un approvisionnement en France en 2012. Elle note que le niveau relativement bas de ses tabelles, la qualité de ses services et le niveau de ses remises ont amené la FNAC à maintenir ses approvisionnements en Suisse, en dépit du fait qu'elle aurait pu s'approvisionner directement en France bien avant. Elle ajoute que les problèmes de retours ne la concernent pas, la FNAC continuant à s'approvisionner auprès d'elle pour assurer un délai de livraison de 24 à 48 heures.

Il ressort toutefois que la FNAC, à l'instar de Payot, n'a pas tenté de se servir en France durant la période considérée, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix, – hormis une fois avec succès – ceci principalement en raison du rapport acceptable entre le prix d'achat et le taux de change. Néanmoins, il ressort aussi clairement du procès-verbal d'audition de la FNAC qu'il n'était pas possible de s'approvisionner en France durant la période visée. Aussi, ce n'est qu'à l'été 2012, après avoir entrepris des démarches pour un approvisionnement « *au forcing* » et

après la communication de la proposition de décision du secrétariat, dans laquelle celui-ci a notamment retenu que les diffuseurs-distributeurs suisses avaient participé à un accord vertical illicite attribuant des territoires dans la distribution, que la FNAC a pu procéder à des importations depuis la France. En outre, le fait qu'elle a connu, depuis cette date, des problèmes avec le retour de sa marchandise en Suisse plaide également en faveur d'un cloisonnement du territoire suisse durant la période visée. Enfin, des importations de livres écrits en français depuis la France vers l'Italie ne prouvent nullement que le territoire suisse n'était pas cloisonné, au contraire.

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

11.7.1.5 Il ressort de ce qui précède que, même si la plupart des détaillants interrogés n'ont pas tenté de s'approvisionner à l'étranger, les réponses concordantes, données aux questionnaires, de même que les déclarations écrites ou orales faites devant l'autorité inférieure par la librairie A._____, Payot, B.A._____, la FNAC ou OLF sont aptes à démontrer que des importations parallèles de livres écrits en français diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête. Elles rejoignent également les expériences vécues par les trois revendeurs ayant tenté en vain d'opérer des importations parallèles. Le fait que la FNAC ait, après la période de l'enquête, entrepris des démarches pour un approvisionnement « *au forcing* » et connaisse depuis lors des problèmes avec le retour des marchandises achetées en Suisse et que Payot ait déclaré que les quelques revendeurs suisses se fournissant à l'étranger ont recours à un « faux-nez » laisse également à penser que les importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de l'enquête.

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

En l'espèce, il a été retenu que Payot et la FNAC disposaient, durant la période visée par l'enquête, de possibilités d'arbitrage suffisantes au niveau du prix en raison du différentiel de prix ayant existé au niveau « wholesale » entre la Suisse et la France (cf. supra consid. 11.5.4). Un tel écart de prix laisse fortement à penser qu'au regard de leur potentiel d'arbitrage par les prix, Payot et la FNAC – qui disposaient de remises similaires – auraient, dans leur intérêt, procédé à des importations depuis la France, si elles avaient été en mesure de le faire. Ledit potentiel ne signifie toutefois pas à lui seul que Payot et la FNAC ont renoncé à s'approvisionner en France en raison des bonnes conditions offertes par la recourante. Au contraire, il ressort des déclarations de Payot et la FNAC qu'un approvisionnement en France n'était pas possible. Les meilleures conditions offertes à Payot et la FNAC relèvent plutôt de la volonté de la recourante de retenir celles-ci dans son système de distribution en favorisant leur marge par rapport au niveau de ses tabelles, dès lors que, en raison de leur part de marché, Payot et la FNAC auraient pu générer un volume d'importation supérieur aux diffuseurs-distributeurs suisses. Ce faisant, la concurrence entre la FNAC, Payot et les autres détaillants ne disposant pas nécessairement du même potentiel d'arbitrage par les prix a été affectée.

Dans l'ensemble, il n'est guère possible de reconnaître les détaillants pour lesquels un approvisionnement en France ne serait pas économiquement plus avantageux. Si la FNAC et Payot avaient usé de leur potentiel d'arbitrage et s'étaient approvisionnées sur le marché français, il est vraisemblable qu'elles auraient ouvert une brèche dans le système de distribution mis en place et rendu, à terme, l'approvisionnement à l'étranger possible pour tous les détaillants suisses. De plus, comme l'illustre l'exemple de B.A._____ (cf. supra consid. 11.6.3), l'existence de possibilités d'arbitrage d'une librairie ne dépend pas exclusivement de sa taille. A cela s'ajoute le risque que le détaillant qui bénéficie d'une réduction de prix revende ses livres aux autres librairies, ce qui mettrait la structure des prix des diffuseurs-distributeurs suisses manifestement sous pression et sans que ceux-ci ne puissent les en empêcher. Il s'ensuit que, si Payot et la FNAC avaient eu la possibilité, durant la période visée par l'enquête, d'entreprendre des importations depuis la France, le risque de sortie du canal de distribution suisse de ces deux librairies aurait eu un effet disciplinant sur le niveau général des prix sur le marché « wholesale » suisse du livre écrit en français, profitant indistinctement à l'ensemble des détaillants suisses. En effet, dès lors que la recourante n'aurait pas été en mesure de reconnaître les détaillants susceptibles de s'approvisionner en France, elle n'aurait plus pu intervenir de manière ciblée envers chacun

d'entre eux, mais aurait été amenée à devoir accorder des remises plus importantes et égales à l'ensemble de ceux-ci ou baisser le prix de ses tabelles.

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

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

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

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

Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations des livres écrits en français diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse n'ont pas été possibles et ce, selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante.

11.7.3.2 La recourante se plaint enfin de ce que l'autorité inférieure n'a pas adressé de questionnaires à certains détaillants, notamment à la librairie D.AM._____, et a renoncé à en entendre certains, par exemple la librairie D.J._____ ou la librairie D.AN._____. Dites librairies auraient été en mesure de démontrer avoir réussi à s'approvisionner à l'étranger.

Selon l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Par ailleurs, le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves (cf. ATF 136 I 25 consid. 3.2 et 135 II 286 consid. 5.1). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non-arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.3, 130 II 425 consid. 2.1 et 125 I 127 consid. 6c/cc *in fine*).

En l'espèce, les pièces figurant au dossier – lesquelles ont également été produites devant l'autorité inférieure – en particulier les réponses aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 ainsi que des procès-verbaux d'auditions des responsables des librairies A._____, Payot, B.A._____ et la FNAC – sont suffisantes pour établir les faits pertinents de la cause, de sorte que l'envoi de questionnaires supplémentaires ou l'audition d'autres détaillants ne s'avère pas nécessaire. On ne saisit d'ailleurs pas en quoi l'envoi des questionnaires à quelques détaillants supplémentaires ou des auditions complémentaires modifieraient l'analyse effectuée par l'autorité inférieure.

11.7.3.3 Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations des livres écrits en français diffusés par la recourante en Suisse n'ont pas été possibles et ce, selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante. Ainsi, il n'appert pas que l'autorité inférieure ait constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète sur ce point. Il ne peut donc être reproché à l'autorité d'avoir renoncé à l'envoi de questionnaires supplémentaires ou d'avoir procédé à des auditions complémentaires.

11.8 Comme exposé plus haut, l'engagement pris auprès de la recourante par les éditeurs est présumé avoir été mis en œuvre, soit par la conclusion de contrats portant interdiction de répondre à des commandes non sollicitées provenant du territoire suisse, soit par la mise en œuvre par les entités concédantes de mesures en ce sens. Or, dès lors qu'il a été établi que les importations des ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse n'avaient, durant la période visée par l'enquête, pas été possibles en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante, il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices en faveur d'une exclusion des ventes passives.

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

Enfin, s'agissant des contrats contenant la clause D, la recourante n'apporte aucun élément à même d'affaiblir la présomption de fait selon laquelle dits accords ont pour objet ou pour effet d'interdire les ventes tant actives que passives par d'autres fournisseurs agréés.

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

Quant aux 2 accords ne contenant aucune clause particulière – dont un prévoyant spécifiquement une attribution de territoire non-exclusive –, il n'en demeure pas moins que ceux-ci ont, dans les faits, vécu de la même manière que l'ensemble des autres accords contenant l'une ou l'autre des clauses d'exclusivité énumérées, ainsi qu'en attestent les effets desdits accords constatés sur le marché, de sorte qu'ils ont également eu pour

effet d'exclure les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés sur le territoire suisse.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la troisième prémisse à la base de la présomption est ainsi réalisée s'agissant des relations commerciales avec 93 éditeurs (nº 1 à 89 de la liste des contrats [cf. acte 530, p. 109 ss], ainsi que E.J._____, E.H._____, E.K._____ et E.I._____ [cf. actes 672, annexes 5 à 8]), si bien qu'il y a lieu de retenir que la recourante a été partie, durant l'ensemble de la période de l'enquête, à des accords verticaux en matière de concurrence interdisant les ventes passives par d'autres diffuseurs et/ou distributeurs des ouvrages dont la recourante est chargé de la diffusion en Suisse.

12. Renversement de la présomption

12.1 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace pour des accords – qualifiés de « durs » – passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui sont, de l'avis du législateur, parmi les plus dommageables pour la concurrence (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 8 en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 254 ss nº 110).

En l'espèce, dès lors que la recourante a été partie à des accords tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart avec les 93 éditeurs mentionnés ci-dessus durant la période de l'enquête, ceux-ci sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace.

12.2 La présomption contenue à l'art. 5 al. 4 LCart est réfragable. La loi sur les cartels ne précise cependant pas à quelles conditions celle-là peut être renversée. Selon la jurisprudence, le renversement de la présomption exige la preuve qu'une concurrence subsiste sur le marché de référence nonobstant l'accord en matière de concurrence (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 561 ; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 8.3.2 ; arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9 ; Comco, DPC 2009/2 143, *Sécateurs et cisailles*, ch. 39 ; JÜRG BORER, Wettbewerbsrecht : Kommentar, vol. 1, 3e éd. 2011, art. 5 p. 80 nº 31 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 439 nº 574). Dite présomption est réputée levée en tous les cas lorsqu'il est établi qu'une concurrence continue d'exister sur le plan intramarque (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 4.2).

Le point de savoir si le maintien d'une concurrence sur le plan intermarques peut être aussi pris en compte dans le cadre des accords verticaux, question laissée ouverte dans les deux arrêts mentionnés et controversée en doctrine (cf. notamment KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 440 ss nº 585 ss, en particulier p. 440 s. nº 587, qui souligne que « [b]*ei Beschränkungen des Intrabrand-Wettbewerbs durch Preisbindungen zweiter Hand und Klauseln mit einem absoluten Gebietsschutz besteht praktisch immer genügend Interbrand-Wettbewerb. Eine Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs würde die Gesetzsvermutung im Ergebnis zu ‚lettre morte' vorkommen lassen* » ; ADRIEN ALBERNI, Droit des accords verticaux : de l'enfance à l'adolescence, SJ 2010 II 123, p. 130 s., qui retient que, si la présence d'une certaine concurrence intramarque exige la preuve de l'existence d'une concurrence intermarques, la présence d'une concurrence intermarques, en cas d'absence de concurrence intramarque, ne devrait pas conduire au renversement de la présomption ; ég. BORER, op. cit., art. 5 p. 78 s. nº 30 s. ; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in : DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 5 p. 524 ss nº 345 ss) peut également être laissé ouvert dans le cadre de la présente procédure (cf. infra consid. 17).

En l'absence de concurrence effective, il y a lieu encore de tenir compte de la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange au niveau de la demande (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 9.2.4 ; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 nº 241 et 455 ; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 211 nº 434 *in fine*).

12.3 L'art. 5 al. 4 LCart règle ainsi le fardeau de la preuve, c'est-à-dire les conséquences de l'absence de preuves : s'il ne peut être prouvé qu'une concurrence subsiste malgré la restriction, la présomption l'emporte ; la suppression de la concurrence efficace est admise sans autre démonstration (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.1). En procédure administrative, le recours à la présomption ne signifie toutefois pas que la charge de la preuve appartient aux seules parties à l'accord incriminé. Celles-ci ont certes le plus grand intérêt à ce que la présomption soit renversée ; cependant, pour être convaincante, la démonstration doit parfois s'appuyer sur des données, qui leur échappent, relatives aux conditions objectives du marché. Le cas échéant, les autorités de la concurrence devront, en application de la maxime inquisitoire et en collaboration avec les entreprises concernées (cf. supra consid. 4.4.1), examiner si, malgré l'accord, une concurrence subsiste. Ainsi, les autorités de la concurrence ne doivent pas confirmer la présomption ancrée à l'art. 5

al. 3 ou 4 LCart ; elles peuvent toutefois la renverser (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 560 ss ch. 231.4 ; arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9 ; ANDREA CHRISTINE DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, p. 46 n° 75).

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

13. Délimitation du marché de référence

13.1 Afin de déterminer l'intensité de la concurrence, il est avant tout nécessaire de délimiter le marché de référence du point de vue matériel, géographique et temporel (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1 ; Comco, DPC 2014/4 670, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, ch. 59 ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in : DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 4 al. 2 p. 257 s. n° 88). A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché de référence requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible et convaincante ; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. supra consid. 11.3.1 ; ég. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4).

13.2 La délimitation du marché de référence – laquelle relève de l'appréciation des faits – permet de constater si, et dans quelle mesure, la concurrence efficace est effectivement supprimée par un accord en matière de concurrence (cf. arrêt B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.2). La notion de marché de référence n'est pas définie dans la loi. L'art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) peut toutefois, dans le cadre de l'appréciation des accords en matière de concurrence, être appliqué par analogie à la délimitation matérielle, géographique et temporelle du marché de référence (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1 ; arrêts B-831/2011 précité *Six Group* consid. 230, B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 257). Ainsi, outre le marché de produits, qui comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE), il convient

également de circonscrire le marché géographique dans lequel l'accord a produit ses effets (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 5.3). Le marché de référence comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE). La clarification de la dimension temporelle du marché n'est pas toujours nécessaire, le marché temporel n'étant pris en compte que de manière exceptionnelle (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 270 n° 115 ; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 447 n° 71 ; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 4 al. 2 LCart p. 305 n° 107).

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

13.3 L'autorité inférieure a délimité le produit au livre écrit, c'est-à-dire rédigé ou traduit, en français (cf. ch. 556 de la décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, le livre numérique du marché de référence, notamment en raison de la faible consommation en Suisse de ce support de lecture et de ses spécificités techniques (cf. ch. 472 ss de la décision attaquée). Elle a également renoncé à distinguer entre les catégories de livres dès lors qu'un libraire est tenu d'offrir toutes les « marques » à ses clients (cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Après avoir examiné les autres marchés liés à la branche du livre, en particulier les marchés de services de diffusion et de services de distribution (cf. ch. 551 ss de la décision attaquée), l'autorité inférieure a toutefois considéré que seul le marché de la vente était affecté par l'accord. La définition des niveaux « retail » et « wholesale » n'étant pas contestée par la recourante, l'autorité inférieure a ainsi retenu que le marché de référence était celui de la vente de livres au niveau « wholesale » (cf. ch. 491 de la décision attaquée). Sur le plan « wholesale », les partenaires potentiels de l'échange sont ainsi, selon l'autorité inférieure, du côté de l'offre, les diffuseurs/distributeurs en Suisse et en France, les grossistes et les libraires français et, du côté de la demande, les revendeurs de livres (cf. ch. 556 de la décision attaquée). En tant que les accords litigieux concernent indépendamment des détaillants généraux que des détaillants spécialisés dans un domaine particulier, l'autorité inférieure estime qu'il n'est pas nécessaire de diviser les détaillants en catégories (cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Enfin, elle relève que les détaillants forment l'offre

« retail » (cf. ch. 514 ss de la décision attaquée) – laissant ouverte la question de savoir si les sociétés actives sur Internet de même que les libraires français font partie de celle-là (cf. ch. 511 et 536 de la décision attaquée) – et les consommateurs finals, la demande « retail » (cf. ch. 501 de la décision attaquée).

La recourante reproche en particulier à l'autorité inférieure d'avoir procédé à un examen superficiel du marché de référence, particulièrement s'agissant du commerce électronique de livres imprimés. Elle se plaint par ailleurs de ce que l'autorité inférieure a concentré son analyse sur le marché « wholesale » au lieu de porter celui-ci sur le marché « retail » et la demande des consommateurs. Elle soutient notamment qu'il y a lieu de distinguer les différents secteurs du marché du livre, par exemple la littérature classique, contemporaine, enfantine, E.I._____., dès lors que cette distinction entraînerait des répercutions sur l'approvisionnement et la demande. Elle soutient en outre que la mise à l'écart des grandes surfaces de l'analyse de la demande « wholesale » ne se justifie pas, celles-là représentant une concurrence sérieuse à l'égard des librairies indépendantes. Elle soutient encore que les entreprises actives sur Internet sont des partenaires potentiels de l'échange substituable à l'offre au niveau « wholesale » comme au niveau « retail ». Enfin, elle indique que l'approvisionnement auprès de grossistes en France n'a pas non plus été examiné. Elle note en particulier que la société I._____ propose des ouvrages de ses éditeurs sur sa plateforme en ligne, à compte ferme et avec une remise de 35 %. Il en irait de même de la société J._____ et de M._____. Enfin, elle se prévaut d'une décision de l'autorité inférieure (cf. Comco, DPC 2013/2 243, Orell-Füssli/Thalia, ch. 48 et 53) dans laquelle celle-ci aurait admis que le commerce par Internet devait être inclus dans l'examen du marché de détail.

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

niveau « wholesale » que « retail » des entreprises présentes sur Internet, les achats en ligne constituant une alternative d'approvisionnement pour les détaillants.

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

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

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

commander auprès des marchands sur Internet, mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant » (cf. acte 136 p. 2).

Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des entreprises présentes sur Internet ne permet pas aux détaillants de retirer une marge suffisante pour leur activité, les prix pratiqués aux détaillants par dites entreprises étant les mêmes que ceux pratiqués aux consommateurs. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement par Internet effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances particulières et de manière ponctuelle. La recourante ne saurait dès lors en conclure que les entreprises actives sur Internet constitueraient une alternative d'approvisionnement valable.

S'agissant des arguments développés par la recourante au sujet des sociétés I._____ (cf. pièces 21 et 22 de la recourante), J._____ (cf. pièce 23 de la recourante) et M._____ (cf. pièce 24 de la recourante), ainsi que de la décision Orell-Füssli/Thalia (cf. Comco, DPC 2013/2 243, Orell-Füssli/Thalia, ch. 48 et 53), ils ne sauraient remettre en cause ce constat. Il ressort en effet des pièces précitées que, si les entreprises concernées proposent des remises sous certaines conditions – contrairement aux entreprises actives sur Internet destinées avant tout aux consommateurs –, elles n'offrent pas les mêmes services de diffusion et de distribution que les diffuseurs-distributeurs. De plus, dites pièces, datées de juin 2013, ne portent pas sur la période de l'enquête. Tout au plus, elles constituent un indice que lesdites sociétés auraient pu constituer, à partir de 2013, des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau « wholesale », ce qui n'est pas relevant dans le cadre de la présente procédure, laquelle porte sur les années 2005 à 2011. Rien au dossier ne permet de conclure que dites sociétés auraient pu constituer de tels partenaires durant la période de l'enquête. Le courriel publicitaire adressé en 2011 par J._____ à Servidis (cf. pièce 23 de la recourante) ne lui est d'aucun secours, dès lors que, rédigé en français, en anglais et en espagnol, il visait manifestement un cercle indéterminé de destinataires et ne ciblait pas spécifiquement le marché suisse. Il n'indique dès lors pas que J._____ aurait pu constituer un partenaire potentiel de l'échange au niveau « wholesale » pour les détaillants suisses. Quant à la solution retenue dans la décision Orell-Füssli/Thalia (cf. Comco, DPC 2013/2 243, Orell-Füssli/Thalia, ch. 48 et 53), elle ne peut être reprise dans la présente affaire, l'analyse ne se rapportant pas au même niveau du marché.

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.

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

Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des libraires français ne permet pas aux détaillants d'obtenir les mêmes conditions et services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses, en particulier s'agissant des remises et du droit de retour. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement auprès des librairies en France effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances spécifiques, en particulier pour les ouvrages non diffusés et non distribués en Suisse. Elles ne permettent pas de conclure que les librairies françaises sont des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre « wholesale », ce que confirme, du reste, l'expérience de Payot (cf. supra consid. 11.6.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché « retail », par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant.

A noter que le système singulier mis en place par B.A._____ ne saurait être assimilé à un approvisionnement auprès de librairies françaises, dès lors que l'expérience de B.A._____ a nécessité le déploiement d'un important système parallèle secret, ayant notamment impliqué l'acquisition, par le passé, de librairies françaises, les transformant, parallèlement à leur activité de librairies, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse (cf. supra consid. 11.6.3).

13.3.1.3 Il ressort enfin du dossier que le comportement d'achat des détaillants et des consommateurs ne sont pas non plus comparables. Les

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

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

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

13.3.2 Il y a maintenant lieu de délimiter les produits ou services substituables entre les différents partenaires potentiels de l'échange, en tenant compte d'abord de la substituabilité du point de vue de la demande. A cet égard, il s'agit de tenir compte des produits ou services alternatifs existants (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 n° 68), le degré de substituabilité s'appréciant en fonction de caractéristiques objectives et des préférences subjectives (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.3 ; arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.1.1). La substituabilité du côté de l'offre doit en principe également être prise en

compte dans la délimitation du marché de produits (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272). Ainsi, les produits qui ne sont pas substituables du côté de la demande doivent être néanmoins inclus dans le marché de produits s'il existe un degré élevé de substituabilité au niveau de l'offre (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 nº 12). Il y a substituabilité au niveau de l'offre lorsque les producteurs peuvent réorienter leur production à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, et fabriquer ainsi des produits qui sont fonctionnellement interchangeables du point de vue de la demande avec les autres produits sur le marché (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 nº 12 ; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 p. 207 nº 150 ; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 249 nº 65 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 295 nº 85). Seuls les concurrents susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai sont pris en compte dans le cadre de la détermination de la substituabilité du côté de l'offre. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de concurrents potentiels susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible, mais non bref. La concurrence potentielle sera toutefois prise en compte dans le cadre de l'analyse de la concurrence sur le marché de référence (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 nº 67 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, op. cit., p. 163).

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

S'agissant des livres numériques, il y a lieu de distinguer selon que ceux-ci sont substituables aux livres écrits au niveau « wholesale », c'est-à-dire du point de vue des détaillants, et au niveau « retail », c'est-à-dire du point de vue des consommateurs. L'expertise Gugler (cf. acte 698), sur laquelle se fondent certains diffuseurs-distributeurs, n'a pas distingué leurs arguments selon les niveaux « wholesale » et « retail ». L'utilisation du livre numérique nécessite l'utilisation d'une liseuse ou d'un autre dispositif électronique, tel un smartphone ou une tablette, ce qui constitue en soi un produit spécifique. De plus, le contenu du livre s'acquiert essentiellement en ligne, sans point de vente physique et sans intermédiaire. La structure du marché

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

13.3.2.2 La recourante affirme qu'il est nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux principales catégories de livres, chaque catégorie de livres répondant à un besoin spécifique des consommateurs. Cette catégorisation serait également importante pour déterminer les possibilités de substitution des ouvrages.

Il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'enquête portent sur l'ensemble des catalogues diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, sans opérer de distinction entre les différentes catégories de livres. Ainsi, du côté de la demande, les détaillants doivent concevoir une offre variée et être en mesure de proposer un assortiment de livres aussi complet que possible, dans tous les domaines, que ce soit directement

dans leurs rayons ou en les commandant à la demande. Partant, les détaillants sont tenus d'entretenir des relations commerciales avec les principaux – si ce n'est tous les – diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse. De même, ces derniers doivent proposer aux détaillants – en raison des différents régimes d'exclusivité octroyés – l'ensemble de leur catalogue et n'opèrent pas de distinction en fonction des catégories d'ouvrages ; la recourante ne le prétend d'ailleurs pas. Ainsi, il appert qu'il n'est pas nécessaire – au stade de la définition du marché de référence – d'opérer une distinction entre les différentes catégories de livres proposées par la recourante, puisque le livre écrit constitue, en tant que tel, le produit vendu. En revanche, l'influence des différentes catégories de livres sur le comportement des consommateurs devra être examinée ultérieurement au stade de l'analyse de la concurrence.

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

13.4 Le marché géographique comprend le territoire dans lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande, pour les produits ou les services qui composent le marché de produits (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.1 ; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 9.6.1 ; arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 302 et B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9.2 ; Comco, DPC 2007/2 190, *Publigroupe*, ch. 121 ; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 301 n° 98 ; DAVID/JACOBS, op. cit., p. 237 n° 693 ; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 p. 218 n° 218 s.). Il s'agit de déterminer s'il existe, dans une zone géographique donnée, des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines. Le marché géographique peut donc être défini dans certains cas comme local, régional, national, supranational ou mondial (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 303 ; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 n° 15).

L'autorité inférieure a délimité le marché géographique au niveau « wholesale » à la région francophone supranationale, incluant en

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

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

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

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

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

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

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

14. Concurrence sur le plan intramarque

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

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

La recourante soutient qu'il subsisterait une concurrence sur le plan intramarque importante, notamment en raison d'Internet, et qu'indépendamment des spécificités liées aux différents secteurs du livre et aux détaillants, il n'existerait aucune possibilité d'arbitrage pour ces derniers, au regard du niveau particulièrement bas de ses tabelles et des frais substantiels qu'engendrerait la mise en place d'un autre système de distribution.

14.2 Il subsiste une concurrence sur le plan intramarque lorsque les partenaires potentiels de l'échange qui offrent des produits ou des services de la même marque continuent de se faire concurrence malgré l'existence de l'accord (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 ; arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 5.4 ; Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 176 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, n° 207 ss ; ZIRLICK/BANGERTER, op.

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

14.3 Le point de départ de l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque consiste en la définition de la marque. Il ressort de la décision attaquée que l'ensemble des accords analysés reposent sur un régime d'exclusivité (cf. ch. 422 de la décision attaquée). En raison des spécificités du marché du livre, il appert que – sur un territoire donné – chaque titre est, en principe, produit par un seul éditeur, lequel confie respectivement la diffusion et la distribution de son fonds à un diffuseur-distributeur exclusif. Ce dernier est généralement le seul à diffuser et distribuer son catalogue aux détaillants dans le territoire qui lui est attribué (cf. ch. 5 ss, not. 9 de la décision attaquée). Ce faisant, chaque titre fait partie d'un seul fonds d'éditeur, lequel fait partie d'un seul catalogue de diffuseur-distributeur. Dans une telle configuration, il importe peu – au niveau de l'analyse de la concurrence intramarque – d'opérer une distinction au

niveau de la marque entre les titres, les fonds édités ou les catalogues diffusés et distribués sur un territoire donné.

14.4 Au surplus, il a été admis ci-dessus que les librairies Payot et FNAC avaient bénéficié de possibilités d'arbitrage par les prix durant une partie de la période visée par l'enquête. Quant aux petits et moyens détaillants, il ne peut être exclu qu'ils ont bénéficié d'un potentiel d'arbitrage par les prix notamment s'ils coordonnaient leurs importations (cf. supra consid. 11.5.4).

14.5 De même, il a également été établi que seules quelques importations depuis la France avaient été opérées entre 2005 et 2011 (cf. supra consid. 11.6.1 ss).

14.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que seules quelques importations depuis la France ont été opérées entre 2005 et 2011 sur le marché de référence. Elles concernent par ailleurs principalement des ouvrages non-diffusés et non-distribués en Suisse, de sorte qu'il ne s'agit pas – à proprement parler – d'importations parallèles au sens de celles comprises dans l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque, un approvisionnement direct depuis la France étant le principal – si ce n'est le seul – canal de distribution desdits ouvrages. Les quelques importations proprement dites qui ont été réalisées sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix des ouvrages diffusés par la recourante en Suisse, comme le démontre en particulier le différentiel de prix ayant existé, durant la période d'enquête, entre les marchés « wholesale » suisse et français pour lesdits ouvrages (cf. supra consid. 11.5.2). En outre, la recourante étant, de fait, le diffuseur exclusif sur le territoire suisse du catalogue des 93 éditeurs pour lesquels un accord au sens de l'art. 5 al. 4 LCart a pu être démontré, et par là-même, l'unique acteur sur le marché « wholesale » suisse en relation avec lesdits ouvrages, aucune concurrence sur le plan intramarque n'a existé sur le marché de référence durant la période visée par l'enquête. De même, il ressort que des importations n'étaient pas possibles en raison du système de distribution de la recourante et des autres diffuseurs-distributeurs.

Il s'ensuit que les 93 accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart auxquels la recourante a été partie n'ont pas permis qu'il subsiste, sur le marché de référence et pour toute la période de l'enquête, une concurrence sur le plan intramarque.

15. Concurrence sur le plan intermarques

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

15.1 L'autorité inférieure a relevé que les livres étaient des produits dont la palette de différenciation était considérable ; aucun titre ne peut être véritablement identique (cf. ch. 592 de la décision attaquée). Si elle ne constitue en l'espèce pas, en tant que tel, un indice de concurrence, la forte différenciation des produits influence cependant directement les choix des consommateurs finals et des détaillants, dès lors que la substituabilité de certains produits est limitée. Les détaillants doivent en effet être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale. Aussi, l'autorité inférieure a retenu qu'il résultait de la forte différenciation des produits dans le secteur du livre qu'aucun détaillant ne pouvait se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs suisses, ce qui réduisait partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence intermarques *ab ovo* (cf. ch. 602 de la décision attaquée). En clair, même si un diffuseur-distributeur se distingue par d'excellents services par rapport à ses concurrents, un détaillant se doit de travailler avec l'ensemble des acteurs du marché et ne peut se limiter à offrir le catalogue d'un seul diffuseur-distributeur. Toutefois, le secteur du livre se caractérisant par un nombre très élevé de références distinctes, tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits, laquelle a créé une concurrence entre les diffuseurs-distributeurs, au niveau des prestations financières, mais aussi des services, pour disposer du plus grand rayonnage de titres de leurs catalogues auprès de chaque détaillant (cf. ch. 601 de la décision attaquée).

De l'avis de la recourante, même s'il y a lieu de considérer le marché du livre comme un marché unique, il existe une pluralité de prix dans le cadre de l'approvisionnement, ce qu'illustrent déjà les diverses tabelles des diffuseurs-distributeurs. S'agissant en particulier des siennes, elle en

souligne les différentes échelles selon les exigences des éditeurs et leur politique commerciale ainsi que leur niveau par rapport à celles des autres diffuseurs. Elle allègue que, dans ces conditions, la concurrence sur les prix est intervenue tant en amont, dans la relation avec les éditeurs, qu'en aval, dans celle avec les détaillants. En ce qui concerne ces derniers, elle signale que Payot a bénéficié, durant la période de référence, d'une remise de […] %, bien supérieure à la plupart des autres. Par ailleurs, elle relève que la qualité des services – à savoir les stocks, les commandes-clients et les délais de livraison – a constitué un aspect essentiel de la concurrence intermarques, au même titre que le prix.

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

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

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

C'est la raison pour laquelle, sur le marché « wholesale », les détaillants ne commandent pas des titres individuels, mais un assortiment de titres (p. ex. un assortiment de livres policiers). Aussi, pour pouvoir offrir à leurs clients un choix satisfaisant de références, les détaillants sont tenus d'avoir un compte ouvert auprès des principaux – si ce n'est de l'ensemble – des diffuseurs-distributeurs suisses, dès lors qu'aucun de ceux-ci ne peut être

substitué à un autre comme canal d'approvisionnement. Cet état de fait réduit considérablement le pouvoir de négociation des détaillants sur l'échelon « wholesale ». Un détaillant ne peut en effet pas menacer un diffuseur-distributeur d'aller acheter les livres de son catalogue auprès d'un autre diffuseur-distributeur suisse si, par exemple, celui-là ne lui fait pas un meilleur prix. De même, il ne peut pas exclure de son réseau d'approvisionnement un diffuseur-distributeur pour le motif qu'il ne serait pas concurrentiel.

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

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

Cela étant, il n'est pas contesté que les détaillants doivent faire face à une contrainte spatiale, en ce sens qu'ils ne peuvent pas exposer dans leurs librairies tous les livres de tous les diffuseurs-distributeurs auprès desquels ils disposent d'un compte (cf. ch. 601 de la décision attaquée). Ils doivent donc faire un choix parmi les titres des catalogues de ceux-ci, étant entendu que les livres qui, pour le client final, représentent des produits substituables ont davantage de possibilités d'être vendus s'ils sont exposés dans la librairie. Il s'ensuit néanmoins que la forte différenciation des produits plaide en défaveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. Partant, il y a lieu de déterminer s'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques non seulement sur les prix, mais aussi au niveau du 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.

15.3 L'analyse de la concurrence actuelle débute par celle des parts de marché détenues par le fournisseur et ses concurrents (cf. Comco, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 249 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 257 ss). En principe, les accords verticaux (de prix minimum ou de protection territoriale) ne produiraient d'effets anticoncurrentiels qu'en présence d'un

pouvoir de marché des entreprises participantes supérieur à 30 % (ch. 153 et 154 des lignes directrices ; AMSTUTZ/CARRON/ REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 584 nº 670). Par ailleurs, l'évolution des parts de marché permet, en principe, d'admettre plus facilement l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques que si les parts de marché demeurent identiques pendant des années (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 9.5.5). La présence d'une concurrence par le prix parle également souvent en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 282 ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 584 s. nº 673). De même, la différenciation des produits constitue aussi un indice qu'une concurrence subsiste (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 284 ss ; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 460 s. nº 120). A défaut, il s'agira d'examiner si le producteur et ses concurrents font face à une concurrence potentielle les forçant à adopter un comportement efficace malgré l'absence de concurrence actuelle (cf. Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 212 ss et DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 269 ss ; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 nº 508 ; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 460 s. nº 120). A cet effet, l'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/ REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 nº 508). Inversement, la présence de barrières légales à l'entrée sur le marché, l'existence de coûts irrécupérables élevés, les difficultés linguistiques, les coûts de transport élevés et les surcapacités sont des indices qu'une concurrence intermarques potentielle efficace n'existe pas. La concurrence potentielle fait défaut si l'on ne peut pas envisager des entrées sur le marché dans un délai de deux à trois ans (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 nº 509).

En droit européen, un accord de distribution peut affaiblir la concurrence intermarques, lorsque la plupart ou la totalité des producteurs pratiquent la distribution exclusive (ch. 151 des lignes directrices). Lorsque les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque sera généralement compensé par une concurrence sur le plan intermarques. En revanche, lorsque le nombre de concurrents est faible, que leur part de marché, leur capacité et leur réseau de distribution sont plus ou moins similaires, il existe un risque d'atténuation de la concurrence sur le plan intermarques. La diminution de la concurrence sur le plan intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs producteurs exploitent des systèmes de distribution similaires. De plus, la distribution exclusive multiple – à savoir le fait pour différents producteurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné – peut encore accroître le risque d'atténuation de la concurrence. En effet,

lorsqu'un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents ou plus sur le même territoire, la concurrence sur le plan intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multiples est élevée, plus le risque d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence sur le plan intermarques sera réduite (ch. 154 des lignes directrices). Les risques éventuels que fait peser la distribution exclusive multiple sur la concurrence sur le plan intermarques sont plus importants au niveau « wholesale » qu'au niveau « retail ». Ainsi, lorsqu'une entreprise devient distributeur exclusif pour un nombre important de producteurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite, mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau « wholesale » (ch. 160 des lignes directrices).

15.3.1 Certains diffuseurs-distributeurs ont relevé que, faute d'entraîner une addition de marchés horizontale, les accords verticaux avaient un potentiel de nuisance inférieure aux accords horizontaux. Selon eux, leur part de marché respective se situant en deçà du plafond de 40 % mentionné par une partie de la doctrine suisse (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 584 n° 670), l'exclusivité dont ils bénéficient ne serait pas apte à supprimer la concurrence sur le marché. Dite observation ne leur est toutefois d'aucune aide en l'espèce. L'enquête portant sur les systèmes de distribution de l'ensemble de la branche et non sur un seul diffuseur-distributeur comme cela avait pu être le cas dans de précédentes affaires (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba* et DPC 2012/3 540, *BMW*), une addition des parts de marché est avérée et pertinente, en tant que l'autorité inférieure a établi que l'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs conduisait au cloisonnement du marché (cf. ch. 605 de la décision attaquée). Cette façon de faire est conforme, de surcroît, au droit européen, lequel tient compte dans l'appréciation de la concurrence intermarques des parts de marché des différents concurrents, en particulier lorsque leur nombre est faible, que leur part de marché est plus ou moins identique et qu'ils exploitent des systèmes de distribution similaires (cf. ch. 154 des lignes directrices).

15.3.2 S'agissant tout d'abord de la part de marché de la recourante, il ressort du dossier que celle-là s'élevait à […] % entre 2009 et 2011, de sorte qu'elle n'a pas varié en trois ans, ce qui ne plaide pas en faveur de l'existence d'une concurrence vive entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Au surplus, l'autorité inférieure a produit, dans la décision

attaquée, un tableau des chiffres d'affaires des différents diffuseurs-distributeurs. Il ressort de ce tableau que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs sanctionnés ont couvert plus de 95 % du marché pendant la période visée par l'enquête (cf. ch. 606 de la décision attaquée). Ceux-ci bénéficiant tous – sous une forme ou sous une autre – d'une exclusivité pour la diffusion et/ou la distribution sur le territoire suisse, il s'ensuit que la quasi-totalité (plus de 95 %) du marché au niveau « wholesale » a été, en Suisse, soumis à des systèmes de distribution exclusive multiples similaires (cf. ch. 606 de la décision attaquée), ce qui ne plaide pas non plus en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence durant la période de l'enquête.

15.3.3 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 tabelle pour chaque titre. Chaque détaillant négocie avec chaque diffuseur-distributeur le niveau de la remise (cf. ch. 611 de la décision attaquée). Il a toutefois été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse au questionnaire du 12 juillet 2007, bénéficier de remises de base chez Diffulivre, Dargaud, Interforum, OLF, les Editions des 5 Frontières et la recourante oscillant entre […]-[…] % et […] % chez Flammarion (cf. acte 21). Ces taux ont été relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête (ch. 614 de la décision attaquée). Enfin, il ne ressort pas du dossier – et la recourante ne l'allègue pas non plus – que les détaillants auraient bénéficié d'une remise supplémentaire ou d'autres avantages pour faire figurer un large choix de titres d'un diffuseur-distributeur dans leurs librairies ou pour mettre en évidence ceux-ci au niveau du rayonnage. Elle n'allègue en particulier pas que les remises de fin d'année ont été accordées dans ce but ; elle ne les a du reste pas octroyées systématiquement à ses détaillants, mais en particulier – voire exclusivement – à Payot et la FNAC. Au contraire, Payot a fait savoir, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, que ses conditions pour un éditeur étaient en général les mêmes, quels que soient le type de livres et la quantité achetée pour un même titre (cf. acte 129). De même, les tabelles de prix ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse ; les diffuseurs-distributeurs n'ont cependant pas réagi avec la même vitesse au phénomène monétaire, tel qu'en atteste le courrier adressé par les représentants des librairies au sein de l'ASDEL en février 2011 à certains diffuseurs-distributeurs :

> « *Vous êtes resté sourd à notre message. Les ‘‘promotions’’ que vous proposez ne remplacent en aucun cas une politique à long terme d’ajustement des tabelles à la baisse considérable de l’euro depuis plus d’un an.*
>
> *De toute évidence, votre stratégie financière et commerciale, sous couvert ‘‘d’appliquer des conditions commerciales concurrentielles sur le marché suisse’’, ne tient aucun compte des appels répétés de vos principaux clients* […]. *Nous vous répétons ici que seule une baisse progressive et générale de vos tabelles répondrait à nos préoccupations les plus urgentes* » (cf. acte 693c, annexe 56).

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

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

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

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

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

La FNAC a, dans ce même questionnaire, encore ajouté faire ses choix en fonction de la concurrence immédiate (cf. acte 254). La FNAC et Payot ont toutes deux indiqué que, pour choisir les nouveautés qu'elles proposent à leurs clients, elles reçoivent la visite de représentants qui leur présentent les programmes des nouveautés à paraître. Ceux-ci disposent d'informations qui aident le détaillant à se déterminer sur la nécessité de commander un titre ou pas et sur le nombre d'exemplaires à commander. Pour le réassort des articles du fonds, elles ont précisé veiller à garantir un assortiment de qualité, alliant présence des nouveautés, largeur et profondeur de l'offre pour satisfaire un maximum de clients (cf. actes 129

et 254). Payot a par ailleurs relevé qu'il ressortait d'un sondage réalisé auprès de sa clientèle en mai 2008 que, pour les 55 % des clients interrogés, l'offre était le principal critère de qualité d'une librairie (cf. acte 129). Selon la FNAC, ce critère est capital en tant qu'il détermine la réputation d'une librairie (cf. acte 254). En outre, à la question de savoir, dans l'hypothèse où un livre déterminé n'était pas disponible dans leur librairie, quel pourcentage de clients quitterait la librairie sans le commander, Payot l'a estimé entre 5 et 20 %, la FNAC à environ 50 %. Ne pas disposer d'une référence en rayons peut ainsi représenter une perte financière importante pour un détaillant. La FNAC a encore relevé que les diffuseurs-distributeurs proposaient très régulièrement des opérations commerciales, c'est-à-dire remettre en avant des titres de leurs catalogues en fonction de l'actualité, de la saisonnalité ou de la parution d'une nouveauté importante, entraînant alors la remise en avant du fonds de l'auteur concerné (cf. acte 254). La FNAC a indiqué être totalement libre d'accepter ou de refuser ces opérations commerciales. Sur ce même point, Payot a fait savoir que, chez de nombreux fournisseurs, un système de « grille d'office » est appliqué aux nouveautés, c'est-à-dire que, pour tout nouveau titre d'une collection ou d'un genre donné, un exemplaire au moins, parfois davantage, est envoyé – et facturé – d'office (cf. acte 129).

Il résulte de ce qui précède que ce sont les détaillants qui choisissent, compte tenu de leurs contraintes spatiales, les livres qu'ils proposent dans leurs librairies, selon leurs propres critères. Ils ne font à cet égard pas jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs pour déterminer 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.

15.3.5 Enfin, s'agissant des autres paramètres concurrentiels mis en avant par la recourante au niveau des services, à savoir les stocks, les commandes-clients ou les délais de livraison, elle n'indique pas en quoi ces éléments altéreraient la nécessité pour les détaillants d'être en relation directe ou indirecte avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs.

15.3.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il ressort que la forte différenciation des livres limite les possibilités de substitution à tous les niveaux. L'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs fondés sur un régime d'exclusivité – indépendamment de la forme de celle-ci – a couvert plus de 95 % du marché sur la période visée par l'enquête. Ainsi, compte tenu de la

nécessité pour les détaillants d'être en relation avec l'ensemble des distributeurs-diffuseurs, la concurrence actuelle sur le plan intermarques entre ces derniers a été très largement insuffisante pour qu'il subsiste une concurrence sur le marché de référence.

15.4 Il convient dès lors d'examiner si, durant la période concernée, il subsistait une concurrence potentielle au niveau intermarques sur le marché de référence. Tel est le cas lorsque le producteur et ses concurrents craignent de nouvelles entrées sur le marché. Ainsi, les conditions d'accès et de sortie du marché sont un critère central dans l'appréciation de la concurrence intermarques potentielle (message LCart 1995, FF 1995 I 472, 515). L'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché, que ce soit pour des offreurs domestiques ou étrangers, constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 nº 508).

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

Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont fait valoir que de nouveaux acteurs auraient pu arriver sur le marché et qu'en particulier, des grossistes étrangers auraient pu faire leur entrée sur celui-ci. Ils ont avancé que, si un nouvel acteur concluait un contrat avec un ou plusieurs éditeurs, il aurait été en mesure d'entrer dans le marché sans problème et conclure un contrat – par exemple avec la recourante – pour la distribution de son catalogue.

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

au niveau des détaillants qui doivent à tout le moins être en mesure de commander n'importe quel ouvrage.

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

15.5 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.

16. Pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange

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

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

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

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

Au surplus, il y a lieu de relever qu'aucun diffuseur-distributeur n'a fourni d'indication propre à définir dans quelle mesure cette concurrence dans l'obtention des contrats de diffusion-distribution au niveau suisse aurait pu se répercuter sur la concurrence entre diffuseurs-distributeurs sur le marché « wholesale » de la vente des livres. Si la recourante mentionne certes avoir perdu plusieurs de ses éditeurs (cf. pièce 27 de la recourante) et soutient que ces pertes démontrent l'existence d'une pression disciplinante importante sur les diffuseurs-distributeurs suisses, elle ne développe toutefois pas les tenants et aboutissants de ces pertes. Cela étant, 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.

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

En l'occurrence, Interforum – qui représentait à elle seule […] à […] % de l'offre « wholesale » entre 2009 et 2011 (cf. ch. 606 de la décision attaquée) – a ainsi déclaré en 2007, s'agissant de la FNAC, laquelle couvrait […] % de la demande « wholesale » (cf. acte 906 lignes 15-22), en réponse au questionnaire envoyé en 2007 : « *Pour info, la Fnac nous a menacés d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder. Dans ce cas la perte du* [chiffre d'affaires] *remettrait en cause non pas la commercialisation du livre, mais la présence du stock et la distribution en Suisse. Nous avons choisi d'accepter une perte de l'ordre de plus de* [{…} francs] *de résultat afin de pouvoir continuer à assurer la distribution*

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

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

Partant, il demeure que les remises accordées et la baisse générale des tabelles amorcée par les diffuseurs-distributeurs dès 2011 n'ont pas pour autant supprimé la nécessité pour les détaillants d'avoir un compte ouvert

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

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

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

Il ressort du dossier que chaque diffuseur-distributeur suisse dispose, sur tous les titres importés de France, de ses propres tabelles de conversion du prix du livre de l'euro vers le franc suisse. Le prix tabellisé correspond au prix public conseillé en Suisse (ou prix de référence), sur lequel les détaillants peuvent accorder des rabais à leurs clients. Le prix d'achat du livre par les détaillants correspond au prix tabellisé, déduction faite d'une

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

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

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

Toutefois, compte tenu du cloisonnement du territoire national, le seul moyen pour eux d'accorder des rabais sur leurs titres, tout en maintenant des marges leur permettant d'assumer leurs charges, aurait été de négocier auprès des diffuseurs-distributeurs une remise supérieure ou une baisse des tabelles afin d'obtenir un prix d'achat qui soit raisonnable et concurrentiel par rapport au prix d'achat en euro. Si la remise octroyée sur le prix de référence est trop faible, la politique de prix des détaillants ne peut en effet guère s'écarter de celui-ci.

Payot a, à cet égard, déclaré dans son questionnaire du 7 août 2007 : « nous pratiquons une politique de rabais pour le public avec deux niveaux : […]. Nous prenons sur nos marges pour pratiquer ces rabais, et ne pouvons donc baisser les prix autant que nous le souhaiterions sans risque de mettre notre entreprise en péril économique » (cf. acte 21). La pression concurrentielle émanant du marché « retail » ne se répercute dès lors pas, par effet réflexe, sur le marché « wholesale », les détaillants étant tenus d'être en relation avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs sur le marché (cf. supra consid. 16.2). Comme l'a déclaré Payot dans son questionnaire du 9 décembre 2008, les détaillants ne disposent d'aucun moyen pour faire jouer la concurrence entre les diffuseurs et ainsi faire baisser le prix de vente final des ouvrages de ceux-ci. Les détaillants sont « enfermés dans un système qui ne [les] autorise pas à faire jouer la concurrence entre fournisseurs, ni à [s']approvisionner en France en direct » (cf. acte 129).

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

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

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

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède (cf. supra consid. 12 à 16), il n'a subsisté aucune concurrence au niveau intramarque sur le marché pertinent durant toute la période de l'enquête. Les éléments constatés ne suffisent, en effet, pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. De même, il n'a pas subsisté de concurrence sur le plan intermarques, en raison des spécificités du marché du livre, de sorte

que la question de la prise en compte de la concurrence au niveau intermarques, en l'absence de concurrence sur le plan intramarque, peut demeurer ouverte. Quant à la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange, elle est pratiquement inexistante.

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

Il s'ensuit que les 93 accords passés entre la recourante et les éditeurs qu'elle diffuse (nº 1 à 89 de la liste des contrats [cf. acte 530, p. 109 ss], ainsi que E.J._____, E.H._____, E.K._____ et E.I._____ [cf. acte 672, annexes 5 à 8]), prévoyant notamment pour la recourante l'exclusivité, dans les faits, de la diffusion des ouvrages édités par ceux-ci sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart.

Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

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

Subsidiairement, même à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée s'agissant des 93 accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart et qu'il subsiste – par conséquent – une concurrence sur le plan intramarque, les accords litigieux seraient saisis par l'art. 5 al. 1 LCart.

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

18.1 Il est reconnu que le seuil de notabilité peut être atteint avec des critères quantitatifs et qualitatifs (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 5.2.1). Il n'en résulte pas qu'une importance quantitative et une importance qualitative soient l'une et l'autre nécessaires. Au contraire, dans son arrêt *Gaba*, le Tribunal fédéral a relevé qu'il ressortait en particulier d'une interprétation historique de l'art. 5 al. 1 LCart que le critère de notabilité est une clause bagatelle. Une atteinte de faible intensité est déjà suffisante pour être qualifiée de notable (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1.6) ; il doit permettre d'alléger le travail des autorités de la

concurrence, en ce sens que les atteintes légères à la concurrence ne tombent pas dans le champ d'application de la loi (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1.2). Or, l'utilisation d'une méthode quantitative, déduite des modèles économiques, pour déterminer les parts de marché ou le chiffre d'affaires est moins appropriée pour élucider rapidement si le seuil de notabilité est atteint, si bien qu'il est préférable, lorsque cela est possible, de se fonder sur des critères qualitatifs, découlant du texte de la loi (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.1 ; ég. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1). Les termes « affectent de manière notable la concurrence » ne distinguent pas entre deux sortes d'importance ; l'art. 5 al. 1 LCart n'en requiert qu'une seule (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.2). Elle peut être constatée tant quantitativement que qualitativement (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1).

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

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

Il s'ensuit qu'une restriction notable à la concurrence existe, en principe, lorsque la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée, des critères quantitatifs n'étant en principe, dans ce cas, plus nécessaires pour déterminer si les accords au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4

LCart affectent notablement la concurrence, renforçant, par-là même, la sécurité du droit (ch. 12 par. 1 let. a CommVert ; cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.1 et 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.2).

18.2 Partant, il y a lieu de retenir que, même en supposant que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée s'agissant des 93 accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, ceux-ci affectent notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

19. 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).

19.1 Selon l'art. 5 al. 2 LCart, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de fabrication, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement les ressources (let. a), et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (let. b).

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

La liste des motifs justificatifs figurant à l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive ; il est cependant suffisant que l'un des motifs soit réalisé pour que l'on puisse admettre une justification sous l'angle de l'efficacité économique (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3 ; arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 13.2). La loi formule ouvertement les motifs d'efficacité économique, ce qui permet en principe aux autorités de tenir compte de tous les gains d'efficacité objectifs, étant précisé que conformément à la notion d'efficacité économique, seuls les

avantages objectifs doivent être pris en compte (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 495 et 499 nº 256 et 272 s.). Le champ d'application et la notion des motifs d'efficacité économique doivent être appréciés dans une perspective large et non-restrictive (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 499 nº 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 nº 45) ou même fondées sur un intérêt public (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 498 nº 270).

Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications (art. 6 al. 1 LCart). Le but de cette disposition est de confier au Conseil fédéral et à la Comco la faculté de préciser l'interprétation qu'ils entendent donner au critère d'efficacité économique prévu par l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.3 ; XOUDIS, op. cit., p. 331 s.). Fondé sur dite disposition, le ch. 16 par. 3 CommVert indique que les accords qui affectent la concurrence de manière notable, sauf situations non réalisées en l'espèce, doivent être soumis à un examen au cas par cas. Les entreprises peuvent notamment faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique, la protection limitée d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou l'introduction d'un nouveau produit sur le marché, la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels, la protection d'investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de celle-ci ou seulement moyennant une perte considérable et le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (parasitisme) (ch. 16 par. 4 let. a-d CommVert). Il est en outre généralement admis que certains accords attribuant une exclusivité puissent avoir des effets positifs sur la concurrence notamment lorsqu'ils favorisent une diminution des coûts de distribution, la promotion de la vente, le service à la clientèle et le stockage des biens ou s'ils améliorent l'approvisionnement des consommateurs (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3 ; REYMOND, op. cit., art. 6 p. 616 nº 122). Enfin, il ne revient pas au tribunal ou aux autorités de la concurrence de prouver l'inexistence de motifs justificatifs. Si ceux-ci n'ont pas pu être établis par les autorités ou les parties, une restriction à la concurrence demeure illicite (cf. arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

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

La recourante fait valoir que l'exclusivité convenue de manière générale est une exigence de l'éditeur sans laquelle il ne serait pas possible de faire la promotion des ouvrages. Il serait en effet inefficace de permettre à plusieurs diffuseurs de promouvoir le même titre et tenter, par des moyens différents et sans capacité de négociation commerciale, de faire des offres pour en assurer la promotion. Elle ajoute que l'exclusivité est également nécessaire au droit de retour ; à ce propos, elle précise qu'en cas de double flux par le biais de deux diffuseurs-distributeurs, il y a un risque que les ouvrages soient remis au diffuseur-distributeur offrant le meilleur prix de retour, lequel devra financer de surcroît le transport d'ouvrages n'ayant pas été acquis auprès de lui. Elle prétend qu'il est impossible de définir qui des éditeurs ou de la recourante est avantagé par l'exclusivité mise en place. Elle fait enfin grief à l'autorité inférieure d'avoir violé son obligation d'instruire en lien avec les motifs justificatifs.

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

19.3 En l'espèce, l'exclusivité octroyée par les éditeurs – pour lesquels l'existence d'un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart a été démontrée – à la recourante et l'engagement pris par ces derniers de ne pas laisser vendre à des détaillants suisses ont pour effet de cloisonner le territoire suisse, la concurrence étant inexistante sur le marché pertinent. Il s'ensuit que les accords sur lesquels respectivement dite exclusivité ou dit engagement reposent sont particulièrement néfastes pour la concurrence. Aussi et en application du principe de la proportionnalité, la mise en place d'une telle protection territoriale doit répondre à un besoin particulier. Dans

ce contexte, ni la promotion des ouvrages ni le fonctionnement du droit de retour ne justifient une telle restriction à la concurrence. S'agissant spécifiquement de ce dernier, il existe d'autres mécanismes – basés par exemple sur le taux de retour ou sur un système de marquage – permettant d'assurer ce fonctionnement. Ainsi, une exclusivité ayant pour effet de cloisonner le territoire suisse n'apparaît ni être nécessaire ni avoir un effet pro-concurrentiel.

19.4 Dans ses écritures, la recourante fait grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir mené une instruction complète sur la question de la justification économique s'il fallait retenir qu'elle fût partie à un accord affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

19.4.1 Il y a lieu de rappeler que, selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en droit public (cf. supra consid. 4.4.1), l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Elle doit prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes. La maxime inquisitoire ne dispense toutefois pas les parties de collaborer à l'établissement de faits. En l'absence d'une telle collaboration, l'autorité qui met fin à l'instruction en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi ne tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. supra consid. 4.4.1). Conformément aux principes précités, les autorités doivent, sur la base des faits établis, examiner l'existence d'éléments propres à justifier la restriction à la concurrence constatée. Elles ne sont pas pour autant tenues de prouver l'inexistence de tels motifs (cf. arrêt B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 10.3.5.3). En effet, dès lors qu'une restriction à la concurrence n'est justifiée qu'en présence de motifs d'efficacité économique réels, le simple fait de ne pas pouvoir exclure leur existence ou leur éventualité ne suffit pas à admettre la licéité d'un accord au sens de l'art. 5 LCart. La recourante subit, dans ces circonstances, les conséquences de l'absence de preuve et supporte objectivement le fardeau de celle-ci (cf. arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

19.4.2 En l'espèce, la question de la justification de l'accord a fait l'objet d'une instruction complète sur la base des éléments au dossier. Il revenait à la recourante de produire, à l'appui de son argumentaire, les moyens de preuve qu'elle jugeait utiles. De même, dans le cadre de la présente procédure, le tribunal a procédé à plusieurs échanges d'écriture ultérieurs et à une audience d'instruction ; la recourante, assistée d'un mandataire professionnel, a ainsi bénéficié, lors de l'instruction de la cause, de tout le temps nécessaire pour étayer son propos. Le tribunal est ainsi aussi en

droit de clore l'instruction sans inviter la recourante à compléter son argumentaire juridique et ses moyens de preuve dès lors que le dossier de la cause lui permet de se forger l'opinion que les présents accords ne sont nullement justifiés par des motifs d'efficacité économique.

Il n'y a ainsi pas lieu de prendre des mesures d'instructions complémentaires.

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

Mal fondés, les griefs doivent être rejetés.

20. Sanction (art. 49*a* al. 1 LCart)

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

20.1 Selon l'art. 49*a* al. 1 LCart, une entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. En application de dite disposition, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de […] francs.

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

Le Tribunal fédéral a tranché la question de savoir si l'art. 49*a* al. 1 LCart trouvait application lorsque les présomptions prévues par les art. 5 al. 3 et 4 LCart étaient renversées et que les accords considérés s'analysaient comme une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart, non justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9). Se fondant sur les méthodes d'interprétation littérale, systématique, téléologique et historique, le Tribunal fédéral a retenu que, par « *accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4* », il y avait lieu d'entendre les accords énumérés dans les deux

alinéas. L'art. 49*a* al. 1 LCart se réfère ainsi aux types d'accords prévus par les al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart, lesquels doivent être sanctionnés en tant qu'ils représentent des restrictions à la liberté d'action sur le marché, considérées comme particulièrement problématiques du point de vue de la loi. Le Tribunal fédéral a relevé qu'une sanction directe ne peut toutefois être prononcée que si ceux-ci sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, c'est-à-dire s'ils suppriment la concurrence ou s'ils l'affectent de manière notable sans motif justificatif. En d'autres termes, l'art. 49*a* al. 1 LCart renvoie à l'ensemble des accords horizontaux qui fixent directement ou indirectement des prix, qui restreignent les quantités à produire, à acheter ou à fournir, qui opèrent une répartition géographique des marchés ou des partenaires commerciaux ainsi qu'aux accords verticaux qui imposent un prix de vente minimum ou fixe et qui attribuent des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9).

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

20.1.2 En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les 93 accords pris en compte par l'autorité inférieure (n° 1 à 89 de la liste des contrats [cf. acte 530, p. 109 ss], ainsi que E.J._____, E.H._____, E.K._____ et E.I._____ [cf. acte 672, annexes 5 à 8]), prévoyant notamment pour la recourante l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution des ouvrages édités et/ou diffusés par ceux-ci sur le territoire suisse ont impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés actifs hors du territoire réservé à la recourante. Par conséquent, ils sont visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart et peuvent être sanctionnés, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence serait renversée (cf. supra consid. 18).

20.2 Imputabilité de la sanction

Il ressort des considérants précédents que la recourante est une entreprise au sens de l'art. 49*a* al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1*bis* LCart, qu'elle a participé à 93 accords illicites selon l'art. 5 al. 4 LCart et que l'art. 49a al. 1 LCart, en relation avec l'art. 5 al. 1 et 4 LCart, est suffisamment précis pour fonder une sanction. Ainsi, les éléments objectifs de l'infraction sont réalisés. Il reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 Gaba consid. 9.6.1 ;

arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 *Publigroupe* consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

20.2.1 La recourante soutient, en substance, que l'autorité inférieure aurait dû démontrer l'existence d'une faute intentionnelle pour chaque entreprise en se fondant sur l'art. 333 al. 1 en lien avec l'art. 12 al. 1 CP, celui-ci excluant le caractère punissable de la négligence, à moins qu'une disposition expresse n'en dispose autrement. Or, selon elle, la loi sur les cartels ne contient aucune exception relevant de l'art. 333 al. 7 CP, l'art. 49*a* LCart ne prévoyant pas non plus que la négligence soit punissable. Elle en conclut que l'autorité inférieure devait identifier les personnes responsables et vérifier si, pour chacune d'elle, le caractère intentionnel de l'infraction était donné. Par ailleurs, elle souligne l'absence d'ouverture d'enquête avant 2007, en dépit d'investigations effectuées en 2002 déjà dans l'affaire *Sammelrevers*. Rappelant la suspension par l'autorité inférieure de l'enquête en vue de l'éventuelle adoption de la loi sur le prix du livre, la recourante fait valoir que, si cette loi avait été adoptée, le sort de l'enquête aurait été scellé, dès lors que la détermination du différentiel de prix n'aurait plus été le résultat des forces du marché, mais d'une prescription légale. Elle conclut de ce qui précède qu'aucune faute ne peut lui être imputée, dès lors que la violation de l'art. 5 al. 4 LCart n'était pas prévisible.

20.2.2 Il y a donc lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante. L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 8.2.2), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Elles doivent notamment s'abstenir de tout comportement illicite au sens de l'art. 5 LCart et, en particulier, ne pas conclure l'un des accords en matière de concurrence énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2 ; arrêt B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 11.2.4). En règle générale, lorsque l'existence d'un tel accord peut être démontrée, la violation objective d'un devoir de diligence est donnée (cf. PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidierem Kartellgesetz, in : Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, p. 151), dans la mesure où il appartient aux entreprises de s'informer sur les règles de la loi sur les cartels, de la jurisprudence et des communications qui s'y rapportent (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En cas de doute, il est

également possible de s'informer de la situation actuelle auprès de la Comco (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2).

20.2.3 La révision de l'art. 5 LCart et l'introduction de l'art. 49*a* LCart sont entrées en vigueur le 1er avril 2004. Pendant les années 2002 et 2003, les modifications de la loi sur les cartels ont été abondamment discutées au Parlement. De plus, les commissions de l'économie et des redevances du Conseil des Etats et du Conseil national ont diffusé plusieurs communiqués de presse s'agissant des marchés cloisonnés et de la protection territoriale absolue (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En l'occurrence, il a été établi que la recourante a été partie à des accords prévoyant notamment l'exclusivité de la diffusion des ouvrages édités par 93 éditeurs sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. La recourante confie ensuite la distribution de ces ouvrages exclusivement à Servidis.

Au regard des termes explicites contenus dans la plupart des contrats, à savoir en particulier que l'éditeur s'engage à « *ne pas vendre ou laisser vendre* [ses] *ouvrages sur* [le] *territoire* [suisse] *»* ou à adresser à la recourante « *tous les ordres qui pourraient* [leur] *parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse* », en vigueur entre 2005 et 2011, celle-ci devait être consciente de ce que son comportement était problématique ; elle ne peut pas raisonnablement soutenir qu'elle n'avait aucun motif de penser que son comportement pouvait être contraire à l'art. 5 al. 4 LCart avant l'extension de l'enquête de la Comco à des comportements relevant de cette disposition. De même, lesdits contrats ont été exécutés dès lors qu'il a été démontré que les importations parallèles sur le marché suisse par des fournisseurs agréés externes au groupe n'avaient pas été possibles durant la période considérée (cf. supra consid. 11.6.1 ss). La recourante ne peut dès lors prétendre qu'il n'existe aucun élément probant à même de démontrer que la sanction lui était imputable. Enfin, dès lors que la violation par négligence d'un devoir de diligence suffit, l'argumentaire de la recourante selon lequel elle n'avait pas conscience de l'illicéité de son comportement ne saurait prospérer. La recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure du point de savoir si son système de distribution était conforme aux règles du droit de la concurrence.

Au surplus, lorsque la recourante prétend que la suspension de l'enquête durant la procédure législative relative à la loi sur le prix du livre ne lui aurait pas permis de prévoir que son système de distribution violait l'art. 5 al. 4 LCart, elle perd de vue que, par nature, le processus législatif est incertain,

plus encore lorsque la loi est soumise à référendum puis à une votation populaire. Dit processus n'enlève d'ailleurs rien au caractère illicite d'un système de distribution prévalant. Il ne ressort par ailleurs pas du dossier que l'autorité inférieure ait suggéré de tolérer, durant la suspension, un système de distribution illicite. Bien au contraire, la recourante, qui faisait l'objet d'une enquête concernant une violation de la loi sur les cartels, était expressément avertie de l'illégalité supposée de son système de distribution. Il ne revenait nullement à l'autorité inférieure d'informer la recourante que, le cas échéant, l'illégalité de celui-ci perdurait durant la suspension.

20.2.4 Il s'ensuit que, contrairement à ce que prétend la recourante, celle-ci devait savoir que les accords auxquels elle a été partie avec les 93 partenaires susmentionnés 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 49*a* LCart. En ayant maintenu une telle interdiction non seulement après l'adoption de l'art. 5 al. 4 LCart, mais également après l'ouverture de l'enquête par le secrétariat, la recourante ne peut valablement soutenir avoir agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est dès lors imputable.

20.3 Montant de la sanction

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

20.3.1 Elle se plaint de ce que la décision attaquée ne fait aucune distinction, dans le calcul du montant de base, entre les parts du chiffre d'affaires de la recourante réalisé avec les éditeurs français et les éditeurs suisses. Il conviendrait, selon la recourante, de retrancher dans le calcul du montant de base le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs suisses. De même, il y aurait lieu de déduire du montant de ses chiffres d'affaires les ventes dans le cadre de foires aux livres, les produits de salon, les produits de conférences, les frais de port relatifs aux foires aux livres, la vente de présentoirs et les revenus non liés à l'activité de diffusion. Elle reproche à l'autorité d'avoir mal apprécié la gravité des particularités de chaque diffuseur-distributeur. Elle avance que sa politique de prix bas et les faibles possibilités d'arbitrage qui en découlent font qu'une éventuelle restriction des importations parallèles n'aurait eu qu'un effet très marginal sur la concurrence. Elle soutient encore que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de l'ensemble des circonstances atténuantes, en particulier

du contexte politique et de la loi sur le prix du livre, l'absence d'ouverture d'enquête entre 2002 et 2007, l'absence d'analogie avec la décision Sammelrevers, le fait que la recourante ne faisait partie d'aucun groupe, le niveau des tabelles particulièrement bas, le fait qu'un approvisionnement à l'étranger n'était pas économiquement intéressant nonobstant une éventuelle interdiction des ventes passives, le peu de gravité de l'infraction compte tenu des circonstances concrètes du cas. Elle conclut qu'en raison de l'ensemble de ces circonstances, l'autorité inférieure aurait dû renoncé au prononcé d'une sanction, se plaignant par là même de ce que la sanction prononcée serait inopportune. De même, elle prétend que sa capacité contributive a diminué en 2012, ce qui n'aurait pas été pris en compte dans le cadre du calcul de la sanction. Enfin, elle affirme que la décision attaquée viole l'art. 49*a* LCart dès lors que celle-ci prévoit que le calcul du montant de la sanction se fonde sur les trois derniers exercices avant le rendu de la décision attaquée, à savoir 2010 à 2012, et non 2009 à 2011 comme le retient l'autorité inférieure.

20.3.2 L'autorité inférieure considère qu'elle n'avait pas à distinguer dans le calcul du montant de base les chiffres d'affaires réalisés avec les éditeurs suisses, dès lors que – contrairement à deux autres diffuseurs-distributeurs – la recourante n'avait formulé à aucun moment un grief en ce sens dans sa prise de position sur la proposition de décision. Elle réfute n'avoir pas pris en compte l'ensemble des circonstances atténuantes. Dès lors que la décision attaquée a démontré que les comportements illicites en question étaient imputables à la recourante, elle n'avait pas à prendre en compte les motifs avancés par la recourante, celle-ci ne les ayant au demeurant pas développés. Au surplus, elle rappelle avoir tenu compte des fonds propres de la recourante et avoir réduit sur cette base le montant de la sanction pour ne pas conduire à son surendettement.

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

Si les conditions de l'art. 49*a* 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. 49*a* al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.1 s. non publié dans l'ATF 139 I 72).

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

En vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise sanctionnée sur les marchés pertinents en Suisse – puisqu'il peut représenter jusqu'à 10 % de ce dernier – ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée ; la sanction se rattache par là-même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2 ; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 622).

S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent – concerné par la restriction à la concurrence et déterminant pour le calcul de la sanction concrète – est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour le calcul de la sanction maximale, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. les notes explicatives OS LCart).

En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisé par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts

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

Par ailleurs, l'art. 49*a* LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. En principe, le marché pertinent pour le calcul du montant de base de la sanction se définit par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE (cf. les notes explicatives OS LCart). Il s'agit du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique (cf. supra consid. 13). Ainsi, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché dans le cadre du calcul de la sanction (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 723).

Enfin, s'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49*a* LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 49*a* n° 10 p. 359). Cela étant, dans sa jurisprudence récente, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL*

consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé – eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. message LCart 2001, FF 2002 1911, 1925 s. ch. 2.1.4) – qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). A ce propos, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires. Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss).

Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est, le cas échéant, majoré selon la durée de la pratique anticoncurrentielle. Si celle-ci a une durée d'un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si elle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

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

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

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

Le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. (art. 2 al. 2 OS LCart). En principe, une sanction ne peut être infligée que si la compétitivité des entreprises est préservée. L'aspect punitif de la sanction ne saurait par conséquent conduire à mettre en péril l'existence de l'entreprise et ne doit pas conduire à sa faillite, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2 ; arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le préjudice financier doit être suffisamment important pour que la participation à une infraction ne se révèle pas avantageuse (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

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

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

Il y a lieu de rejeter les critiques de la recourante quant à la prise en compte dans le calcul du montant maximal des chiffres d'affaires des exercices 2009 à 2011 et non 2010 à 2012. Les exercices retenus sont ceux qui se rapprochent le plus du comportement incriminé, ce qui correspond à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, dont il n'y a pas lieu de s'écarter en l'espèce.

20.3.4.2 Dans un deuxième temps, l'autorité inférieure a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a retenu que l'ensemble du chiffre d'affaires de la recourante réalisé lors des exercices 2009 à 2011 l'avait été

sur le marché pertinent, de sorte que le montant de base maximal correspondait au montant maximal de la sanction établi ci-dessus.

En tant que le montant de base de la sanction se fonde sur le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent, il n'y a pas lieu d'opérer une distinction, contrairement à ce que prétend la recourante, entre le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs français et les éditeurs suisses. En tant que ceux-ci font tous partie du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique, il n'y a pas lieu d'écarter les seconds et de délimiter à nouveau le marché au stade du calcul de la sanction.

De même, la recourante ne peut se plaindre implicitement d'une violation du principe de l'égalité dans l'illégalité, quand bien même – s'agissant de deux diffuseurs-distributeurs – l'autorité inférieure aurait retranché du chiffre d'affaires déterminant celui réalisé avec des éditeurs suisses. En effet, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement. En conséquence, l'administré ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas (cf. ATF 126 V 390 consid. 6a ; arrêt du TF 1C_544/2014 du 1er avril 2015 consid. 5.1). Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. L'administré ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi (cf. ATF 136 I 65 consid. 5.6 ; arrêt 1C_544/2014 précité consid. 5.1). Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés (cf. ATF 132 II 485 consid. 9.6, 127 I 1 consid. 3a et 126 V 390 consid. 6a), et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (cf. ATF 123 II 248 consid. 3c et 115 Ia 81 consid. 2). Dites conditions ne sont, à teneur du dossier, manifestement pas remplies.

S'agissant du chiffre d'affaires réalisé avec les ventes de foires ou de salons, il ne l'a pas été sur le marché pertinent, dites ventes étant effectuées directement auprès des consommateurs, lesquels ne font pas parties des partenaires potentiels de l'échange. Partant, il y a lieu de ne pas en tenir compte dans le cadre du calcul du montant de base maximal. Il en va de même des produits des conférences, des ventes de présentoirs et des revenus divers non liés à des activités de diffusion, dès lors qu'ils ne portent pas sur la vente de livres écrits en français.

La recourante a produit le détail de la composition de son chiffre d'affaires pour les années 2009 à 2011 (cf. pièces 4, 29 et 30 de la recourante). Il en ressort que le chiffre d'affaires correspondant à la vente nette de livres se montait, en 2009, à […] francs, en 2010, à […] francs et, en 2011, à […] francs, soit un chiffre d'affaires cumulé réalisé sur le marché de référence de […] francs. Le montant de base maximal ainsi calculé doit donc être fixé à […] francs.

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

Il convient de rappeler, à titre liminaire, que tous les accords conclus entre la recourante et ses partenaires de distribution entrent dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart et peuvent partant être sanctionnés.

Ainsi, la quantité d'ouvrages concernée par des accords d'attribution de territoires illicites correspond à ce que l'autorité inférieure a retenu dans la décision attaquée. Les conséquences particulièrement néfastes de ces accords justifient le pourcentage de 4 % retenu par l'autorité inférieure. Partant, il y a lieu de fixer le montant de base, compte tenu du montant maximum retenu ci-dessus, à […] francs (4 % de […] francs).

Compte tenu de la durée de l'infraction, l'autorité inférieure a majoré le montant de base de 50 %. La recourante ne formule aucun grief à cet égard. Dès lors que le comportement de la recourante a duré continuellement entre 2005 et 2011, il y a lieu de retenir qu'une majoration jusqu'à 70 % aurait été possible compte tenu de l'art. 4 OS LCart. Partant, la majoration de 50 % retenue par l'autorité inférieure est conforme au droit et tient compte des circonstances.

Il s’ensuit qu’il n’y a pas lieu de s’éloigner de la majoration retenue par l’autorité inférieure. Partant, le montant majoré est de […] francs.

20.3.4.4 Dans un dernier temps, l’autorité inférieure a tenu compte des circonstances aggravantes et atténuantes. La recourante estime que l’autorité inférieure n’a pas tenu compte de l’ensemble des circonstances atténuantes listées dans sa réplique, se plaignant implicitement par là-même de ce que le prononcé de la sanction consacrerait un excès et un abus du pouvoir d’appréciation. Elle fait également grief de l’inopportunité de la sanction.

S’agissant du contexte politique et du processus législatif relatif à la loi sur le prix du livre, l’autorité inférieure indique en avoir tenu compte déjà en fixant le montant de base à 4 %, de sorte qu’il n’y a pas lieu de les considérer aussi au stade des circonstances atténuantes. De même, la loi sur le prix du livre ne prévoit aucune règle concernant les approvisionnements et ne règle dès lors que la question de la fixation du prix de revente, de sorte que son impact sur les infractions reprochées aux diffuseurs-distributeurs est minime.

Commet un excès positif de son pouvoir d’appréciation, l’autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l’exclut, ou qui, au lieu de choisir entre les deux solutions possibles, en adopte une troisième (cf. ATF 137 V 71 consid. 5). Il y a également excès du pouvoir d’appréciation dans le cas où l’excès est négatif, soit lorsque l’autorité considère qu’elle est liée, alors que la loi l’autorise à statuer selon son appréciation, ou qu’elle renonce d’emblée en tout ou en partie à exercer son pouvoir d’appréciation (cf. ATF 116 V 307 consid. 2). Il y a abus du pouvoir d’appréciation lorsque l’autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d’appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l’interdiction de l’arbitraire et de l’inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (cf. ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du TAF B-6320/2012 du 4 novembre 2014 consid. 8.1.2). Lorsque l'autorité intimée dispose d'un pouvoir d'appréciation, le Tribunal administratif fédéral adopte une certaine réserve quand il revoit l’opportunité de la décision attaquée. Il ne substitue pas sa propre appréciation à celle de l’autorité qui a rendu la décision, mais n’intervient qu’en cas d’abus (cf. arrêt du TAF A-1484/2006 du 29 juin 2007 consid. 7.3).

Il y a lieu de relever que l'art. 6 OS LCart ne contient pas une liste exhaustive des circonstances atténuantes (cf. notes explicatives OS LCart ad art. 5 et 6 ; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 49*a* LCart p. 1518 no 42). Ainsi, l'autorité inférieure dispose d'une large marge de manœuvre dans l'appréciation et la pondération des circonstances atténuantes.

En l'occurrence, la recourante a avancé, dans le cadre de sa prise de position sur la proposition de décision (cf. acte 672), qu'elle avait spontanément diminué ses tabelles entre 2005 et 2011. Elle reprochait au secrétariat de ne pas en avoir tenu compte dans le calcul de la sanction. Il sied de relever que, nonobstant la diminution des tabelles de la recourante en cours d'enquête, il a été établi que le système de distribution interdisait les ventes passives s'agissant des ouvrages édités par 93 partenaires de distribution de la recourante, dont elle confie ensuite la distribution exclusive à Servidis. Au surplus, l'autorité inférieure a retenu, au stade de la détermination du montant de base, que la protection conférée par le cloisonnement du marché n'est pas forcément corrélée avec les profits des entreprises, de sorte qu'une diminution des tabelles n'implique pas nécessairement ou directement la suppression de l'infraction retenue à l'encontre de la recourante. Elle a toutefois aussi retenu, compte tenu notamment de ces circonstances, que le montant de base devait être fixé à 4 % du chiffre d'affaires cumulé des trois dernières années réalisé sur le marché pertinent, alors que, selon sa pratique, elle admet qu'un montant se situant entre 4 et 6 % aurait été justifié. Sur le vu de ce qui précède, il appert que l'autorité inférieure a déjà tenu compte de l'ensemble des circonstances et notamment du fait que les tabelles de la recourante avaient baissé en cours d'enquête. Il n'y a donc pas lieu d'en tenir compte une nouvelle fois lors de l'examen des circonstances atténuantes.

Quant aux autres arguments développés par la recourante, celle-ci en a fait état pour la première fois dans le cadre de son recours, voire de sa réplique. On rappellera que, si la maxime inquisitoire oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier, elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits ; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître. Il s'ensuit que, la recourante n'ayant pas invoqué davantage les circonstances atténuantes dont elle estimait que l'autorité

inférieure devait tenir compte, elle ne peut se plaindre *a posteriori* de ce que l'autorité inférieure ne les a pas prises en considération.

Cela étant, aucune des circonstances atténuantes avancées par la recourante dans le cadre de sa réplique ne justifie une réduction de la sanction, dès lors que les éléments avancés ont tous été pris en compte dans le cadre de l'analyse de la concurrence effectuée par le tribunal. Il s'ensuit que la recourante ne peut s'en prévaloir une seconde fois.

En ce qui concerne l'opportunité de la décision attaquée, l'examen porte sur le point de savoir si une autre solution que celle que l'autorité, dans un cas concret, a adoptée dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et en respectant les principes généraux du droit, n'aurait pas été plus judicieuse quant à son résultat (cf. ATF 137 V 71 consid. 5.2). Compte tenu de la grande marge de manœuvre dont dispose l'autorité inférieure dans l'appréciation des circonstances atténuantes, le Tribunal ne voit pas de motif valable de remettre en cause l'examen des circonstances atténuantes effectué par l'autorité inférieure. Il n'appert ainsi pas que le fait de retenir d'autres circonstances atténuantes que celles retenues par l'autorité inférieure ait été plus judicieux.

Sur le vu de ce qui précède, rien ne permet de remettre en cause l'analyse des circonstances atténuantes effectuée par l'autorité inférieure. Il ne se justifie dès lors pas de réduire le montant de la sanction à ce titre.

20.3.4.5 Pour finir, l'autorité inférieure a tenu compte de la capacité contributive de la recourante. Pour ce faire, elle a retenu que les fonds propres de la recourante à la fin de l'exercice 2011 s'élevaient à […] francs. Elle a dès lors établi la sanction à un plafond inférieur de 100'000 francs aux fonds propres de la recourante fin 2011, à savoir […] francs.

Il y a dès lors lieu de vérifier si le montant retenu ci-dessus est proportionné et s'il ne met pas en péril la capacité contributive de la recourante. La recourante soutient que l'autorité inférieure devait non pas tenir compte de ses fonds propres à la fin 2011, mais de ceux à la fin 2012, lesquels se montaient à […] francs (cf. pièce 32 de la recourante).

A cet égard, il y a lieu de se référer par analogie à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en lien avec le moment déterminant pour arrêter les chiffres d'affaires des trois derniers exercices. En tant que le choix de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la

possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss), il y a également lieu de tenir compte de la capacité contributive de la société au moment le plus proche de celle du comportement incriminé.

En l'occurrence, la période d'enquête portant sur les années 2005 à 2011, l'autorité inférieure s'est fondée, à juste titre, sur la capacité contributive de la recourante à la fin 2011. De plus, alors que la recourante faisait l'objet d'une enquête et que celle-ci devait s'attendre à recevoir une décision – le cas échéant la sanctionnant au sens de l'art. 49*a* LCart –, elle a distribué, lors de l'assemblée générale ayant approuvé les comptes 2011, un dividende de […] francs à ses actionnaires (cf. pièce 32 de la recourante). S'il est vrai que l'exercice 2012 de la recourante se solde sur un résultat […], il ressort des comptes que dite distribution a largement contribué à réduire les fonds propres de la recourante.

Il s'ensuit qu'il n'existe aucune circonstance particulière qui justifierait, en l'espèce, que soient pris en compte les fonds propres de la société à la fin 2012. Au surplus, la recourante ne formulant aucun grief quant au plafond inférieur de 100'000 francs de fonds propres retenu par l'autorité inférieure, il y a lieu de retenir la même méthode de calcul. Partant, il y a lieu de confirmer, dès lors, eu égard à la capacité contributive de la recourante, la réduction de la sanction retenue par l'autorité inférieure et de fixer celle-là à […] francs.

20.3.5 Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être confirmée, en ce sens qu'elle condamne la recourante au paiement d'une sanction de […] francs.

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

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

En effet, lorsque l'autorité inférieure parvient à la conclusion qu'une restriction illicite à la concurrence existe dans le cas d'espèce, elle peut ordonner des mesures destinées à supprimer ladite restriction (art. 30 al. 1 LCart ; cf. KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, in : DIKE Kommentar zum

Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 30 p. 1283 nº 24 s. ; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 nº 19). L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans les mesures concrètes qu'elle peut prendre. Dites mesures doivent être appropriées et nécessaires pour supprimer la restriction illicite à la concurrence (cf. IZUMI/KRIMMER, op. cit., art. 30 p. 1283 nº 25 ; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in : Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, p. 509 nº 12.85). De plus, selon l'art. 50 1re 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 faite à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse demeure nécessaire. De même, elle est la mesure la moins incisive à même de supprimer la restriction illicite constatée, de sorte qu'elle se justifie pleinement.

22. Emoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure

22.1 S'agissant des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante reproche à celle-ci d'avoir violé le principe de la proportionnalité, dans la mesure où sa capacité contributive ne lui permet pas de supporter solidairement des émoluments de 760'150 francs. Elle se plaint également d'une violation du principe de l'égalité de traitement dans leur détermination. Elle estime que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de ce que trois diffuseurs-distributeurs ont été exemptés de tous frais et sanction, sans que ce classement soit motivé. Elle reproche enfin à l'autorité inférieure de ne pas avoir mis la majeure partie des émoluments à la charge de la Confédération dès lors que jusqu'en mars 2011, l'autorité inférieure n'a enquêté que sur un abus de position dominante. Enfin, elle se prévaut de ce que l'autorité inférieure n'aurait pas pris en compte les circonstances politiques extraordinaires en lien avec le processus d'adoption de la loi sur le prix du livre, ce qui aurait dû conduire l'autorité à mettre l'ensemble des émoluments à la charge de la Confédération.

22.2 En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart, RS 251.2), l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre 100 et 400 francs de l'heure, compte tenu notamment de la classe de salaire de l'employé effectuant la prestation. Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui notamment occasionne une procédure administrative (art. 2 al. 1 OEmol-LCart). N'ont en revanche pas à verser d'émoluments, en particulier, les parties concernées qui ont occasionné une enquête, si les indices existants au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart). Au surplus, en l'absence de disposition particulière de l'ordonnance sur les émoluments LCart, l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OGEmol, RS 172.041.1) s'applique (art. 1*a* OEmol-LCart).

Si plusieurs personnes provoquent ensemble une décision ou sollicitent une prestation, elles répondent solidairement du paiement de l'émolument (art. 2 al. 1 OGEmol). Enfin, l'autorité peut, si la personne assujettie est dans le besoin ou pour d'autres motifs importants, accorder un sursis de paiement, réduire ou remettre les émoluments (art. 13 OGEmol).

22.3 En l'occurrence, l'autorité inférieure a indiqué dans la décision attaquée que les émoluments étaient calculés en fonction du temps consacré à l'affaire et que les frais liés aux investigations fondées sur l'art. 7 LCart avaient été laissés à la charge de la Confédération en tant que dites investigations étaient clairement identifiées temporellement. Elle a ainsi pris en considération la totalité des frais relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart.

Le secrétariat d'abord, puis l'autorité inférieure ensuite ont procédé à des mesures d'investigation afin de déterminer si les diffuseurs-distributeurs suisses de livres écrits en français avaient passé des accords au sens de l'art. 5 LCart. Ils ont à cet effet en particulier envoyé des questionnaires aux détaillants actifs en Suisse romande, lesquels entretiennent des relations commerciales avec quasiment tous les diffuseurs-distributeurs suisses de livres francophones ; ils ont procédé à l'audition de certains de ceux-ci ainsi qu'à l'examen des procès-verbaux tenus lors des réunions de l'ASDEL. Dites mesures d'investigation ont concerné indistinctement l'existence d'accords au sens de l'art. 5 LCart, en tant qu'il n'est guère possible de délimiter le temps voué à prouver l'existence d'un éventuel accord vertical sur les prix. En effet, les investigations et démarches procédurales liées à l'existence d'un tel accord ne sont pas distinctes de celles relatives aux

accords d'attribution de territoire ; en particulier, le questionnaire du 9 décembre 2008 ainsi que les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs portaient également sur la question d'un éventuel accord vertical sur les prix. Il s'ensuit que le temps consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure en lien avec l'art. 5 LCart doit être pris en compte de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par les diffuseurs-distributeurs condamnés.

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

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

Au surplus, on ne saisit pas en quoi l'autorité inférieure aurait violé le principe de l'égalité de traitement dans le calcul des émoluments en ne motivant pas pourquoi elle a classé l'enquête à l'égard de trois diffuseurs-distributeurs. En effet, les frais d'un montant de 988'200 francs ont été répartis entre les diffuseurs-distributeurs, à l'exception des frais incombant aux trois diffuseurs-distributeurs pour lesquels les charges ont été entièrement abandonnées, les dix diffuseurs-distributeurs condamnés devant payer solidairement un émolument total de 760'150 francs (cf. ch. 775 de la décision attaquée). Partant, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les griefs soulevés par la recourante en lien avec le calcul des frais de la procédure devant l'autorité inférieure.

Ainsi, il convient de retenir, à l'instar de l'autorité inférieure, que les diffuseurs-distributeurs condamnés ont provoqué ensemble la décision attaquée. Il a en effet été établi ci-dessus que le territoire national avait été cloisonné par l'ensemble des diffuseurs/distributeurs condamnés. 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, de sorte qu'il se justifie, eu égard à l'art. 2 al. 2 OGEmol que les émoluments devant l'autorité inférieure soient mis solidairement à la charge des diffuseurs-distributeurs condamnés.

22.5 Enfin, l'art. 13 OGEmol prévoit que l'autorité peut, si la personne assujettie est dans le besoin ou pour d'autres motifs importants, accorder un sursis de paiement, réduire ou remettre les émoluments. Ce faisant, l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il ne ressort pas du dossier que la recourante – à l'instar de l'ensemble des autres diffuseurs-distributeurs condamnés – ne disposerait pas des fonds nécessaires pour s'acquitter du montant des émoluments qui lui ont été imputés, soit 76'015 francs, la recourante disposant pour l'excédent d'un droit de recours interne contre les autres diffuseurs-distributeurs condamnés. De même, on ne saisit pas en quoi le processus législatif en lien avec l'adoption de la loi sur le prix du livre ou le fait que le vote des cantons romands était majoritairement positif justifierait d'une quelconque manière une réduction des émoluments. Dites critiques purement appellatoires n'ont pas à être analysées davantage.

22.6 Sur le vu de ce qui précède, rien ne permet de remettre en cause le montant des frais de procédure devant l'autorité inférieure.

Mal fondé, le grief doit être rejeté.

23. 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.

24. Frais et dépens

24.1 Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du

21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). 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 1re phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à 8'000 francs. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant versée par la recourante le 2 août 2013.

24.2 Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*).

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 8'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant 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 : Le greffier :

Pascal Richard Julien Delaye

Indication des voies de droit :

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

Expédition : 27 novembre 2019